

Pubblicato il 31/01/2023

N. 01700/2023 REG.PROV.COLL.
N. 09424/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9424 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Edilemme S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Petullà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Santa Marinella, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valerio Morini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Va.Cri.Da S.r.l., Hdi Assicurazioni Spa, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di risoluzione del contratto n. 8484 del 7 marzo 2022 reg. del 6 luglio 2022 rep. N. 166 reg. 1207 comunicato con pec il 7 luglio 2022 (doc 7) del contratto di progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di messa in sicurezza da rischio idraulico del fosso Valle Semplice;
- dell'annotazione di tale segnalazione nel casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici di lavori, servizi, e forniture presso l'ANAC, qualora nel frattempo intervenuta;
- della richiesta di escussione della cauzione definitiva n. 6001400597 prestata dalla HDI Assicurazione spa agenzia 6001/A7931 Roma Monteverde di importo pari a Euro 90.374,08 .
- dell'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione delle opere di in favore di altro operatore economico, qualora nel frattempo intervenisse;

E PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA

- del contratto di appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione in favore di altro operatore economico, qualora nel frattempo intervenisse;

E PER LA CONDANNA

- al risarcimento dei danni in favore delle ricorrenti nella misura indicata nel ricorso;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Edilemme S.r.l. il 11/8/2022:

ANNULLAMENTO, PREVIA ADOZIONE DELLE OPPORTUNE MISURE CAUTELARI

- del provvedimento di risoluzione del contratto n. 8484 del 7 marzo 2022 reg. del 6 luglio 2022 rep. N. 166 reg. 1207 comunicato con pec il 7 luglio 2022 (cfr doc 7 ricorso introduttivo) del contratto di progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di messa in sicurezza da rischio idraulico del fosso Valle Semplice;

- dell'annotazione di tale segnalazione nel casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici di lavori, servizi, e forniture presso l'ANAC, qualora nel frattempo intervenuta;
- della richiesta di escussione della cauzione definitiva n. 6001400597 prestata dalla HDI Assicurazione spa agenzia 6001/A7931 Roma Monteverde di importo pari a Euro 90.374,08 .
- dell'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione delle opere di in favore della VADICRA srl intervenuta medio tempore come da determinazione del 1 agosto 2022 prot. n. 189 (doc n.11) ;

E PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA

- del contratto di appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione in favore di altro operatore economico, qualora nel frattempo intervenisse;

E PER LA CONDANNA

- al risarcimento dei danni in favore delle ricorrenti nella misura indicata nel ricorso;
- con richiesta ordinazione di consulenza tecnica di ufficio:
- di ogni altro atto e/o provvedimento, preliminare, prodromico, connesso e/o consequenziale agli atti impugnati, anche allo stato non conosciuto

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Edilemme S.r.l. il 28/9/2022:

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA ADOZIONE DELLE OPPORTUNE MISURE CAUTELARI

- del provvedimento di risoluzione del contratto n. 8484 del 7 marzo 2022 reg. del 6 luglio 2022 rep. N. 166 reg. 1207 comunicato con pec il 7 luglio 2022 (cfr doc 7 ricorso introduttivo) del contratto di progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di messa in sicurezza da rischio idraulico del fosso Valle Semplice;

- dell'annotazione di tale segnalazione nel casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici di lavori, servizi, e forniture presso l'ANAC, qualora nel frattempo intervenuta;
- della richiesta di escussione della cauzione definitiva n. 6001400597 prestata dalla HDI Assicurazioni Spa agenzia 661/A7931 Roma Monteverde di importo pari a Euro 90.374,08 .
- dell'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione delle opere di in favore della VADICRA srl intervenuta medio tempore come da determinazione del 1 agosto 2022 prot. n. 189 (doc n.11) ;

E PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA

- del contratto di appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione in favore di altro operatore economico, qualora nel frattempo intervenisse;

E PER LA CONDANNA

- al risarcimento dei danni in favore delle ricorrenti nella misura indicata nel ricorso;
- con richiesta ordinazione di consulenza tecnica di ufficio:
- di ogni altro atto e/o provvedimento, preliminare, prodromico, connesso e/o consequenziale agli atti impugnati, anche allo stato non conosciuto

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Santa Marinella e dell'ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2023 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nell'odierno giudizio, la parte ricorrente agisce contro il Comune di Santa Marinella per l'annullamento (sia con il ricorso, che con i motivi aggiunti dell'11/8/2022 e del 28/09/2022 proposti per ragioni che espone di avere apprese a seguito di accesso) degli atti con i quali è stata disposta la risoluzione di un contratto, precedentemente stipulato, relativo all'affidamento di progettazione ed esecuzione di lavori di mitigazione di dissesto idrogeologico; e dei provvedimenti successivamente intervenuti con i quali il medesimo affidamento è stato rimesso in appalto ed aggiudicato in favore della controinteressata VADICRA.

A fondamento dell'azione, espone in fatto quanto segue.

1. Con determinazione del n. 320 del 22 ottobre 2021, il Comune di Santa Marinella conferiva incarico tecnico di redazione del progetto preliminare (ormai non più esistente dal 2016) dei lavori di messa in sicurezza per l'intervento di mitigazione del dissesto idrogeologico del Fosse Valle Semplice ed in pari data veniva conferito incarico per le indagini geologiche, geognostiche e geofisiche all' studio GTS.

Il progetto corredato della documentazione geologica veniva approvato in data 11 novembre 2021 DGC n. 193.

2. Con determinazione del 2 dicembre 2021 n. 1659, il Comune di Santa Marinella disponeva l'indizione la gara a procedura negoziata al prezzo più basso in esito ad una manifestazione di interesse per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione per un importo di euro 516.665,82 per lavori esclusi oneri della sicurezza per un importo di euro 32.646,18 e euro 16.393,22 per la progettazione esecuzione dei lavori di realizzazione.

Nella lettera di invito veniva prescritta la redazione di una progettazione esecutiva; nel capitolato la redazione di una progettazione definitiva ed esecutiva nonché le necessarie attività preliminari il coordinamento della sicurezza la partecipazione a conferenze di servizi l'acquisizione di tutti i pareri necessari come se fosse un progetto definitivo; nel capitolato all'art 9 - titolato progetto esecutivo - si richiedeva un progetto definitivo; nel contratto

si prevedeva un progetto esecutivo; non era presente alcuna verifica del progetto preliminare mandato in gara ai sensi dell'art. 26 del dlgs.50/2016, né i pareri prescritti per legge.

3. Con determinazione del 29 dicembre 2021 n° 327 l'appalto veniva aggiudicato al Raggruppamento temporaneo Edilemme srl, Cogero srl e soggetto indicato per la progettazione la Hidroarch srl – ribasso offerto pari al 36,63%.

4. In data 7 marzo 2022 rep. 8484 a distanza di 3 mesi dall'aggiudicazione veniva sottoscritto il contratto di appalto che prevedeva come tempo di progettazione 40 giorni. La presa in consegna delle aree di cantiere e la verifica del suolo veniva eseguita dal progettista del Raggruppamento in conformità agli obblighi di corretta esecuzione gravanti sull'appaltatore, che pure provvedeva all'avvio di tutte le attività prodromiche alla progettazione tra cui la verifica delle relazioni allegate al progetto preliminare (posto che nella gara il RUP aveva evidentemente deciso di non redigere il progetto definitivo) e che non constava agli atti relazione del RUP ai sensi della linea guida ANAC n. 3 in ordine alle prescrizioni per la definizione dei livelli di progettazione e dei relativi contenuti.

4.1. Effettuando le opportune verifiche del terreno e gli scavi di saggio, il Raggruppamento rilevava che alcuni elementi fondamentali della progettazione definitiva avrebbero dovuto esser tutti ridefiniti al fine di poter ottenere poi il Comune i nullaosta delle autorità proposte al Controllo del bacino, se solo fosse stata una progettazione definitiva a base di gara; per quanto di interesse al presente ricorso, il tecnico incaricato eccepiva che il progetto messo a gara non avrebbe avuto le caratteristiche del progetto definitivo necessarie per la struttura oggetto dell'appalto. In particolare, si rilevava anche in contraddittorio con il RUP che l'intervento non avrebbe potuto riguardare solo la sezione di parte del muro franato per dissesto idrogeologico, ma l'intero muro per la lunghezza totale. Detta progettazione si rilevava necessaria al fine di evitare che anche la parte "sana" del muro franato

non collassasse di conseguenza dell'intervento mirato solo ad una sezione. Detta progettazione, si conveniva che dovesse involgere l'intera aerea sottoposta a dissesto. Il Raggruppamento, nell'interesse del Comune, si dava carico di tutto ciò, senza chiedere compensi aggiuntivi; per contro, in altro lotto di lavori aggiudicati a differente impresa, l'appaltatore – che dalle pagine dei quotidiani lamentava identici inconvenienti – formulava una richiesta di 100.000,00 euro in aumento dell'importo aggiudicato.

Incomprensibilmente, quanto al lotto della odierna ricorrente, il Comune - informato di tutto nella persona del RUP - a progetto depositato – e mai restituito – decideva di non applicare penali contrattualmente previste in contratto, ma risolvere quest'ultimo in danno.

5. Nell'immediatezza e, poi, con formale nota del 4 aprile 2022, il Raggruppamento richiedeva una proroga del termine finale - che sarebbe tra l'altro scaduto nelle successive prossime festività pasquali- rappresentando al RUP le criticità incontrate anche da un punto di vista logistico atteso che gli interventi coinvolgevano proprietà private; situazione, soprattutto legata agli accessi, che non sarebbe mai stata risolta dal Comune, nonostante il Raggruppamento avesse fornito già dei dati necessari al fine del finanziamento (come da richiesta del RUP in data 8 aprile 2022).

6. Con nota del 26 giugno 2022, il RUP provvedeva a formulare degli addebiti in ordine al ritardo accumulato dal Raggruppamento, minacciando la risoluzione in danno del Raggruppamento che, a partire dal 27 giugno, inoltrava tutta la documentazione progettuale (che per la mole ha richiesto più invii sino a concludersi il 7 luglio).

7. In data in data 7 luglio 2022 - a trasmissione ultimata - il Raggruppamento si vedeva notificare la determinazione ivi impugnata con la quale si dava atto dell'inadempimento totale al contratto chiedendo, altresì la escussione della cauzione definitiva e preannunciando una richiesta di danni.

Tempestivamente si contattava il Comune nella persona del RUP senza aver alcun riscontro. Pertanto, in data 14 luglio 2022 la difesa della odierna

ricorrente inoltrava formale istanza di revoca del provvedimento di risoluzione per i fatti occorsi e soprattutto perché non imputabile a fatto e colpa del Raggruppamento.

8) Con delibera del 1.8.2022 prot. 189 il Comune di Santa Marinella dato atto della risoluzione del contratto, senza aver mai dato risposta sulla istanza di riesame presentata dalla RTI EDILEMME e del ricorso già notificato, provvedeva ad affidare i lavori alla VACRIDA srl con indicazione del progettista Ing. Fabio Celletti in qualità di legale rappresentante della CORIP. La EDILEMME ha dunque proposto l'odierno gravame, con il quale chiede di annullare in via principale la risoluzione del contratto ed, in via consequenziale, l'aggiudicazione della gara che veniva successivamente disposta in favore della controinteressata (con gli atti meglio elencati in epigrafe), che assume viziata per illegittimità derivata dall'invalidità della risoluzione.

Deduce circa i presupposti di tali domande, previa un'approfondita trattazione delle ragioni che indurrebbero a concentrare la giurisdizione presso il giudice amministrativo su entrambe le domande.

Si è costituito e resiste al ricorso il Comune di Santa Marinella che eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'intera fattispecie e, nel merito, deduce circa l'infondatezza delle ragioni di censura dedotte in ordine alla risoluzione del contratto.

Eccepisce altresì l'inammissibilità ed improcedibilità delle domande poste nel ricorso principale ed inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per violazione degli artt. 43 e 120 comma 7 c.p.a.; per genericità della domanda di annullamento della gara, genericamente formulata; inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per inesistenza di connessione sia propria che impropria; inammissibilità per mancata impugnazione del provvedimento di diniego alla seconda istanza di proroga disposto con nota prot. 23642 del 21 giugno 2022

Si è costituita anche l'ANAC che eccepisce la propria carenza di legittimazione e, comunque, chiede il rigetto del ricorso.

Parte ricorrente ha formulato anche richieste istruttorie.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

Nella pubblica udienza del 17 gennaio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione, previa discussione orale come da verbale.

Parte ricorrente afferma di ben conoscere che le questioni inerenti la fase esecutiva non rientrano nella competenza del giudice amministrativo ma insiste nella richiesta di una pronuncia del giudice amministrativo, eventualmente previa disapplicazione delle norme del codice dei contratti e processuali, perché afferma che la giurisdizione amministrativa dovrebbe prevalere su quella ordinaria essendosi in presenza di un intreccio di provvedimenti e atti che sono ascrivibili ad entrambe le giurisdizioni; la giurisdizione sarebbe determinata non in base alla prospettazione delle parti, bensì con riguardo alla concreta posizione giuridica dedotta in giudizio, avuto riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico a cui tali fatti si riferiscono (petitum sostanziale), che nel caso di specie sarebbe dato dalla illegittimità dell'atto impugnato

Oppone il Comune di Santa Marinella il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, sin dalla Sentenza Sez. Unite n. 27169/2007, che conferma la sussistenza della esclusiva giurisdizione del GO, "...anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute".

Ad avviso del Collegio, la tesi difensiva dell'Ente locale è corretta e merita condivisione, ciò che assorbe ogni decisione anche in ordine all'istanza istruttoria della ricorrente ed alla domanda di estromissione dell'ANAC.

Invero, disattendendo le pur articolate deduzioni della parte ricorrente in punto di giurisdizione, la risoluzione della controversia dipende non già da profili di legittimità "provvedimentale" che investono interessi legittimi, ma dalla legittimità della risoluzione del contratto stipulato tra le parti, che presuppone l'accertamento della esecuzione del rapporto obbligatorio e negoziale e che, in quanto tale, può essere scrutinata solo dal giudice civile.

Più precisamente, nell'attuale quadro ordinamentale, la connessione tra la domanda di annullamento della gara d'appalto (soggetta pacificamente alla giurisdizione amministrativa) e la domanda di risoluzione o di annullamento di un contratto di appalto (di competenza del giudice ordinario), viene risolta in favore del giudice amministrativo in via eccezionale dalla legge, a seguito della previsione, nel quadro giuridico unionale (direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/Ce), di una disciplina che *“impone agli Stati membri di assicurare che un contratto risultante da un'aggiudicazione illegittima sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice”*, regola che *“si richiama a principi corrispondenti a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato negli art. 24 e 111 cost.”*, ed in forza del quale *“la esigenza della cognizione dal g.a. sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo. La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal g.a. in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva Ce n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice”* (Cassazione civile, sez. un., 10/02/2010, n. 2906).

Nel caso inverso, invece, quando cioè l'oggetto della lite è dato dalla contestazione della risoluzione del contratto di appalto, dalla quale dipende poi la domanda di annullamento degli atti di gara posti in essere dalla S.A. per effetto della prima, e che viene censurata per illegittimità derivata, non sussistono previsioni di legge che consentano di derogare al normale riparto

di giurisdizione in base al criterio generale dei diritti e degli interessi attraendo entrambe le domande al giudice amministrativo.

Ne deriva, pertanto, che la domanda rivolta avverso la risoluzione del contratto, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'ANAC va respinta per inammissibilità, essendo soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario (sul punto, vedasi T.A.R. , Firenze , sez. I , 19/05/2022 , n. 687 “*sulle controversie relative agli atti di risoluzione del contratto di appalto intervenuti nella fase di esecuzione sussiste la giurisdizione del Giudice Ordinario, essendosi in presenza di atti paritetici (TAR Sicilia, Catania n. 2488/2019 ; Cass., Sez.Un. n. 489/2019 ; TAR Sardegna n. 15/2021 e n. 316/2020 ; TAR Sicilia, Catania n. 771/2020 ; TAR Puglia, Lecce n. 1542/2018 e Cons. St. n. 4394/2018). Il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo si estende anche a tutti i provvedimenti conseguenti a detta risoluzione tra i quali la segnalazione all'ANAC e la richiesta di escussione della garanzia fideiussoria che, in quanto tali, discendono inevitabilmente dalla determinazione di risoluzione (Cass., Sez. Un. ord. n. 12866/2020)*”).

Quanto alla domanda di annullamento degli atti di gara conseguenti alla risoluzione del contratto, non essendo formulato uno specifico motivo di illegittimità diverso da quella dedotta in via derivata, il ricorso è generico e come tale va respinto, come argomentato dal Comune resistente, potendosi quindi prescindere dalla pur fondata eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di connessione.

Le spese possono nondimeno essere interamente compensate, avendo riguardo alla particolarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che declina in favore del giudice ordinario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 del c.p.a. e lo rigetta nel resto, secondo quanto indicato in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Licheri, Referendario

L'ESTENSORE
Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO