

Pubblicato il 30/05/2019

N. 00506/2019REG.PROV.COLL.

N. 00004/2018 REG.RIC.

# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4 del 2018, proposto da Consorzio OMISSIS s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Stallone e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Patrizia Stallone in Palermo, via Antonio Veneziano, 69;

contro

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, 40; ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, AGCM-Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona dei rispettivi presidenti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Palermo, via Villareale, 6;

nei confronti

OMISSIS s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Guido Corso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Corso in Palermo, via Rodi, 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – CATANIA, sez. I n. 2740/2017, resa tra le parti, concernente il bando e il disciplinare di gara per l'affidamento dell'“Esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Palermo –Catania, nella tratta Bicocca-Catenanuova, tra la stazione di Bicocca e Catenanuova compresa la progettazione esecutiva”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., di ANAC e AGCM, di Salini Impregilo s.p.a. e Sifel s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.;

Vista l'ordinanza n. 338/2018 con la quale è stata ordinata l'integrazione del contraddittorio e disposta verificaione;

Vista la relazione dell'IVASS del 24.1.2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Patrizia Stallone, Massimiliano Mangano, l'avvocato dello Stato Lidia La Rocca e l'avvocato Francesca Scardina su delega di Guido Corso e di Luca Raffaello Perfetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 13-24.4.2017 RFI ha indetto una procedura di gara per l'esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Palermo-Catania, nella tratta Bicocca-Catenanuova, compresa la progettazione esecutiva, per un importo complessivo pari ad euro 221.424.600,80.

Per quanto più rileva in questa sede, il bando (paragrafo III.1.6) richiedeva ai concorrenti di prestare una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo dell'appalto e, all'aggiudicatario, di prestare una cauzione definitiva pari al 10% dell'importo contrattuale; indicava distintamente quali requisiti dovessero avere gli istituti assicurativi ai fini del rilascio della cauzione definitiva, riservandosi RFI di valutare l'affidabilità della singola compagnia assicuratrice; precisando che la mancata costituzione della cauzione avrebbe comportato l'incameramento della cauzione provvisoria; escludeva espressamente l'applicazione del beneficio della riduzione dell'importo della cauzione per le imprese in possesso della certificazione di qualità, sul presupposto che non fosse applicabile l'art. 103 del codice n. 50/2016.

2. Il Consorzio OMISSIS ha, con un primo ricorso, impugnato direttamente il bando ed il disciplinare, deducendone l'illegittimità in quanto limiterebbe la platea dei concorrenti, proprio con riferimento alle previsioni appena richiamate.

Con successivi motivi aggiunti ha impugnato le modifiche apportate da RFI, che ha inserito la previsione della riduzione del 50% della cauzione per gli operatori economici in possesso della certificazione di qualità e modificato altri criteri, assumendo che questi fossero ancora più restrittivi.

3. Il Tar con la sentenza n. 2740/2017, disattese le eccezioni preliminari di RFI concernenti l'ammissibilità di entrambe le impugnazioni in assenza di clausole escludenti e della presentazione

della domanda di partecipazione, li ha dichiarati, il primo improcedibile, e il secondo infondato; questo secondo sul rilievo che le caratteristiche dell'appalto in questione, attinente ai settori speciali, giustificassero le previsioni del bando, anche sotto il profilo della proporzionalità dei requisiti richiesti, come dimostrato anche dal numero delle offerte pervenute, pari a 6.

4. Avverso la sentenza il Consorzio OMISSIS ha proposto appello, sviluppando nuovamente la censura volta a contestare la previsione di una serie di clausole idonee a restringere la partecipazione e quindi la concorrenza, nella misura in cui onererebbero il concorrente a versare una somma ingente al momento della domanda di gara, esponendolo al rischio che, quand'anche risultasse aggiudicatario, la compagnia assicurativa prescelta non abbia il gradimento di RFI e, quindi, ciò determini la perdita della cauzione provvisoria.

A fondamento delle proprie tesi parte appellante ha invocato anche in questa sede il rapporto ANIA 2016, il parere AGCM del 12.6.2017, il precedente della gara "Grandi Stazioni" indetta da RFI nel 2017.

Si è costituita RFI, proponendo a sua volta appello incidentale avverso la sentenza di primo grado, nei capi concernenti la reiezione delle eccezioni sollevate in quella sede, con ciò ribadendo come le clausole contestate non impedissero al Consorzio ricorrente di partecipare alla gara e non fossero immediatamente lesive, potendolo diventare semmai solamente all'atto di un'ipotetica decadenza o revoca dell'aggiudicazione, ove giustificata in relazione alla cauzione definitiva.

RFI sostiene che una ragione ulteriore di inammissibilità del ricorso sia da rinvenirsi nel fatto che il Consorzio non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara, non assumendo quindi una posizione differenziata e come tale non essendo legittimata a contestare quella stessa gara.

Infine ha eccepito di nuovo l'improcedibilità del gravame di primo grado, in ragione della mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, frattanto sopravvenuta, in favore dell'ATI Salini-Astaldi (nel prosieguo Salini Impregilo).

Rinviato l'esame della domanda cautelare al merito, all'esito dell'udienza del 24.5.2018 è stato ordinato di integrare il contraddittorio nei confronti dell'aggiudicatario ed è stata disposta istruttoria richiedendo all'IVASS una serie di elementi di conoscenza.

Integrato il contraddittorio nei confronti della Salini Impregilo, che si è costituita aderendo all'appello incidentale di RFI e in subordine chiedendo la rimessione della causa alla Plenaria ovvero il rinvio pregiudiziale di talune questioni alla Corte di Giustizia, depositata la relazione istruttoria da parte dell'IVASS, scambiate ulteriori memorie, all'udienza pubblica del 9.5.2019 la causa è passata in decisione.

5. Il Collegio reputa che debba esaminarsi in via prioritaria l'appello incidentale di RFI, cui ha aderito la controinteressata Salini Impregilo costituendosi nel presente giudizio, con il quale sono riproposte una serie di eccezioni preliminari, di inammissibilità e di improcedibilità delle originarie impugnazioni, a suo tempo disattese dal Tar.

Nell'insieme con tali eccezioni la difesa di RFI sostiene che le clausole del bando contestate dal Consorzio Vitruvio non avrebbero carattere immediatamente escludente e dunque non sarebbero direttamente lesive e, prima ancora, non dispenserebbero la parte dall'onere di presentare la domanda di partecipazione alla gara.

Inoltre si eccepisce in ogni caso l'improcedibilità dell'impugnazione del bando, dal momento che il consorzio non avrebbe impugnato i successivi atti della procedura, in particolare l'aggiudicazione all'esito disposta in favore della Salini Impregilo.

A queste eccezioni la difesa del Consorzio Vitruvio muove due differenti ordini di repliche.

Per un verso ribadisce, con argomentazioni che affrontano anche il merito della controversia, come le previsioni di gara in tema di garanzie avessero l'effetto di precludere la partecipazione, rendendola di fatto impossibile "alla stragrande maggioranza degli operatori economici"; il che imporrebbe l'immediata impugnazione del bando senza che vi fosse bisogno di presentare domanda, nella misura in cui contenente clausole (se non escludenti in senso classico, comunque) tali da rendere eccessivamente onerosa o addirittura dannosa la presentazione di un'offerta, richiamando in tal senso l'indirizzo della Plenaria (n. 4/2018) e una serie di precedenti più specifici (tra i quali CGA n. 796/2016).

Per altro verso afferma che non occorresse neppure impugnare l'aggiudicazione, sull'assunto che l'annullamento del bando avrebbe effetti caducatori sui successivi atti della procedura di gara.

6. Al cospetto di simili contrapposte tesi di parte – concernenti profili di rito che sono strettamente correlati al merito della controversia, all'insegna della circolarità dei temi qui in discussione – e a fronte di un bando che all'apparenza stabiliva regole di garanzia piuttosto selettive e che prevedeva conseguenze rilevanti in caso di loro violazione, questo Consiglio ha reputato necessario approfondire talune delle caratteristiche della legge di gara, con specifico riferimento alle garanzie, richieste ai partecipanti. Con la precisazione che la cauzione definitiva, nell'ordine del 10% dell'importo netto del contratto, la cui base d'asta era pari a circa 220 milioni di euro, sarebbe dovuta essere quindi nell'ordine di 22 milioni di euro e che, comunque, RFI si riservava di esprimere il proprio gradimento quanto alla compagnia assicurativa prescelta; e che qualora, per una ragione o per l'altra la garanzia non fosse stata costituita, alla revoca dell'aggiudicazione si sarebbe sommata l'acquisizione della cauzione provvisoria a sua volta pari al 2% dell'importo dell'appalto e quindi grosso modo intorno ai 4 milioni e mezzo di euro.

Partecipare alla gara significava quindi esporsi, per così dire, al rischio di perdere tale somma in caso di incameramento della cauzione.

Si è quindi demandato all'IVASS, quale autorità di regolazione del mercato assicurativo, il compito di fornire dettagliate informazioni relative ai seguenti quesiti:

- 1) il numero attuale delle imprese assicuratrici in grado di soddisfare i requisiti tecnici e i criteri di gradimento inseriti nel bando di gara;
- 2) i prevedibili costi di rilascio di una polizza da parte di una compagnia rispondente a detti criteri;
- 3) necessità di tali requisiti e criteri in relazione al tipo di opera da eseguire;
- 4) la possibilità che il gradimento di RFI si sovrapponga a quello dell'IVASS;

6.1. La risposta dell'IVASS è compendiata in una relazione piuttosto sintetica nella quale – quanto al primo quesito - si legge che il numero delle imprese assicurative autorizzate dall'IVASS e che rispondono ai requisiti del bando (quanto a indice di solvibilità, capitale sociale e raccolta premi) è pari a 5, non conoscendosi invece il dato relativo alle imprese estere abilitate ad operare in Italia. Con il chiarimento che l'inciso contenuto nella *lex specialis* per cui "la singola compagnia di assicurazioni sarà accettata fino a quando la somma di tutte le fidejussioni prestate non raggiunga

*il relativo capitale sociale*” potrebbe determinare una ulteriore riduzione del numero della compagnie alle quali richiedere la garanzia.

Sul secondo quesito l’IVASS afferma di non essere in grado di rispondere in senso compiuto, come anche sul terzo, perché esulerebbe dal perimetro delle proprie competenze istituzionali, salvo rimarcare la presunzione di affidabilità degli operatori che già deriva dal loro essere autorizzati ad operare in mercati regolamentati e l’idea che quelli indicati nel bando potrebbero non essere i soli criteri davvero probanti, dovendosi considerare “anche indici qualitativi”.

Quanto infine al quarto quesito la risposta è nel senso che “*Non sono possibili sovrapposizioni in quanto l’IVASS non può esprimere, rispetto a singoli soggetti vigilati regolarmente autorizzati all’esercizio del ramo cauzioni, alcun gradimento*”.

7. Ciò posto, il Collegio reputa che la relazione, così sunteggiata, non sia del tutto all’altezza dell’importanza, della novità e della complessità delle questioni qui dedotte e che, se dovesse decidersi il merito della causa, ossia se dovesse stabilirsi la legittimità di tali clausole, andrebbe probabilmente integrata.

Non di meno, al fine più contenuto di definire se quelle stesse clausole fossero ostantive alla presentazione di una domanda di partecipazione - risolvendo la questione di rito - la relazione offre comunque elementi utili e sufficienti.

Si deve prendere atto, in particolare, dell’esistenza di un numero, per quanto ristretto, di imprese assicurative alle quali il Consorzio avrebbe potuto rivolgersi, sebbene la concorrenza con altri potenziali partecipanti avrebbe potuto finire per ridurre ulteriormente la platea delle imprese assicurative.

Tale scenario, comunque in parte ovviabile investendo sul fattore tempo, deve essere bilanciato con il dato – che l’IVASS ha dichiarato di ignorare nel numero ma che non può negarsi del tutto – per cui alle imprese italiane debbono aggiungersi quelle provenienti dai altri Paesi europei e che sono pur sempre abilitati ad operare nel nostro Paese in regime di libera prestazione dei servizi.

Se ne ricava, molto verosimilmente, un numero (sensibilmente) maggiore di 5 compagnie assicurative alle quali rivolgersi per la cauzione, tale da offrire un ventaglio di possibilità almeno sotto questo aspetto accettabile o, comunque, non manifestamente impeditivo.

Ed è alla stregua di questo dato, confermato empiricamente ovvero *ex post* dalla circostanza che 6 operatori hanno preso parte alla gara, che, ad avviso del Collegio, non emerge nella peculiare vicenda in esame, una condizione sicuramente ostantiva alla partecipazione ad essa, tale da permettere di invocare quella giurisprudenza (v., per tutte, Cons. St., A.P. 4/2018, specie sub. 18) che – solamente a determinate condizioni, in deroga al principio generale – ammette l’impugnazione immediata del bando in assenza della domanda di partecipazione.

Si intende che questo primo dato non vale a fugare i dubbi che il Consorzio Vitruvio ha prospettato in ordine alla legittimità delle regole della gara per quanto attiene al tipo di garanzie di richieste, in punto di ragionevolezza, trasparenza e proporzionalità. Dubbi che RFI e Salini Impregilo hanno peraltro confutato sottolineando la specialità del settore e le dimensioni molto elevate dell’appalto.

Ma sono dubbi che, per quanto detto, il Consorzio avrebbe dovuto far valere partecipando alla gara e semmai impugnandone all’occorrenza gli esiti sfavorevoli. Si deve aggiungere che, in tal modo, le doglianze all’apparenza (più) suggestive riferite al rischio che si potesse determinare, in caso di

mancato gradimento di RFI, l'incameramento della cauzione provvisoria, avrebbero assunto una consistenza e un'attualità che, invece, le scelte del Consorzio (per prime) non hanno permesso che si manifestassero.

Si vuole quindi sottolineare come, in mancanza di domanda di partecipazione, tali doglianze presentino un aspetto inevitabilmente teorico e ipotetico (cfr. A.P. 4/2018 sub. 18.5.1), che non si concilia con i noti caratteri della giurisdizione amministrativa e con la sua dimensione soggettiva. Tanto più che né l'ANAC, né l'AGCM, alle quali l'ordinamento ha di recente affidato una speciale legittimazione ad agire a tutela della concorrenza, benché evocate in questo giudizio, hanno dato riscontro alcuno alle prospettazioni del Consorzio (cfr. la memoria della difesa erariale del 10.4.2019).

8. Per la stessa ragione appena evidenziata - l'assenza di una domanda di partecipazione senza che sia emersa una reale ed effettiva impossibilità di proporla - è fondata anche l'eccezione di improcedibilità.

Infatti, anche ammettendosi che vi fosse spazio per un'impugnazione immediata del bando di gara, il Collegio reputa, sulla scorta dell'orientamento prevalente (v. Cons. St., IV, n. 1769/2015, anche se consta un orientamento di diverso segno, come dimostra Cons. St., V, n. 449/2019) e che si stima più persuasivo, sarebbe stato onere del Consorzio impugnarne anche gli esiti successivi, compresa l'aggiudicazione. Ciò sul rilievo che l'ipotetica illegittimità del bando sia destinata a tradursi in un vizio invalidante, ma non automaticamente caducante, dell'aggiudicazione; e che dunque debba valere, anche a tutela dell'integrità del contraddittorio, la regola generale che onera la parte ad impugnare gli atti lesivi, per quanto possano essere afflitti da illegittimità in via derivata.

Il Collegio non ignora come la questione del rapporto, se invalidante o caducante, tra bando ed aggiudicazione possa avere non solo una dimensione processuale - cui si lega la veduta necessità di formulare motivi aggiunti da notificare alle controparti compreso l'aggiudicatario - ma anche fiscale, legata al pagamento in ipotesi di un nuovo contributo unificato; tuttavia, al cospetto della deduzione di vizi di sola illegittimità derivata, che non dovrebbero ampliare l'oggetto della controversia, potrebbe essere invocata la giurisprudenza della Corte di Giustizia di cui alla sentenza 6.10.2015, in C-61/14.

9. In conclusione, per queste ragioni, è fondato e va accolto l'appello incidentale, dal che discende l'inammissibilità e l'improcedibilità dell'appello principale per essere inammissibili e improcedibili i motivi aggiunti proposti in primo grado, in tal senso riformandosi parzialmente la sentenza del Tar.

10. La complessità e la novità delle questioni esaminate giustificano la compensazione delle spese del presente grado tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe così provvede:

- accoglie l'appello incidentale;
- dichiara in parte inammissibile e in altra parte improcedibile l'appello principale;

- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibili e improcedibili i motivi aggiunti proposti in primo grado, ai sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE  
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE  
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO