

APPALTI: Tar Abruzzo - l'Aquila, Sezione Prima, 02 gennaio 2025, n. 2, in Giurisprudenza Italiana, 2025, 5, 1143, con nota di Giuseppe Carmine Pinelli *“Posizioni di affidamento tutelabile nelle procedure di gara”*

1. Contratti della P.A. – Procedure di evidenza pubblica – Gara - Offerta già selezionata come la migliore fra quelle ammesse- Affidamento dell'operatore economico – Sussiste anche prima dell'aggiudicazione ex art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023 – Revoca sopravvenuta della procedura di gara – Possibilità – Presupposti: bilanciamento dell'interesse pubblico con l'interesse dei partecipanti alla gara – Necessità.

2. Contratti della P.A. – Procedure di evidenza pubblica – Gara - Offerta già selezionata come la migliore fra quelle ammesse ma non ancora aggiudicata - Sopravvenuta revoca della procedura di gara – Possibilità – Condizioni: comprovata necessità di evitare un pregiudizio certo dell'interesse pubblico, anche se sacrifica l'opposto interesse dell'altra parte – Fondamento: doveri di correttezza e buona fede.

1. La revoca della procedura di gara e la contestuale decisione di internalizzare il servizio oggetto di affidamento, è intervenuta quando l'offerta del RTP rappresentato dalla ricorrente era già stata selezionata come la migliore fra quelle ammesse.

Trova pertanto applicazione il secondo comma dell'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023: "Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

La disposizione impone di superare l'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834; Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5689) che prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36 del 2023 riconosceva un affidamento tutelabile solo in capo all'aggiudicatario e pertanto riteneva revocabile una procedura concorsuale non ancora approdata alla proclamazione del vincitore, escludendo la necessità di ponderare l'interesse pubblico con quello del privato.

L'affidamento oggi riconosciuto all'operatore economico ammesso in gara "sul legittimo esercizio del potere", impone che l'azione amministrativa si giustifichi, anche prima dell'aggiudicazione, attraverso il bilanciamento dell'interesse pubblico con l'interesse dei partecipanti alla gara al legittimo svolgimento di ogni fase della procedura.

2. Pertanto è conforme a buona fede il comportamento della pubblica amministrazione che abbia posto le premesse per l'assunzione di un vincolo contrattuale non ancora perfezionatosi, se l'abbandono delle trattative o, come in specie, la revoca della procedura di gara per l'individuazione del contraente, è comprovatamente necessaria per evitare un pregiudizio certo dell'interesse pubblico, anche se sacrifica l'opposto interesse dell'altra parte.

Ne consegue che la tutela anticipata dell'interesse dell'operatore economico esige una chiara e completa motivazione che indichi le sopravvenute e inedite ragioni (idonee a superare la presunzione di contrarietà a buona fede del recesso) a sostegno della decisione di interrompere una procedura selettiva che ha ricevuto adesioni e giustifichi la prevalenza di dette ragioni sulle premesse iniziali che avevano determinato l'indizione della gara pubblica, al fine di dimostrare il legittimo esercizio del potere nel momento in cui ne viene disposta la revoca.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

La ricorrente, mandataria del RTP costituito con le mandanti P.E. S.r.l. e M.I. S.r.l. , ha aderito al bando indetto il 15.2.2024 dall'A.A. per l'affidamento dei "servizi tecnici di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di efficientamento energetico e

strutturale, con trasferimento dei benefici fiscali del c.d. "superbonus 110%" a fronte di sconto in fattura - L'A., loc. P. - Via V." per un importo di € 1.158.821,09.

Il bando richiedeva il possesso di specifici requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale.

Alla procedura hanno aderito quindici operatori e all'esito della selezione è risultato primo classificato il raggruppamento rappresentato dalla ricorrente.

Il RUP ha quindi proposto, in data 22.4.2024, l'aggiudicazione e la stipula del contratto in favore del RTP selezionato.

