

La valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera strategica e di quello alla revoca degli atti di gara

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 27-3-2017

1.La valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera strategica non compete all'Anas a cui compete, invece, la valutazione dell'interesse all'emanazione e alla revoca degli atti di gara.

2.Alla base del provvedimento di revoca non c'è una valutazione dell'interesse alla realizzazione dell'opera ma esclusivamente una valutazione dell'interesse pubblico al mantenimento o al ritiro degli atti di gara.

3.E' legittima la revoca degli atti di gara in ragione del notevole lasso di tempo intercorso dall'aggiudicazione, ove l'opera così come progettata non risulti più attuale, imponendo un doveroso ripensamento sia in ragione delle mutate esigenze progettuali intervenute che dell'incremento dei costi realizzativi occorsi.

4.Non è precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento degli atti di gara, fondandosi detta potestà sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire.

5.La stazione appaltante ha l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine agli affermati motivi di opportunità che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela.

6.Le sopravvenienze che giustificano la revoca della procedura di gara sono quelle interferenze rientranti nel fisiologico sviluppo dei lavori e non certo quelle che esulano dalla normale prevedibilità di un operatore del settore come, ad esempio, le interferenze delle nuove installazioni tecnologiche intervenute nel corso del lungo lasso temporale decorso dalla progettazione o, addirittura, a quelle interferenze dovute all'epidemia di xilella fastidiosa che ha colpito le piantagioni di ulivo.

7.E' legittima la revoca della procedura di gara in caso di rilevante scostamento dei prezzi unitari di cui al progetto definitivo rispetto a quelli in corso, attesa la necessità che le procedure di gara siano poste in essere sulla base di prezzari aggiornati, con valori economici coerenti con il corrente andamento del mercato.

8. Il provvedimento di revoca deve essere adeguatamente motivato non solo con riferimento ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma anche con riguardo all'interesse del soggetto privato destinatario dell'atto occorrendo la ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco.

9. L'attualità e la specificità dell'interesse pubblico a revocare determinati provvedimenti in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui interviene la revoca stessa, in relazione all'affidamento ingenerato nel privato, a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, definitiva o la stipula del contratto, ovvero che il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine.

Guida alla lettura.

La sentenza annotata riguarda il ricorso proposto da concorrente contro Anas Spa per l'annullamento della disposizione del Presidente dell'Anas con la quale era stata revocata l'intera procedura di gara a cui la ricorrente aveva partecipato.

Preliminarmente, il Collegio ha escluso che ANAS S.p.A. sia un mero soggetto delegato allo svolgimento della gara, essendo, invece, il soggetto che per legge e per convenzione è legittimato all'attuazione complessiva del progetto di realizzazione dell'opera pubblica.

E' stato precisato, altresì, dal Collegio che non può confondersi l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera strategica con l'interesse pubblico alla revoca degli atti della procedura di gara : *“La valutazione del primo dei due interessi non è consentito all'ANAS, risultando viceversa consentita la valutazione dell'interesse all'emanazione e alla revoca degli atti di gara, in quanto alla base del provvedimento di revoca non c'è una valutazione dell'interesse alla realizzazione dell'opera ma esclusivamente una valutazione dell'interesse pubblico al mantenimento o al ritiro degli atti di gara, che ... sono meramente strumentali.”*

Nel merito, esaminate le ragioni su cui i provvedimenti impugnati si basavano, la revoca disposta dall'ANAC è stata ritenuta legittima in ragione del notevole lasso di tempo intercorso dall'aggiudicazione, in quanto l'opera così come progettata non risultava più attuale, imponendo un doveroso ripensamento sia in ragione delle mutate esigenze progettuali intervenute che dell'incremento dei costi realizzativi occorsi.

La giurisprudenza, infatti, ammette che non è precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento degli atti di gara, fondandosi detta potestà sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456). È stato poi più volte sottolineato l'obbligo incombente

sull'amministrazione di fornire una adeguata motivazione in ordine agli affermati motivi di opportunità che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (C.d.S., sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17).

A tal proposito, il Collegio ha osservato che il provvedimento di revoca deve contenere ed esporre l'articolazione degli interessi pubblici coinvolti e sottesi al ritiro in autotutela del procedimento di gara, sia in termini di adeguatezza progettuale che di contenimento dei costi realizzativi. Ciò che nella fattispecie era avvenuto sia relazione al profilo della progettazione definitiva posta a base di gara e sottoposta da ANAS ad un'attività di project review, sia a quello il progetto esecutivo redatto dall'ATI ricorrente.

Con riferimento al primo profilo, il progetto definitivo posto a base di gara non risultava più attuale e adeguatamente dimensionato alle esigenze della collettività, rilevandosi la necessità di aggiornare la progettazione (definitiva) ad una serie di *"circostanze, di fatto e di diritto, che in totale comportano un aumento dei costi nell'ordine di 36 Mln di euro e corrispondente a circa il 19% dell'importo dei lavori posto a base di gara"*.

Con riferimento al secondo profilo, si registravano le ulteriori criticità afferenti alla progettazione esecutiva redatta (e mai approvata) dall'ATI ricorrente.

Sempre il TAR ha escluso che la volontà della ricorrente di eseguire la commessa come da offerta presentata in gara e successivamente confermata potesse superare il problema del rilevante scostamento dei prezzi unitari di cui al progetto definitivo rispetto a quelli attuali, atteso che. "La giurisprudenza ha puntualizzato la necessità che le procedure di gara siano poste in essere sulla base di prezzari aggiornati, con valori economici coerenti con l'attuale andamento del mercato, a pena di intuibili carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza tra imprese, essendo penalizzate dai prezzi non aggiornati soprattutto le imprese più competitive, perché sopportano i maggiori oneri per l'aggiornamento dei costi del lavoro, per l'investimento, la formazione e così via" (cfr. Tar Calabria Reggio Calabria n. 131 del 2009)".

Infatti – ha osservato il Collegio – *"L'utilizzo dei prezzari aggiornati non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della loro congruità in relazione alle condizioni attuali di mercato."*

Inoltre, alcune delle criticità evidenziate nel provvedimento di revoca (attività di bonifica e di caratterizzazione ambientale, emerse solamente in esito alla conclusione della procedura di gara), erano del tutto nuove e, quindi, non prevedibili dai concorrenti in sede di offerta, e non trovavano copertura nel quadro economico a base di gara.

Pertanto, richiamati i presupposti della revoca consistono nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e nella sopravvenienza di motivi di interessi pubblico, il Collegio ha ritenuto adeguatamente motivata la revoca disposta dalla stazione appaltante, a prescindere da eventuali illegittimità della procedura di gara.

Nel caso di specie, poi, il provvedimento di revoca è stato adeguatamente motivato non solo con riferimento ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma anche con riguardo all'interesse del soggetto privato destinatario dell'atto, non potendosi prescindere dalla ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco.

Infatti, l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico a revocare determinati provvedimenti in autotutela erano stati calibrati dall'ANAS in funzione della fase procedimentale in cui era intervenuta la revoca in relazione all'affidamento ingenerato nel privato.

Nel caso di specie, la ricorrente non era mai stata aggiudicataria della gara e si era posizionata solo al quinto posto al termine della procedura di evidenza pubblica.

Pertanto, posto che l'istruttoria e la comparazione degli interessi in gioco erano conformi a canoni di coerenza, logicità e congruità nonché immuni da travisamento dei fatti, supportando il giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato della ricorrente, il ricorso è stato respinto in quanto infondato.

Pubblicato il 21/03/2017

N. 00467/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01872/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1872 del 2016, proposto da:

XXX, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio Felice Fitto in Lecce, via Imbriani,30;

contro

Anas Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Marina Persichetti , Costanzo Cascavilla, Andrea Napoleone e Claudia Ricchetti, con domicilio eletto presso il Compartimento Puglia Anas in Lecce al via Gallipoli 17;

Autorità Nazionale Anticorruzione, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura dello Stato, con domicilio in Lecce alla via Rubichi;

Regione Puglia, non costituita in giudizio;

YYY non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della Disposizione del Presidente dell'Anas Spa del 21/11/2016 n. 204 nonché, per quanto di ragione, degli atti ivi richiamati;

della nota dell'Anas Spa del 21/11/2016 prot. CDG - 0125390-P;

di tutti gli atti prodromici, connessi e comunque correlati, anche di carattere istruttorio, ivi comprese la cd "Project review", effettuata dall'Anas spa nonché la delibera dell'Anac del 31/08/2016 n. 909.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Autorita' Nazionale Anticorruzione e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 il dott. Mario Gabriele Perpetuini e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la XXX, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI YYY, ha chiesto l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, della disposizione n. 204 del Presidente Anas del 21 novembre 2016 con la quale è stata revocata l'intera procedura di gara, la nota dell'ANAS Spa del 21.11.2016 prot. CDG – 0125390/P, nonché di tutti gli atti prodromici, connessi e comunque correlati, anche di carattere istruttorio, ivi comprese la cd. "Project review" effettuata dall'ANAS S.p.A e, ove occorra, la deliberazione ANAC n.909 del 31.8.2016.

Si sono costituiti l'ANAC, l'ANAS, il CIPE.

All'udienza dell'8 marzo 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. Il collegio ritiene di non scrutinare le eccezioni preliminari in ragione dell'infondatezza del ricorso nel merito.

2.1. Con il primo motivo di gravame si lamenta la carenza di potere; incompetenza; violazione degli artt. 97 e 118 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della legge 241/90 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione della legge 21.12.2001 n. 443; violazione e falsa applicazione degli artt. 161 ss. d.lgs. 163/06; violazione dei principi generali di buon andamento e del contrarius actus; violazione e falsa applicazione della DGR puglia del 15.12.2007 n. 102 e del disciplinare sottoscritto in data 11.12.2009 tra la Regione Puglia e l'Anas; eccesso di potere per erroneità e/o carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, sviamento.

La ricorrente sostiene, in primo luogo, il difetto di competenza di ANAS ad adottare l'impugnato provvedimento di revoca.

In particolare l'Anas, mero soggetto delegato allo svolgimento della gara, non avrebbe potuto procedere autonomamente, in via di autotutela, né alla valutazione dell'attualità ed adeguatezza del progetto in precedenza approvato né, tantomeno, alla rivisitazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera "così come progettata".

La censura non può essere accolta.

Al fine di valutare la competenza dell'ANAS in ordine all'impugnato provvedimento appare opportuno ricostruire brevemente i rapporti giuridici intercorrenti tra i soggetti pubblici interessati, in qualche modo, alla realizzazione dell'opera oggetto della procedura di evidenza pubblica revocata.

Ai sensi dell'art. 2, co. 1 e 2 del d.lgs. n. 190/2002 (promozione di intese quadro tra Governo e Regioni al fine di promuovere attività tecniche ed amministrative per la sollecita progettazione ed approvazione delle infrastrutture strategiche) il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Regione Puglia sottoscrivevano in data 10.10.2003 l'Intesa Generale Quadro con la quale veniva individuata la Regione Puglia quale soggetto attuatore della progettazione nonché

soggetto aggiudicatore dell'appalto di lavori. Nell'ambito di una successiva convenzione, sottoscritta in data 21.11.2003, tra Regione Puglia ed ANAS, veniva disciplinato il cofinanziamento ANAS/Regione per la realizzazione di n. 25 opere; al numero d'ordine 13 dell'elenco degli interventi si riscontra l'intervento sulla SS 275 Maglie-Santa Maria di Leuca per un importo di progetto di € 165,527 Mln, a carico della Regione Puglia, senza risorse pubbliche statali aggiuntive. Ai sensi dell'art. 2 della convenzione predetta veniva stabilito che l'ANAS avrebbe provveduto, in accordo con la Regione, anche alla redazione del progetto.

Con delibera n. 92 del 20.12.2004 il CIPE approvava il progetto preliminare.

Il progetto definitivo veniva approvato dal Consiglio di Amministrazione di ANAS nella seduta del 16.6.2005 con delibera n. 75.

Il Presidente ANAS, nella seduta del 24.9.2009, con delibera n. 144, disponeva l'approvazione del progetto definitivo e l'attivazione della gara d'appalto mediante appalto integrato a valle della stipula del disciplinare previsto nella convenzione tra Regione Puglia ed ANAS.

In data 11.12.2009 veniva sottoscritto il disciplinare regolante i rapporti tra la Regione Puglia e l'ANAS per la realizzazione dell'intervento. All'art. 4 del disciplinare veniva individuato in ANAS il soggetto attuatore.

Con disposizione del Presidente di ANAS prot. n. 185913 del 17.12.2009 veniva data attuazione alla deliberazione n. 144 del 24.9.2009 con la quale veniva autorizzato l'espletamento della procedura di gara d'appalto.

In data 28.12.2009 veniva pubblicato sulla GURI il bando di gara, inviato dal soggetto attuatore ANAS.

La delibera della giunta regionale n. 102 del 15/2/2007 e il relativo disciplinare sottoscritto in data 11/12/2009 confermano come l'ANAS sia il soggetto attuatore dell'intero progetto, pertanto competente non solo alla predisposizione ed attuazione dell'attività di progettazione in tutti gli stadi, ma anche alla indizione e all'espletamento della gara d'appalto e, di conseguenza, soggetto legittimato all'emissione di tutti i relativi provvedimenti, ivi inclusi quelli in autotutela per il principio del *contrarius actus*.

Infatti, si legge nella predetta DGRP n. 102 del 15/12/2007 che "Successivamente si è manifestata l'esigenza che l'ANAS s.p.a. curi anche l'appalto e l'esecuzione degli interventi individuati in convenzione con il n. 013 (S.S. 275 Maglie — Santa Maria di Leuca) e con il n. 017.

La giunta Regionale con decisione assunta a verbale, ha rappresentato la opportunità di affidare all'ANAS S.p.A. le attività di appalto ed esecuzione degli interventi n. 013 e 017 di convenzione, previa stipula di apposito atto aggiuntivo il cui schema è approvato preventivamente dall'Organo Esecutivo regionale".

Per quanto concerne invece il contenuto del suddetto disciplinare regolante i rapporti tra la

Regione Puglia e l'ANAS pubblicato sul B.U.R.P. n. 208 del 29/12/2009, è anch'esso a confermare esplicitamente all'art. 7 comma 3, che l'ANAS è il soggetto aggiudicatore dell'appalto e, come tale, unico legittimato alla emissione di tutti i provvedimenti relativi al procedimento di gara: "il soggetto attuatore, entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione del finanziamento complessivo, comprensivo della disponibilità dei finanziamenti erogati anche da altre fonti, procede all'affidamento dei lavori secondo la normativa vigente in materia di LL.PP. A seguito dell'aggiudicazione della progettazione esecutiva dei lavori, il soggetto armatore trasmette al Settore Trasporti Vie di Comunicazione i relativi provvedimenti di approvazione della gara di appalto, nonché il quadro economico aggiornato. A seguito di tale trasmissione il suddetto Settore provvede alla emissione dell'atto di concessione del finanziamento regionale nella misura dell'importo aggiornato".

Per quanto sopra rappresentato, dunque, emerge come ANAS S.p.A. non sia un mero soggetto delegato allo svolgimento della gara, ma, viceversa, il soggetto che per legge e per convenzione è legittimato all'attuazione complessiva del progetto di realizzazione dell'opera pubblica.

Non è condivisibile, in particolare, l'argomentazione secondo la quale, trattandosi di infrastruttura pubblica strategica ai sensi della legge 21.12.2001 n. 443, le valutazioni circa l'interesse pubblico sotteso alla revoca sfuggirebbero dalle competenze del soggetto attuatore.

Si osserva, in contrario, che non può confondersi l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera strategica con l'interesse pubblico alla revoca degli atti della procedura di gara. La valutazione del primo dei due interessi non è consentito all'ANAS, risultando viceversa consentita la valutazione dell'interesse all'emanazione e alla revoca degli atti di gara, in quanto alla base del provvedimento di revoca non c'è una valutazione dell'interesse alla realizzazione dell'opera ma esclusivamente una valutazione dell'interesse pubblico al mantenimento o al ritiro degli atti di gara, che – si ripete – sono meramente strumentali.

Neppure possono essere accolte le ulteriori censure contenute nel primo motivo di ricorso.

Sul difetto di istruttoria quale vizio sintomatico di eccesso di potere, infatti, corre l'obbligo di precisare che l'Amministrazione intimata ha assunto le proprie iniziative al termine ed in base alle risultanze di un'articolata attività istruttoria che, oltre ad aver visto la partecipazione dell'ANAC, si è concretizzata attraverso un'attività di project review del progetto definitivo ed esecutivo, intesa a verificarne l'adeguatezza e la perdurante corrispondenza all'interesse pubblico sotteso alla più sollecita e corretta realizzazione dell'opera.

Ebbene, tale disamina. — come si evince chiaramente dalla stessa parte motiva del testo del provvedimento gravato — ha dato esito negativo, evidenziando come, in ragione del notevole lasso di tempo intercorso dall'aggiudicazione, l'opera così come progettata non risulti più attuale, imponendo un doveroso ripensamento sia in ragione delle mutate esigenze progettuali intervenute che dell'incremento dei costi realizzativi occorsi.

Tutte le predette risultanze trovano riscontro nella parte motiva del provvedimento impugnato

che, per questo motivo, non appare affetto dal lamentato vizio della carenza di motivazione.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 21 quinquies L. 241/90; violazione degli artt. 97 e 113 Cost.; violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE e dell'art. 6 del Trattato; violazione degli artt. 78, comma 1, e 79, comma I, D.Lgs. 163/06; violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza, buon andamento e proporzionalità; eccesso di potere per carenza e/o erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione, perplessità e sviamento.

Nel caso di specie si afferma che le criticità delineate sarebbero intrinsecamente inidonee a determinare la rivisitazione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera strategica di rilievo nazionale e a supportare il provvedimento di revoca dell'intera procedura di gara.

Inoltre, le lamentate "criticità" sono state desunte dalla cd "project review".

La revoca sarebbe stata effettuata in relazione alla "progettazione esecutiva", predisposta dall'originaria aggiudicataria — poi esclusa dalla gara — "al fine di valutare e considerare l'adeguatezza del progetto occorrente".

In altri termini l'istruttoria, finalizzata alla verifica dell'adeguatezza e dell'attualità del progetto, sarebbe stata, impropriamente, effettuata con riferimento ad un progetto, mai approvato dall'Anas, presentato da un concorrente escluso e che, per tale ragione, non potrà mai essere realizzato. Al contrario l'Anas avrebbe omesso di verificare il progetto definitivo, come integrato dall'offerta presentata dall'ATI ... la quale, all'esito delle disposte esclusioni degli altri concorrenti, sarebbe risultata prima in graduatoria e, pertanto, avrebbe dovuto risultare aggiudicataria. Il provvedimento di revoca, pertanto, sarebbe inficiato in radice da un'istruttoria inconferente ed erronea che ha determinato valutazioni altrettanto erronee ed illegittime in quanto fondate su presupposti fallaci, anche per quanto concerne gli asseriti maggiori costi.

La censura non può essere accolta.

La giurisprudenza, infatti, ammette che non è precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento degli atti di gara, fondandosi detta potestà sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (C.d.S., sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456). È stato poi più volte sottolineato l'obbligo incombente sull'amministrazione di fornire una adeguata motivazione in ordine agli affermati motivi di opportunità che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (C.d.S., sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17).

A tal proposito, il collegio osserva che il provvedimento di revoca contenga ed esponga l'articolazione degli interessi pubblici coinvolti e sottesi al ritiro in autotutela del procedimento di gara, sia in termini di adeguatezza progettuale che di contenimento dei costi realizzativi,

avendo a riferimento un duplice ordine di profili:

i. da un lato, la progettazione definitiva posta a base di gara e sottoposta da ANAS ad un'attività di project review, al fine di individuare — in linea con le indicazioni impartite dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1798/2016 e a prescindere da quale sia l'esecutore dell'intervento — "l'adeguatezza del progetto esecutivo occorrente" (v. punto n. 4), p. 6 del provvedimento impugnato);

ii. dall'altro, il progetto esecutivo redatto dall'ATI XXX.

Con riferimento al primo profilo, nell'evidenziare come il "progetto definitivo posto a base di gara non risulti più attuale e adeguatamente dimensionato alle esigenze della collettività", si rileva la necessità di aggiornare la progettazione (definitiva) ad una serie di "circostanze, di fatto e di diritto, che in totale comportano un aumento dei costi nell'ordine di 36 Mln di euro e corrispondente a circa il 19% dell'importo dei lavori posto a base di gara". Tali circostanze, riportate con tanto di relativa stima, sono sinteticamente riconducibili a: (i) l'adeguamento del piano delle interferenze (con un incremento di circa 12 Mln di euro), per la presenza di nuove installazioni di impianti telefonici ed elettrici e dell'intervenuto sviluppo di impianti di produzione di energie rinnovabili; (ii) vincolo di espianto e reimpianto delle piantumazioni presenti lungo il tracciato (stimato in 14 Mln di euro) e necessità di far fronte alla sopravvenuta epidemia della "Xilella Fastidiosa"; (iii) interventi di bonifica delle aree adibite a discariche (con un incremento di 8/10 Mln di euro) e avvio di una generalizzata attività di caratterizzazione ambientale; (iv) allineamento del progetto definitivo originario, approvato nel 2005, all'attuale normativa sismica per le costruzioni (NTC2008); (v) rinnovo dell'iter autorizzativo del progetto, essendo alcune autorizzazioni già scadute o prossime alla scadenza.

A tali problematiche — che da sole sarebbero sufficienti a giustificare il mutato interesse pubblico alla realizzazione del progetto così come originariamente concepito — si aggiungono, ad abundantiam, le ulteriori criticità afferenti alla progettazione esecutiva redatta (e mai approvata) dall'ATI XXX senza che queste fondino in maniera esclusiva la motivazione sottesa al provvedimento impugnato.

Non è, dunque, corretto, sostenere che le valutazioni dell'interesse pubblico alla revoca della gara siano state effettuate solo con riferimento a un progetto esecutivo redatto da uno dei concorrenti avendo avuto, invece, ad oggetto il progetto definitivo posto a base della procedura di gara.

Il motivo di ricorso in parola, poi, si articola in una serie di censure volte a dimostrare l'illegittimità della valutazione dell'Amministrazione precedente in ordine all'interesse pubblico alla revoca della gara.

Le censure non sono fondate.

Si osserva, infatti, che:

Pur se previste, in qualche modo, tra le possibili evenienze in corso di procedura, non può

escludersi che il rinvenimento di nuove interferenze sia motivo astrattamente idoneo a mutare l'orientamento manifestato con l'indizione della gara e, quindi, ad incidere sulla valutazione concernente l'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preordinata la gara.

Inoltre, non può ragionevolmente ritenersi che la previsione di una disposizione contenuta nel capitolato speciale d'appalto possa avere l'effetto di escludere la rilevanza di qualsivoglia nuova interferenza dovendosi, invece, la disposizione riferire a quelle interferenze rientranti nel fisiologico sviluppo dei lavori e non certo a quelle sopravvenienze che esulano dalla normale prevedibilità di un operatore del settore come, ad esempio, le interferenze delle nuove installazioni tecnologiche intervenute nel corso del lungo lasso temporale decorso dalla progettazione o, addirittura, a quelle interferenze dovute all'epidemia di xilella fastidiosa che ha colpito le piantagioni di ulivo.

2) La considerazione che alla problematica della xilella possa farsi fronte in fase di progettazione esecutiva è una considerazione che impinge il merito delle scelte amministrative e non può, per questo motivo, fondare un giudizio di illegittimità del provvedimento di revoca.

In ogni caso si osserva che se, da un lato, le prescrizioni del CIPE vietano l'abbattimento degli alberi di ulivo monumentali, prevedendo, nel caso di lavori di pubblica utilità e in assenza di soluzioni alternative, il reimpianto degli stessi, dall'altro, l'epidemia della xilella ha reso rischiosa la piantumazione e, quindi, anche il reimpianto di alberi potenzialmente affetti dalla malattia. Ciò rende, quindi, ragionevole che l'amministrazione ritenga opportuno ristudiare l'intero intervento per verificare l'esistenza di soluzioni progettuali che limitino al massimo l'interferenza con gli ulivi, non ultima quella di modificare, ove possibile, la localizzazione urbanistica di alcuni tratti di strada.

3) La circostanza che la necessità di procedere ad un monitoraggio e all'accertamento di siti inquinati fosse prevista dal disciplinare non determina l'impossibilità di far fronte alla problematica concreta mediante lo studio e l'attuazione di soluzioni diverse che possono giustificare anche la revoca degli atti di gara. In particolare, il sopravvenuto accertamento della presenza di due discariche abusive rende necessario, come specificato in motivazione, la bonifica degli stessi oltre all'opportunità di procedere all'accertamento di ulteriori siti analoghi.

In particolare si nota che nell'ambito delle indagini penali che hanno interessato i siti in questione — indagini che hanno peraltro condotto al sequestro, tutt'ora pendente, di tali aree, per un'estensione complessiva di 23.400 mq — è emersa, per la prima volta, la necessità di adottare adeguate misure di bonifica delle discariche rinvenute, per un importo stimato in misura pari a 8/10 milioni di euro, nonché di avviare una più estesa caratterizzazione ambientale, non essendovi allo stato certezza che tali discariche siano le uniche presenti sul tracciato.

In questo contesto non appare irragionevole la scelta dell'Amministrazione procedente di revocare l'intera procedura per studiare soluzioni progettuali alternative.

4) Nel provvedimento impugnato si legge che "l'approvazione del Progetto Definitivo originario da parte del C.d.A. dell'Anas risale al 2005, per cui è oggi necessario procedere ad una

verifica di allineamento rispetto alle previsioni dell'attuale normativa sismica per le costruzioni (NTC2008), che potrà incrementare ulteriormente i costi".

Tale profilo integra una criticità oggettiva se solo si consideri che il progetto definitivo è stato approvato nel 2005.

5) In ordine ai rilievi dell'Anas incentrati sulle scadenze delle autorizzazioni, si osserva, da un lato, che alcune delle principali autorizzazioni necessarie a portare avanti l'intervento, quali ad esempio, l'autorizzazione paesaggistica, il parere idraulico e la dichiarazione di pubblica utilità, imprescindibile per il perfezionamento delle procedure espropriative, sono ormai scadute, dall'altro, che le modifiche necessarie per l'adeguamento progettuale alle nuove esigenze rendono certamente opportuna una nuova valutazione del progetto nel suo complesso una volta modificato.

6) L'ulteriore elemento, addotto dall'Amministrazione, consiste nella circostanza che "l'elenco prezzi unitari di cui al progetto definitivo Anas a base di gara, parametro di valutazione delle offerte, risale al 2008".

A tal proposito, la ricorrente afferma che con il contributo partecipativo del 4 novembre 2016 ha ribadito di voler eseguire la commessa come da offerta presentata in gara e successivamente confermata.

Osserva il collegio che non può considerarsi irrilevante lo scostamento dei prezzi unitari di cui al progetto definitivo rispetto a quelli attuali. "La giurisprudenza ha puntualizzato la necessità che le procedure di gara siano poste in essere sulla base di prezzari aggiornati, con valori economici coerenti con l'attuale andamento del mercato, a pena di intuibili carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza tra imprese, essendo penalizzate dai prezzi non aggiornati soprattutto le imprese più competitive, perché sopportano i maggiori oneri per l'aggiornamento dei costi del lavoro, per l'investimento, la formazione e così via" (cfr. Tar Calabria Reggio Calabria n. 131 del 2009). L'utilizzo dei prezzari aggiornati non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della loro congruità in relazione alle condizioni attuali di mercato.

A ciò si aggiunga anche che alcune delle criticità evidenziate nel provvedimento di revoca, essendo del tutto nuove e, quindi, non prevedibili dai concorrenti in sede di offerta, non trovano copertura nel quadro economico a base di gara.

Si considerino, in proposito, le attività di bonifica e di caratterizzazione ambientale, la cui necessità è emersa solamente in esito alla conclusione della procedura di gara e per la cui realizzazione si dovrà far fronte mediante risorse aggiuntive attualmente non stanziati nel quadro economico del progetto definitivo né, ovviamente, previsti nell'offerta di alcuno dei concorrenti.

7) Ritenuto che i presupposti della revoca consistono nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e nella sopravvenienza di motivi

di interessi pubblico e che eventuali vizi di illegittimità degli atti adottati non possano sostenere l'adozione la revoca, si sottolinea come l'amministrazione abbia motivato il proprio provvedimento di revoca con riferimento ad elementi sopravvenuti nelle more della stipula del contratto per cui si ritiene la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento di revoca a prescindere da ogni riferimento circa l'illegittimità della procedura di gara.

8) Le considerazioni espresse ai punti da 8 a 12 della Disposizione del Presidente dell'Anas 204/2016, pur se inconferenti poiché attengono al progetto esecutivo redatto dall'ATI XXX esclusa dalla gara nonché ai rapporti con l'ATI Matarrese, anch'essa esclusa dall'Anas in via di autotutela, sono espresse ad abundantiam per cui nessun effetto viziante possono esplicitare nei confronti del provvedimento di revoca adottato, comunque, sulle ragionevoli motivazioni predette.

9) Le considerazioni svolte in relazione ai primi motivi di censura e, segnatamente, alle censure relative alla motivazione del provvedimento di revoca, valgono a superare anche la censura concernente il presunto sviamento di potere data la sussistenza dei requisiti legittimanti l'adozione del provvedimento di revoca che, come visto, non è stato determinato esclusivamente dalla volontà di superare le illegittimità riscontrate nel corso della procedura di gara.

10) Inoltre, viene affermato che con il provvedimento gravato l'Anas ha manifestato l'intenzione di procedere ad una nuova gara sulla base di un nuovo progetto ed "all'affidamento di un primo lotto funzionale anche per rispondere alle esigenze del territorio".

Il provvedimento sarebbe illegittimo per l'assorbente rilievo che l'Anas, mero soggetto attuatore del progetto definitivo in precedenza approvato, non ha la potestà di decidere né di procedere all'indizione di una nuova gara e di ripartire l'intervento in stralci funzionali né di utilizzare i finanziamenti, già concessi, per l'esecuzione di un nuovo e diverso progetto.

La censura non è fondata.

Si richiamano in proposito le considerazioni già svolte in relazione al primo motivo di ricorso in cui si è affermato che gli interessi sottesi al provvedimento di revoca non coincidono con l'interesse alla realizzazione dell'opera ma si sostanzia nell'opportunità di realizzare l'opera attraverso quella determinata procedura (bandita dall'ANAS) e con quel determinato progetto definitivo (redatto e approvato dall'ANAS). In assenza dell'esercizio del potere della Regione Puglia di revocare il soggetto attuatore, lo stesso può continuare ad esercitare i poteri delegatigli e segnatamente, a ritirare gli atti della procedura di gara e modificare il progetto definitivo, salvo, ovviamente, sottoporre lo stesso all'approvazione degli altri soggetti istituzionali interessati alla realizzazione dell'opera.

2.3. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 21 quinquies L. 241/90; violazione degli artt. 97 e 113 Cost.; violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE e dell'art. 6 del Trattato; violazione degli artt. 78 comma 1 e 79 comma 1 D.Lgs. 163/06; violazione dei principi generali di trasparenza, correttezza e buon andamento; violazione e falsa applicazione della lex specialis; eccesso di potere per carenza e/o erroneità

dei presupposti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione, perplessità e sviamento.

Il provvedimento di revoca deve essere adeguatamente motivato non solo con riferimento ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma anche con riguardo all'interesse del soggetto privato destinatario dell'atto.

In effetti la revoca è esercizio di un potere discrezionale e l'esercizio della discrezionalità non può prescindere dalla ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco.

Tuttavia, secondo la ricorrente, l'Anas non avrebbe offerto alcuna motivazione circa la prevalenza dell'interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dagli atti originari che si è deciso di revocare.

La censura è infondata.

L'attualità e la specificità dell'interesse pubblico a revocare determinati provvedimenti in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui interviene la revoca stessa in relazione all'affidamento ingenerato nel privato. In questa prospettiva, diverso è l'onere motivazionale richiesto per procedere all'annullamento degli atti di gara, a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, definitiva o la stipula del contratto, ovvero che il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine. Nel caso di specie, la ricorrente non è mai stata aggiudicataria della gara e si è posizionata solo al quinto posto al termine della procedura di evidenza pubblica per cui deve ritenersi che l'istruttoria e la comparazione degli interessi in gioco siano conformi a canoni di coerenza, logicità e congruità nonché immuni da travisamento dei fatti valgano a supportare anche il giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato della ricorrente.

2.4. L'infondatezza del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento considerata la carenza dei presupposti caratterizzanti la qualificazione di danno da provvedimento illegittimo della Pubblica Amministrazione.

3. Per i motivi suesposti il ricorso deve essere respinto perché infondato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite in considerazione della particolarità della vicenda trattata che ha registrato una pluralità di pronunce giudiziali di segno opposto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Mario Gabriele Perpetuini, Referendario, Estensore