Il 27 maggio 2024 l'A., con contestuali determinazioni, ha disposto:

- la revoca in autotutela della procedura di gara (Det. n. 433 del 2024);
- la revoca dell'ing. G.C. dall'incarico di RUP, contestualmente conferito all'ing. F.T. (Det. n. 436 del 2024);
- la copertura dei servizi tecnici messi a gara mediante conferimento dell'incarico di direzione dei lavori all'ing. C. e dell'incarico di coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione al p.i. S.D.F. a (Det. n. 437 del 2024);
- la nomina dell'ing. F.I. quale direttore operativo per tutte le categorie di lavorazione dell'appalto, unitamente all'ing. E.P. già nominata con precedente Det. n. 437 del 2024 (Det. n. 442 del 2024).

Con un articolato motivo di ricorso, il RTP rappresentato dalla ricorrente ha impugnato le determinazioni dell'A. n. 433 e n. 437 del 27.5.2024 per vizi di "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 21-quinquies della L. n. 241 del 1990, anche in relazione all'art. 114 D.Lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere: difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza e contraddittoria; erroneità dei fatti e travisamento dei presupposti; sviamento; violazione degli art. 3 e 97 Cost."; la determinazione di revoca della procedura di gara sarebbe viziata in quanto:

- rinvia genericamente a "sopravvenute circostanze di fatto e problematiche operative non prevedibili";
- dà rilievo al fatto, non certo sopravvenuto, che "la determina a contrarre è stata adottata senza il previo accertamento della disponibilità da parte del personale tecnico in dotazione dall'azienda a svolgere le prestazioni oggetto di affidamento esterno", circostanza che sarebbe però smentita dalla decisione di indire la gara in considerazione della "consistenza economica" dell'appalto, tale da richiedere il possesso di elevati requisiti di capacità tecnica per la direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase esecutiva;
- il risparmio economico, che viene indicato quale ulteriore ragione a sostegno della revoca, presuppone che l'affidamento con procedura competitiva comporti un esborso da parte della stazione appaltante, benché ciò sia escluso perché il corrispettivo d'appalto è a carico di finanziamenti statali,

previo sconto in fattura praticato dall'appaltatore, mentre l'affidamento a personale tecnico della stazione appaltante comporta costi diretti e indiretti a carico dell'ente;

- muoverebbe da un presupposto - l'essere la gara ancora della fase iniziale - smentito dalla proposta di aggiudicazione e sottoscrizione del contratto formulata dal RUP il 22.4.2024;

- presuppone la disponibilità del personale interno designato per la direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione, che invece non risulta acquisita.

Per derivazione sarebbero viziose da illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione le determinazioni consequenziali alla revoca della gara.

Si è costituita l'A.A. che ha depositato la Det. n. 483 del 17 giugno 2024 - con la quale ha ritirato il provvedimento di revoca impugnato - e la Det. n. 549 del 5 luglio 2024 che ha disposto una nuova revoca della determina a contrarre n. 110 del 13/02/2024 e di tutti gli atti connessi e l'interruzione delle "fasi relative all'affidamento dell'appalto ... precisando che non si è addivenuto all'aggiudicazione ... ai sensi dell'art. 17 comma 5 D.Lgs. n. 36 del 2023".

La resistente ha quindi eccepito l'improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse e l'inammissibilità del ricorso per difetto originario di interesse sostenendo che la ricorrente non potrebbe conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in quanto sprovvista "di un requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione".

Con atto di motivi aggiunti il RTP ricorrente ha impugnato la Det. n. 549 del 5 luglio 2024 (indicata in ricorso con il n. 483 per un evidente errore materiale) con due distinti ordini di censura:

1. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, 10 e 21 quinquies della L. n. 241 del 1990, anche in relazione agli articoli 1, 2 5 e 114 del D.Lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere: difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza e contraddittoria; erroneità dei fatti e travisamento dei presupposti; sviamento; violazione degli art. 3 e 97 Cost.; la nuova revoca sarebbe viziata:

- nella parte in cui, pur richiamando il principio di buona fede e sul presupposto che la gara è stata revocata prima dell'aggiudicazione, ha escluso che la ricorrente potesse aver maturato un affidamento tutelabile, benché l'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023 affermi esplicitamente che anche prima dell'aggiudicazione sussiste l'affidamento dell'operatore economico "sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede";

- nella parte motiva che, come nella precedente revoca, sarebbe lacunosa e non terrebbe conto delle osservazioni procedurali presentate dalla T.I. S.r.l.;

- nel fine perseguito che sarebbe solo quello di emendare i vizi del primo atto di revoca, che di fatto sarebbero reiterati;

- nella parte in cui motiva l'internalizzazione del servizio con l'assunzione di un nuovo dipendente tecnico architetto e con la "recente riorganizzazione interna" senza alcun riferimento agli atti che

l'avrebbero disposta, l'ultimo dei quali risulta adottato con Det. n. 1166 del 28 dicembre 2022, già vigente quando, al contrario, si decise di affidare i servizi tecnici mediante gara pubblica;

- nella parte in cui afferma di disporre "di personale, dotato di adeguata competenza ed esperienza, disponibile a svolgere gli incarichi di direzione lavori e di coordinamento della sicurezza per i lavori", benché il dipendente incaricato della direzione dei lavori con la precedente Det. n. 437 del 27 maggio 2024 avesse riscontrato (nota del 4.7.2024) l'invito dell'A. del 2.7.2024 a dichiarare la sua disponibilità a svolgere l'incarico, affermando "di non aver mai accettato l'incarico di D.L. e di non avere alcuna intenzione di accettarlo per la insussistenza dei necessari presupposti";

- perché in contraddizione con la consistenza economica e complessità tecnica dell'appalto, comprovata dai requisiti richiesti dal disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi tecnici, requisiti che non risulta siano stati accertati in capo ai dipendenti dell'A. designati per lo svolgimento di detti servizi;

- perché all'internalizzazione non consegue un risparmio di risorse pubbliche, ma un esborso per la resistente;

2. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 21-quinquies della L. n. 241 del 1990. eccesso di potere: difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza e contraddittoria; erroneità dei fatti e travisamento dei presupposti; sviamento; violazione degli art. 3 e 97 Cost.; la determinazione impugnata fa cenno ad una circostanza - il presunto difetto in capo al RTP ricorrente di uno dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare - che non avrebbe alcun nesso con il provvedimento di revoca.

L'A. ha eccepito l'improcedibilità e inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza d'interesse e ne ha chiesto in subordine il rigetto.

Con il secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la determinazione dell'A. n. 692 del 29 agosto 2024 con la quale l'ing. S.S. è stata nominata direttore dei lavori, in sostituzione dell'ing. G.C. (designato con Det. n. 437 del 2004) e l'ing. C.G. è stata nominata direttore operativo per tutte le categorie di lavorazione dell'appalto in sostituzione degli ingegneri dell'ing. E.P. (designata con Det. n. 437 del 2004) e F.I. (designato con Det. n. 442 del 2004).

Sono stati dedotti vizi di:

1. illegittimità derivata dai vizi della Det. n. 549 del 2024 impugnata con i primi motivi aggiunti;

2. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, 10 e 21 quinquies della L. n. 241 del 1990, anche in relazione agli articoli 1, 2 5 e 114 del D.Lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere: difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza e 20 contraddittoria; erroneità dei fatti e travisamento dei presupposti; sviamento; violazione degli art. 3 e 97 Cost.; secondo la ricorrente la determinazione impugnata, nel sostituire i tecnici interni precedentemente incaricati con le Det. n. 437 del 27 maggio

2024 e Det. n. 442 del 29 maggio 2024 nei ruoli di direttore dei lavori e direttore operativo renderebbe evidente che, quando fu adottata la Det. n. 549 del 5 luglio 2024, non era stata svolta alcuna istruttoria, né sulla disponibilità ad assumere detti ruoli da parte dei tecnici designati, uno dei quali l'aveva espressamente negata, né sulla competenza a tal fine richiesta;

2. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della L. n. 241 del 1990, anche in relazione agli articoli 1, 2 5 e 114 del D.Lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere: difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità, irragionevolezza e contraddittoria; erroneità dei fatti e travisamento dei presupposti; sviamento; violazione degli art. 3 e 97 Cost.: anche con l'adozione della Det. n. 692 del 2024 l'A. avrebbe mancato di accertare il possesso delle competenze richieste dal disciplinare di gara in capo ai dipendenti nominati in sostituzione di coloro che, già incaricati con le Det. n. 437 del 27 maggio 2024 e Det. n. 442 del 29 maggio 2024, non avevano manifestato o avevano negato la loro disponibilità; il dipendente subentrato nell'incarico di direttore dei lavori non avrebbe alcuna esperienza di direzione lavori e neppure sarebbe stato affidato l'incarico di "Ispettore di cantiere" in sostituzione del geom. C. designato in tale veste con Det. n. 437 del 2024, il quale non aveva manifestato la propria disponibilità.

All'udienza pubblica del 20 novembre 2024 il ricorso e i motivi aggiunti sono passati in decisione.

1. Le eccezioni di rito.

1.1. In parziale accoglimento dell'eccezione sollevata dall'A., deve essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo con riferimento all'impugnazione:

- del provvedimento di revoca della procedura di gara adottato con Det. n. 433 del 27 maggio 2024 perché ritirato e sostituito con una nuova revoca (determina n. 549 del 5/07/2024);
- della Det. n. 437 del 2024 di conferimento a personale interno degli incarichi per lo svolgimento dei servizi oggetto di gara nella parte in cui due dei tre tecnici incaricati, il direttore dei lavori e il direttore operativo, sono stati sostituiti con Det. n. 692 del 2024 a partire dal 1 ottobre 2024.

1.2. Devono invece essere respinte le eccezioni di inammissibilità per difetto d'interesse del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

Infatti l'annullamento della revoca restituirebbe alla ricorrente lo status di vincitrice della gara e potenziale aggiudicataria.

Invece la carenza di un requisito di capacità tecnica e professionale richiesto a pena di esclusione - (esecuzione nell'ultimo triennio di servizi di ingegneria della categoria (...)) che secondo l'A. impedirebbe tale effetto utile e dimostrerebbe la carenza d'interesse all'accoglimento della domanda di merito - risulta smentita:

1) dall'art. 10.4 del disciplinare di gara il quale:

- richiede, fra i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'aver eseguito nell'ultimo triennio da parte della mandataria di servizi ingegneria e architettura afferenti alla categoria (...);
 - considera "idonee a comprovare i requisiti richiesti le attività svolte per opere analoghe a quelle oggetto del servizio in affidamento quando il grado di complessità sia almeno pari o superiore a quello dei servizi da affidare", in conformità con l'art. 8 del D.M. 17 giugno 2016 che classifica le prestazioni professionali di progettazione in categorie d'opera e grado di complessità, specificando che "gradi di complessità maggiore qualificano anche per opere di complessità inferiore all'interno della stessa categoria d'opera".
 - riproduce la tavola Z-1 allegata al citato decreto nella parte relativa alla categoria (...) "strutture", sub-categoria (...) che ha un grado di complessità pari a 0.95, inferiore a quello della sub-categoria (...), pari a 1.15;
- b) dalla nota del 7.8.2024 con la quale la A.D.A. ha chiarito che il RTP partecipato dalla S.r.l. T.I. S.r.l. ha eseguito, in tempi diversi, due servizi di redazione del piano di fattibilità tecnico economica del nuovo ospedale di Avezzano distinti per regime normativo, oggetto e importo:
- il primo nel periodo dal 1.9.2021 al 15.2.2022, certificato in data 20.12.2022 afferente alla sub - categoria (...);
 - il secondo nel periodo dal 1.8.2021 al 31.3.2024 afferente alla sub - categoria (...).

Da tali circostanze si traggono due conseguenze decisive.

Il servizio tecnico afferente alla sub-categoria (...) non ha rilevanza sul piano della prova della capacità tecnica e professionale della ricorrente che trova invece riscontro nello svolgimento del servizio tecnico reso in sub-categoria (...) nel triennio precedente all'indizione della gara.

Infatti il servizio reso nella sub-categoria (...) è certificato dalla A. come distinto, "per tempistiche, atti e modalità proprie", da quello reso dalla T. S.r.l. nella sub - categoria (...).

Ne consegue che, trattandosi di servizi non assimilabili, la certificazione del servizio in S.06 non può dirsi superata dalla più recente certificazione in S.04 ed è quindi irrilevante il fatto, valorizzato dalla resistente, che, stante il minor grado di complessità (0.90) - rispetto alla sub categoria (...) richiesta dal disciplinare di gara - la ricorrente non potrebbe avvalersene e sarebbe quindi priva del requisito di capacità tecnica e professionale.

La prova del possesso di detto requisito in capo al RTP rappresentato dalla ricorrente è data invece, ai sensi del citato art. 8 del D.L. 17 giugno 2016, dal maggior grado di complessità (1.15) del servizio reso per prestazioni tecniche della sub-categoria (...) rispetto alla sub-categoria (...) (0.95).

A tali conclusioni si perviene ai soli fini della verifica della sussistenza dell'interesse alla decisione del ricorso e in stretta applicazione del parametro normativo presupposto e del disciplinare di gara, impregiudicata, ai sensi dell'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, ogni altra

determinazione che eventualmente il seggio di gara dovrà assumere all'esito dell'esame del merito del gravame.

L'eccezione di inammissibilità pertanto è respinta e possono quindi esaminarsi nel merito i motivi aggiunti e il ricorso introduttivo relativamente al gravame di quella parte della Det. n. 437 del 2024, non revocata, né sostituita dalla Det. n. 692 del 2024 impugnata con i secondi motivi aggiunti.

2. Il primo e il secondo atto di motivi aggiunti.

Devono essere esaminati prioritariamente il primo e il secondo atto di motivi aggiunti aventi ad oggetto, rispettivamente, il secondo atto di revoca adottato con Det. n. 549 del 2024 e la Det. n. 642 del 2024.

Infatti la Det. n. 437 del 2024 - esecutiva del primo atto di revoca - impugnata con il ricorso introduttivo, ha come presupposto la stessa Det. n. 549 del 5 luglio 2024 che espressamente la richiama, legittimandone gli effetti.

2.1. La prima censura del primo atto di motivi aggiunti va esaminata congiuntamente alla seconda e terza censura del secondo atto di motivi aggiunti che individuano nella Det. n. 642 del 2024 ulteriori argomenti a sostegno del gravame avverso l'atto di revoca adottato con Det. n. 549 del 2024.

Sono fondate le censure, comuni ai predetti motivi, di difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e travisamento dei presupposti.

2.2. La revoca della procedura di gara e la contestuale decisione di internalizzare il servizio oggetto di affidamento, è intervenuta quando l'offerta del RTP rappresentato dalla ricorrente era già stata selezionata come la migliore fra quelle ammesse.

Trova pertanto applicazione il secondo comma dell'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023: "Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

La disposizione impone di superare l'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834; Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5689) che prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36 del 2023 riconosceva un affidamento tutelabile solo in capo all'aggiudicatario e pertanto riteneva revocabile una procedura concorsuale non ancora approdata alla proclamazione del vincitore, escludendo la necessità di ponderare l'interesse pubblico con quello del privato.

L'affidamento oggi riconosciuto all'operatore economico ammesso in gara "sul legittimo esercizio del potere", impone che l'azione amministrativa si giustifichi, anche prima dell'aggiudicazione, attraverso il bilanciamento dell'interesse pubblico con l'interesse dei partecipanti alla gara al legittimo svolgimento di ogni fase della procedura.

Quanto alla conformità a "buona fede" della condotta della stazione appaltante, viene in rilievo la nozione oggettiva di matrice civilistica di detto principio che ne individua il fondamento nell'obbligo delle parti di agire per la conclusione del procedimento e del reciproco assetto di interessi in vista del quale hanno intrapreso le trattative negoziali.

Nel caso in decisione, in cui si controverete della legittimità del ritiro degli atti di una gara approdata alle soglie della conclusione, l'obbligo di buona fede sancito dal comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023 trova il proprio referente generale nell'art. 1337 c.c. che presume il recesso dalle trattative contrario a di buona fede se non è fondato su una giusta causa.

Pertanto è conforme a buona fede il comportamento della pubblica amministrazione che abbia posto le premesse per l'assunzione di un vincolo contrattuale non ancora perfezionatosi, se l'abbandono delle trattative o, come in specie, la revoca della procedura di gara per l'individuazione del contraente, è comprovatamente necessaria per evitare un pregiudizio certo dell'interesse pubblico, anche se sacrifica l'opposto interesse dell'altra parte.

Ne consegue che la tutela anticipata dell'interesse dell'operatore economico esige una chiara e completa motivazione che indichi le sopravvenute e inedite ragioni (idonee a superare la presunzione di contrarietà a buona fede del recesso) a sostegno della decisione di interrompere una procedura selettiva che ha ricevuto adesioni e giustifichi la prevalenza di dette ragioni sulle premesse iniziali che avevano determinato l'indizione della gara pubblica, al fine di dimostrare il legittimo esercizio del potere nel momento in cui ne viene disposta la revoca.

Ciò premesso il collegio ritiene che l'A. non abbia condotto un'adeguata istruttoria, né coerentemente motivato la decisione di revocare la procedura selettiva.

2.2.1. Si legge nella parte motiva della Det. n. 549 del 5 luglio 2024 impugnata con il primo atto di motivi aggiunti "A seguito di recente riorganizzazione interna e della presa di servizio di un dipendente tecnico architetto in data 15 aprile 2024, l'A. dispone oggi di personale dotato di adeguata competenza ed esperienza, disponibile a svolgere gli incarichi di direzione lavori e coordinamento della sicurezza per i lavori di cui trattasi..... ritenuto opportuno continuare al svolgere il servizio sia mediante il personale interno già incaricato con determine n. 437 del 27/05/2024 e 442 del 29/05/2024, sia con il personale interno che ha manifestato interesse a volgere le medesime funzioni....".

Il provvedimento di revoca della procedura muove dal duplice presupposto:

- che l'A. dispone di dipendenti in possesso di competenza ed esperienza adeguate per assumere gli incarichi messi a gara, di direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di efficientamento energetico e strutturale già appaltati;

- che lo svolgimento del servizio sarà garantito dai dipendenti tecnici già incaricati con Det. n. 437 del 27 maggio 2024 e Det. n. 442 del 29 maggio 2024 e da coloro che hanno manifestato interesse ad assumere l'incarico.

Come osservato dalla ricorrente i tecnici nominati con la Det. n. 437 del 2024 (ing. C. - direttore dei lavori; ing. P. e ing. I. - direttori operativi per tutte le categorie di lavorazione; geom. C. - ispettore di cantiere per tutte le categorie di lavorazione) non hanno manifestato interesse all'assunzione degli incarichi, salvo il p.i. D.F., che in data 8.8.2024 ha confermato la disponibilità a svolgere l'incarico di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione.

Tant'è che la direzione dei lavori e la direzione operativa per tutte le categorie di lavorazione, sono state affidate, con la successiva Det. n. 692 del 29 agosto 2024, rispettivamente ed esclusivamente all'ing. S. e all'ing. G. che avevano dichiarato la disponibilità ad assumere l'incarico, mentre l'incarico di ispettore di cantiere non è stato coperto, perché il geom. C., al quale era stato assegnato con Det. n. 437 del 2024, ha fatto mancare la sua disponibilità.

La revoca quindi muove dal presupposto, smentito proprio dalla Det. n. 692 del 2024, che l'A. dispone al suo interno della competenza ed esperienza necessarie per lo svolgimento delle attività di direzione dei lavori, direzione operativa e ispezione di cantiere e le individua sia nei dipendenti che hanno manifestato interesse ad assumere i relativi incarichi, poi conferiti all'ing. S. e all'ing. G. con la Det. n. 692 del 2024, sia nei dipendenti già nominati con la Det. n. 437 del 2024 (ing. C., ing. P., ing. I. e geom. C.), i quali però non avevano dichiarato di essere disponibili ad accettare la nomina.

È dunque evidente che l'accertamento della disponibilità di "adeguata competenza ed esperienza", che l'A. riconduce a un gruppo di lavoro di cinque ingegneri (C., P., I., S. e G.) e un geometra (C.), e allega come giusta causa di revoca della gara, è fondato su un falso presupposto perché quattro dei sei tecnici indicati sono estranei al gruppo di lavoro che dovrebbe assumere l'onere dei servizi tecnici messi a gara.

Non vi è poi alcuna evidenza nella Det. n. 692 del 2024 dell'attività istruttoria che l'A. avrebbe dovuto condurre per accertare, in concreto e dettagliatamente se le sole dipendenti disponibili, incaricate della direzione dei lavori e della direzione operativa disponessero di "adeguata competenza ed esperienza" presumibilmente la stessa - nulla risultando in contrario - che il disciplinare di gara richiede ai componenti dell'ufficio di direzione dei lavori, ormai costituito dal solo direttore operativo. Il difetto di istruttoria si riflette pertanto sulla motivazione che si rivela meramente apparente laddove indica le ragioni della revoca nella disponibilità all'interno dell'A. di "adeguata competenza ed esperienza" che non risulta accertata o addirittura mancante.

2.4. Infatti risulta ex actis che l'incarico di direzione dei lavori è stato affidato all'ing. S.S. in sostituzione dell'ing. C., benché la stessa non ha mai svolto detta attività, come obiettato dalla società ricorrente e come emerge dal curriculum vitae allegato alla manifestazione d'interesse del 4.7.2024.

Sono dunque fondate anche le censure di contraddittorietà e illogicità perché, pur mostrandosi convinta di dover affidare i servizi tecnici a professionisti in possesso di "adeguata esperienza", l'A. ha nominato direttore dei lavori una dipendente ingegnere che risulta non avere mai svolto attività di direzione dei lavori.

2.1.4. Devono essere accolte anche le censure di violazione dell'art. 114 D.Lgs. n. 36 del 2023.

L'assenza di elementi concreti dai quali desumere sia la "complessità" delle prestazioni tecniche inizialmente messe a gara - che con gli atti impugnati non risulta abbiano subito ridimensionamenti - sia il livello di competenza ed esperienza che l'A. ritiene adeguato per lo svolgimento di dette prestazioni, impone di considerare il disciplinare di gara quale parametro di riferimento per entrambi i dati.

In particolare:

- l'art. 4 del disciplinare prevede la costituzione di un ufficio di direzione dei lavori articolato in cinque funzioni di direttore operativo e cinque funzioni di ispettore di cantiere, demandabili rispettivamente a uno o più soggetti, purché in possesso delle necessarie professionalità;
- l'art. 10.2 del disciplinare attribuisce al direttore dei lavori, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni ed iscritto al rispettivo Albo, il coordinamento dell'ufficio di direzione dei lavori;
- l'art. 12 del disciplinare giustifica i limiti posti al subappalto con la complessità dell'opera e delle prestazioni professionali oggetto di affidamento ("Trattandosi di un appalto di un'opera complessa sia sotto il profilo edilizio che impiantistico, e considerata quindi la peculiarità delle prestazioni richieste, i servizi di Direzione Lavori e di Coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione sono subappaltabili SOLO per prestazioni accessorie e secondarie È vietato il subappalto a cascata in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura e della complessità delle prestazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere").

Oltre ai predetti dati testuali provenienti dalla stazione appaltante, la stessa previsione, nel disciplinare di gara e nella Det. n. 692 del 2024, di un ufficio di direzione dei lavori, dimostra che trattasi di opere e prestazioni tecniche complesse, tenuto conto che il comma 2 dell'art. 114 D.Lgs. n. 36 del 2023 prevede che, "in relazione alla complessità dell'intervento", può essere costituito, a supporto del direttore dei lavori, "un ufficio di direzione dei lavori costituito da direttori operativi e da ispettori di cantiere".

La Det. n. 692 del 2024 invece riduce l'ufficio di direzione dei lavori a una sola figura (il direttore operativo), omette di nominare l'ispettore di cantiere che è una componente necessaria dell'ufficio di direzione dei lavori ai sensi del comma 2 dell'art. 114 D.Lgs. n. 36 del 2023, espressamente prevista dal disciplinare, articolata in cinque funzioni, inizialmente individuata - a conferma della necessità delle relative competenze - nella persona del geom. C., poi dichiaratosi indisponibile ad assumere l'incarico.

Sussiste inoltre il vizio di violazione del comma 6 del citato art. 114 che prescrive alle amministrazioni pubbliche di affidare l'incarico di direzione dei lavori con le modalità previste dal codice (ossia mediante confronto competitivo) "qualora non dispongano delle competenze o del personale necessario ovvero nel caso di lavori complessi o che richiedano professionalità specifiche". Con la Det. n. 692 del 2024 infatti è stato affidato l'incarico di direzione dei lavori di opere complesse che richiedono prestazioni tecniche complesse (art. 12 del disciplinare) a una dipendente dichiaratasi disponibile ad assumerlo benché sia priva della "adeguata esperienza" della quale con la Det. n. 542 del 2024 l'A. afferma genericamente di disporre al suo interno e che, in assenza di specificazioni, non può che corrispondere all'anzianità di iscrizione all'albo professionale di almeno dieci anni richiesta da disciplinare.

Ebbene dal curriculum in atti risulta che l'ing. S. ha conseguito l'abilitazione professionale nel dicembre 2018 ed è iscritta all'albo degli ingegneri dal gennaio 2019 non ha maturato l'anzianità necessaria per l'assunzione dell'incarico di direttore dei lavori.

È dunque evidente che la Det. n. 549 del 2024 e la successiva Det. n. 692 del 2024 si fondano sull'affermazione di un presupposto falso (la disponibilità di competenze) e sulla pretermissione di un presupposto vero e rilevante (la complessità della prestazione) perché concretamente ostativo all'internalizzazione del servizio ai sensi del comma 6 del citato art. 114.

2.1.6. È fondato anche il secondo motivo del primo atto di motivi aggiunti.

Non integra infatti, come dedotto dalla ricorrente, un valido capo di motivazione della revoca della gara il riferimento - contenuto nella parte motiva della Det. n. 549 del 2024 - alla carenza, in capo alla ricorrente, del requisito di capacità tecnica e professionale consistente nell'esecuzione nell'ultimo triennio di servizi di ingegneria della categoria (...).03.

Detta carenza avrebbe potuto giustificare, se comprovata, l'esclusione della ricorrente dalla competizione, ma risulta del tutto eccentrica con riferimento alla decisione sia di revocare la determina a contrarre, sia di interrompere la gara, ai sensi dell'art. 17 comma 5 D.Lgs. n. 36 del 2023. Infatti il comma 5 del citato art. 17 stabilisce "L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato

il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace".

È allora evidente che, ove le proposte ammesse e graduate siano più di una, come nel caso di specie, l'esito negativo dell'esame della proposta prima classificate e della verifica dei requisiti in capo all'offerente può avere il solo effetto dell'esclusione dell'offerta vincitrice e lo scorrimento della graduatoria, non certo l'azzeramento dell'intera procedura.

Per questi motivi, in accoglimento del primo e del secondo atto di motivi aggiunti la Det. n. 549 del 5 luglio 2024 deve essere annullata così come, per illegittimità derivata, deve essere annullata la Det. n. 692 del 2024 impugnata con il secondo atto di motivi aggiunti, in quanto meramente esecutiva della precedente Det. n. 549 del 5 luglio 2024 che ne costituisce il presupposto unico e necessario.

3. Il ricorso introduttivo.

L'annullamento della revoca della procedura di gara travolge le determinazioni che ne costituiscono immediata ed esclusiva esecuzione, ivi compresa la Det. n. 437 del 27 maggio 2024, impugnata per illegittimità derivata con il ricorso introduttivo, nella parte - non modificata dalla Det. n. 692 del 29 agosto 2024 - in cui conferisce a un dipendente dell'A. l'incarico di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione.

Pertanto, in parte qua, anche ricorso introduttivo deve essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti come in epigrafe proposti:

- dichiara il ricorso introduttivo in parte improcedibile e in parte lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione dell'A.A. n. 437 del 27.5.2024 nella parte non sostituita dalla determinazione dell'A. n. 692 del 29.8.2024;
- accoglie il primo e il secondo atti di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla le determinazioni dell'A. n. 549 del 5.7.2024 e n. 692 del 29.8.2024;
- condanna l'A. dell'Aquila al pagamento delle spese processuali, in favore della parte ricorrente, che liquida in € 4.000,00, oltre accessori di legge, oltre alla refusione del contributo unificato alle condizioni di cui all'art. 13 del D.M. n. 115 del 2002.

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

Conclusione

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore