

L'ATTO DI SEGNALAZIONE ALL'ANAC NON E' AUTONOMAMENTE IMPUGNABILE

[TAR Lazio, sez. V, 19.1.2024 n. 928](#)

Massime (segue testo)

<<Quanto, invece, alla segnalazione ad Anac, trattandosi di un atto prodromico ed endoprocedimentale, esso non è impugnabile, poiché non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2022, n. 2518)>>

<<Con riguardo infine, alla segnalazione all'ANAC, si rammenta la natura esclusivamente endoprocedimentale di tale previsione dispositiva.

La segnalazione della revoca all'ANAC costituisce una mera comunicazione tra enti, di per sé priva di carattere lesivo.

La segnalazione all'ANAC, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, oltre a costituire un obbligo per la Stazione Appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di Vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo>>

Pubblicato il 19/01/2024

N. 00928/2024 REG.PROV.COLL.

N. 10627/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10627 del 2023, proposto da Renco S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

ATER di Roma, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Monica Viarengo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. - Invitalia, in persona del Direttore pro tempore, rappresentata e difesa dagli

avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- della Determinazione Direttoriale dell'ATER n. 185 del 10 luglio 2023 recante revoca dell'aggiudicazione dei lotti d'appalto n. 2 Cod. CIG: 9182528DCF - LOTTO 4: 9182535399 - LOTTO 6: 918253753F, affidati in data da Invitalia S.p.a. al RTI Renco S.p.a. - I.F.M. Italiana Facility Management spa, E.P.M. srl, Romana Ambiente srl, in relazione al Lotto 4 (CIG 9182535399), e della relativa nota di comunicazione dell'11 luglio 2023;
- della nota ATER prot. 26682 del 30 maggio 2022 recante avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione;
- all'occorrenza, del Bando, del Disciplinare, del Capitolato Speciale, e di ogni altro documento facente parte della lex specialis, nelle parti rappresentate in narrativa;
- di ogni altro connesso, conseguente e/o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ater del Comune di Roma e di Agenzia Nazionale per L'Attrazione degli Investimenti e Lo Sviluppo D'Impresa S.p.A. - Invitalia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2023 la dott.ssa Virginia Arata e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato il 20 luglio 2023 e ritualmente notificato l'odierna ricorrente ha domandato l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe, previa sospensione dell'efficacia per i seguenti motivi:

“1) *Violazione dell’art. 21 septies L. 241/1990 e/o dell’art. 21 octies L. 241/1990. Violazione dell’art. 21 quinquies L. 241/1990. Incompetenza. Nullità del provvedimento di revoca.*

2) *Violazione dell’art. 32, co. 8 D. Lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 21 quinquies L. 241/1990. Violazione dell’art. 1256 c.c. Eccesso di potere; illogicità manifesta; difetto del presupposto; difetto di istruttoria; perplessità.*

3) *Violazione dell’art. 32, co. 8 D. Lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 21 quinquies L. 241/1990. Eccesso di potere; illogicità manifesta; difetto del presupposto; difetto di istruttoria; perplessità.*

4) *Violazione dell’art. 32, co. 8 D. Lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 21 quinquies L. 241/1990. Eccesso di potere; illogicità manifesta; difetto del presupposto; difetto di istruttoria; perplessità”.*

Si è costituita in giudizio ATER di Roma depositando documenti e controdeducendo a quanto sostenuto nell’atto introduttivo.

Si è costituito in giudizio, altresì, il controinteressato intimato, depositando documenti e domandando il rigetto del ricorso.

All’udienza del 2 agosto 2023 la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare.

All’udienza del 6 dicembre 2023 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Con Bando pubblicato sulla G.U. n.48 del 27 aprile 2022 Invitalia ha indetto, nella qualità di Centrale di Committenza per l’Azienda Territoriale per l’Edilizia Residenziale pubblica del Comune di Roma - ATER, ai sensi degli artt. 37 e 38, co. 1, d. lgs. n. 50/2016, una procedura per la conclusione di un accordo quadro per l’affidamento dei lavori volti alla riqualificazione degli immobili di proprietà dell’ATER del Comune di Roma, da attuarsi ai sensi dell’art. 119 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 (cd. Superbonus 110%).

L'art. 7 del Disciplinare di gara ha previsto che *“affinché gli interventi possano accedere alle detrazioni fiscali di cui agli artt. 119 e ss. della legge 17.07.2020 n. 77 e ss.mm.ii., i lavori oggetto della presente procedura dovranno essere conclusi entro e non oltre il 31.12.2023, e comunque entro la data del 30.06.2023 dovranno essere eseguiti per almeno il 60 % per cento dell'intervento complessivo, salvo nuovi termini disposti da proroghe di legge per le quali l'Ater si riserva l'eventuale opzione di validità”*.

La gara era suddivisa in sei lotti di aggiudicazione, ciascuno per un valore di € 7.500.000,00 (comprensivi di oneri della sicurezza per € 1.000.000,00), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai sensi dell'art. 4 del Disciplinare la documentazione progettuale per l'esecuzione degli interventi sarebbe stata fornita al momento della sottoscrizione dei singoli contratti attuativi.

Inoltre, sempre l'art. 4, sub 4.1., del Disciplinare, ha stabilito che *“Nel caso in cui il numero di operatori economici partecipanti non risultasse sufficiente a garantire l'aggiudicazione di tutti i lotti in appalto, gli eventuali lotti deserti e i relativi plafond potranno essere assegnati agli operatori economici già aggiudicatari di altri lotti...”*.

Era, altresì, previsto che le prestazioni dell'aggiudicatario sarebbero state compensate mediante il cd. “Sconto in fattura” così come previsto dall'art. 121, co. 1, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, su ciascuno stato di avanzamento ai sensi del comma 1bis del medesimo articolo.

Alla procedura ha partecipato anche il RTI costituendo capeggiato da Renco S.p.A., capogruppo mandataria, con le società mandanti I.F.M. Italiana Facility Management S.p.A., E.P.M. S.r.l., Romana Ambiente S.r.l. (d'ora innanzi RTI Renco o Renco), presentando offerta per il solo lotto 4 che gli veniva aggiudicato da Invitalia in data 14 luglio 2022 (in relazione alla prima posizione conseguita, che l'abilitava ad eseguire lavori tra il 50 ed il 70%).

Nel contempo, Invitalia ha richiesto la disponibilità del RTI Renco all'affidamento di altri due lotti le cui gare erano andate deserte, i lotti n. 2 e 6, nonché la restante quota dei lavori del Lotto 4.

Renco ha assentito all'affidamento dei suddetti lotti e, pertanto, in data 24 ottobre 2022, Invitalia ha disposto in favore del RTI Renco l'aggiudicazione definitiva dei suddetti lotti, dichiarata efficace, all'esito delle verifiche sui requisiti, in data 27 ottobre 2022.

Nelle more della stipula dei contratti (fissata per il 9 gennaio 2023), l'Ater in data 4 novembre 2022, ha trasmesso una prima trince di documentazione di progetto in fase di approvazione; in data 18 novembre 2022 ha consegnato sotto le riserve di legge le aree relative agli interventi lotto 4 Quadraro; in data 23 novembre 2022 il progetto approvato del lotto 4 Quadraro fabbr. n. 2, 3, 4, 5; in data 2 dicembre 2022 il progetto approvato lotto 2 Cinquina B1, B2, C1, C2; infine, in data 19 dicembre 2022 è stata effettuata la consegna dei lavori relativi al lotto 4 Quadraro.

La ricorrente ha depositato in data 15 dicembre 2022 l'atto di costituzione del R.T.I. e in data 21 dicembre 2022 l'Ater ha convocato le imprese aggiudicatrici per la sottoscrizione del contratto di Accordo Quadro in via telematica per il giorno 9 gennaio 2023.

Con nota del 6 gennaio 2023 la Renco ha evidenziato che *“Il ritardo patito dall'RTI nella ricezione della documentazione progettuale esecutiva ed, in generale, nella definizione contrattuale definitiva dell'intervento costituiscono elementi oggettivamente ostativi alla realizzazione integrale delle lavorazioni potenzialmente richiedibili da parte dell'Amministrazione a causa dei limiti di carattere temporale che caratterizzano i benefici fiscali...”* e domandato di procedere a consistenti modifiche della proposta di accordo quadro (cfr. p. 5 del provvedimento impugnato).

L'ATER in parte ha accolto le richieste di modifiche proposte dalla ricorrente, mentre per altra parte ha confermato il contenuto dell'accordo quadro.

In data 14 gennaio 2023 si è svolto un confronto telematico tra Renco ed ATER e all'esito di tale confronto la Renco, con nota del 16 gennaio 2023, ha rappresentato di essere impossibilitata a stipulare il contratto del lotto 6.

Con successiva nota del 20 gennaio 2023 la Renco ha comunicato la decisione di non voler più stipulare i contratti afferenti a tutti i lotti di gara, considerata *“la mancata sussistenza delle condizioni di tipo contrattuale-finanziario e tecnico per poter procedere alla sottoscrizione e relativa esecuzione delle attività”*.

Nonostante la suddetta nota, ATER lo stesso giorno ha trasmesso (rispondendo in parte alle iniziali richieste dall'operatore economico) la bozza dei tre accordi quadro con invito alla firma entro il 24 gennaio 2023.

In data 23 gennaio 2023, l'ATER ha inoltrato alla ricorrente l'atto di diffida e costituzione in mora, intimando la stipula dei contratti, a cui la società ha replicato con comunicazione del 25 gennaio 2023, confermando la volontà di non stipulare.

Con PEC del 2 febbraio 2023 l'ATER ha notificato formale atto di diffida e costituzione in mora, al quale la Renco ha replicato con nota del 3 febbraio 2023.

In data 30 maggio 2023, con nota prot. 26682, l'ATER, ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca dei provvedimenti di aggiudicazione della gara.

La Renco ha formulato all'uopo le proprie controdeduzioni con PEC del 13 giugno 2023, contestando integralmente il contenuto dell'atto di avvio del procedimento e replicando a tutti i rilievi formulati dall'ATER.

Con nota dell'11 luglio 2023, l'ATER, ritenute non condivisibili le osservazioni di parte ricorrente, ha comunicato l'intervenuta adozione della Determinazione Direttoriale n. 185 del 10 luglio 2023, recante revoca dell'aggiudicazione dei lotti d'appalto n. 2 Cod. CIG: 9182528DCF - LOTTO 4: 9182535399 - LOTTO 6: 918253753F.

Con la suddetta Determinazione l'ATER, oltre alla revoca, ha disposto di chiedere ad Invitalia di escutere la polizza fideiussoria presentata dal RTI Renco in sede di

presentazione dell'offerta; di chiedere al RTT il rimborso delle spese di pubblicità sostenute dall'ATER per l'importo di € 8.307,53; di procedere con la segnalazione del provvedimento all'ANAC.

Il provvedimento di revoca risulta legittimo.

Quanto in primo luogo alla contestata competenza di ATER di procedere all'adozione del provvedimento di revoca deve essere osservato che Invitalia S.p.A. è stata incaricata della selezione dei potenziali contraenti, rientrando invece nelle competenze della sola ATER la sottoscrizione e l'esecuzione dei successivi contratti.

Come previsto dalla "*Convenzione Quadro*" tra l'ATER e Invitalia S.p.A., quest'ultima avrebbe dovuto svolgere esclusivamente "*attività di centrale di committenza*" (e, conseguentemente, indire e gestire "*tutte le procedure volte all'aggiudicazione dei contratti di lavori, di prestazione di servizi, di acquisto di beni e forniture...*"), mentre il contratto pubblico aggiudicato dalla centrale di committenza sarebbe stato stipulato direttamente tra ATER Roma e l'operatore economico aggiudicatario del contratto stesso (cfr. punto 2.2 della convenzione).

Da ciò deriva che ogni determinazione susseguente l'aggiudicazione del contratto sia di competenza della stazione appaltante, unico soggetto a cui è rimessa d'altra parte la valutazione discrezionale in merito all'opportunità di sottoscrivere il contratto ovvero di revocare l'aggiudicazione.

Ciò chiarito, nel caso in esame, ad essere posta all'attenzione del Collegio, è la legittimità del contenuto del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione emanato da ATER.

Come emerge dalla ricostruzione fattuale riassunta, l'interesse della ricorrente non deve essere ravvisato nella conferma dell'aggiudicazione della gara, quanto piuttosto nell'evitare le conseguenze pregiudizievoli che dalla revoca derivano,

quali l'escussione della fideiussione e la segnalazione della ricorrente all'Autorità garante.

La ricorrente, a ben vedere, ha già nel corso del procedimento, infatti, rappresentato la volontà di rinunciare all'esecuzione dei lavori ed è stata proprio tale manifestazione di volontà ad aver determinato l'emanazione del provvedimento oggi impugnato.

Da ciò deriva che l'oggetto del presente giudizio merita di essere circoscritto alla legittimità della revoca disposta dalla stazione appaltante e non involga, invece, se non sotto eventuali profili di accertamento di profili di responsabilità in capo all'una o all'altra parte, l'esito del procedimento amministrativo posto alla base della controversia.

Ebbene, quanto all'esercizio del potere di revoca deve essere osservato che nelle gare pubbliche è legittima la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto disposta dalla stazione appaltante a seguito del rifiuto, da parte dell'aggiudicatario, di stipulare il relativo contratto d'appalto, e ciò anche quando il termine per la stipula del contratto sia scaduto.

A questo riguardo, invero, si concorda con quell'orientamento a mente del quale *“l'infruttuoso decorso del termine di cui all'art. 32, comma 8, del d.gs. n. 50/2016 previsto per la sottoscrizione del contratto di appalto non preclude affatto la possibilità di stipularlo, stante la natura meramente ordinatoria dello stesso”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991).

Quanto all'obbligo di sottoscrizione del contratto entro il termine di 60 giorni previsto dalla legge, infatti, si osserva che l'art. 32 del codice dei contratti è posto a tutela dell'aggiudicatario, il quale deve poter calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi.

Da ciò deriva che, di fronte all'inerzia dell'amministrazione che si sottrae all'obbligo di stipulare il contratto, l'operatore economico ha di fronte a sé due

opzioni: a) svincolarsi dalla propria offerta; b) proporre azione avverso il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010 al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione pubblica a provvedere.

A ben vedere, in entrambi i casi, il presupposto legittimante è l'inerzia dell'amministrazione, inerzia che qui non vi è stata in quanto la ricorrente si è aggiudicata la gara pretendendo poi di stipulare un contratto diverso rispetto a quello scaturito dalla procedura ad evidenza pubblica.

Prova di questo atteggiamento è il lungo carteggio intercorso tra la ricorrente e ATER, rivelatore di lunghe trattative (cui peraltro l'Amministrazione non era obbligata ad aderire) volte alla stipula di un contratto conforme alle richieste dell'operatore economico.

L'art. 32 comma 8 del Codice dei contratti, che la ricorrente assume inoltre violato è, a ben vedere, una disposizione che si applica quando il contratto che l'amministrazione rifiuta di stipulare è quello scaturito dalla procedura di gara, non quello che l'operatore economico pretende di stipulare dopo le modifiche cui aspira.

La ripetuta manifestazione di volontà di addivenire alla stipula con condizioni contrattuali frutto di rinegoziazione tra le parti è del tutto incompatibile con quella di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

A prescindere, inoltre, dall'imputazione della mancata conclusione del contratto all'una o all'altra parte contrattuale (accertamento che assume rilevanza, come suddetto, solo quanto alle conseguenze che dalla revoca derivano, quali l'escussione della polizza fideiussoria o la segnalazione all'ANAC), la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali

dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 quinquies della L. n. 241/1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa.

L'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833).

In definitiva, il rifiuto di stipulare il contratto a seguito di aggiudicazione di gara pubblica costituisce un fatto che, all'evidenza, può giustificare, come è avvenuto in questo caso, la revoca dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2019, n. 5780).

La revoca può legittimare, laddove l'amministrazione ne ravvisi una causa nella condotta dell'operatore economico, anche l'escussione della garanzia fideiussoria che può essere disposta qualora non si proceda alla stipula del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario.

Tale conseguenza, tuttavia, nel caso di specie non si è verificata.

In disparte le previsioni del provvedimento impugnato, infatti, come affermato dalla controinteressata Invitalia S.p.A. *“Ebbene, con riferimento alla richiesta di escussione della polizza fideiussoria provvisoria, si rappresenta che la stessa è venuta a scadere il 25.11.2022, in conseguenza della mancata richiesta di estensione da parte della Stazione Appaltante. Ragion per cui la Scrivente non ha potuto -e non potrebbe- dare seguito a quanto “ordinato” dalla Stazione Appaltante”* (cfr. p. 10 della memoria difensiva).

Nel caso in esame, quindi, nonostante le previsioni contenute nel provvedimento di revoca, l'effetto pregiudizievole dell'escussione delle garanzie fideiussorie non si è avverato.

Quanto, invece, alla segnalazione ad Anac, trattandosi di un atto prodromico ed endoprocedimentale, esso non è impugnabile, poiché non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2022, n. 2518).

In conclusione, la scelta da parte della stazione appaltante di procedere alla revoca dell'aggiudicazione in caso di rifiuto alla sottoscrizione del contratto da parte dell'operatore economico è di per sé legittima, non essendo previste dalla legge le ipotesi tassative nelle quali tale facoltà può essere esercitata, ritenendosi l'Amministrazione libera di valutare e rivalutare la convenienza dell'operazione contrattuale alla luce degli interessi pubblici perseguiti.

Il danno lamentato dall'operatore economico viene in questo caso circoscritto alla escussione delle polizze fideiussorie e alla segnalazione all'ANAC, mentre egli non ha – evidentemente – interesse alla sottoscrizione del contratto in esame.

Con riferimento alle polizze fideiussorie, come affermato dal controinteressato incaricato dell'escussione, la stazione appaltante – nonostante la previsione di cui al provvedimento impugnato -, non ha dato seguito all'escussione della polizza, essendo la stessa scaduta il 25 novembre 2022 e non essendo stata richiesta l'estensione da parte di ATER.

Con riguardo infine, alla segnalazione all'ANAC, si rammenta la natura esclusivamente endoprocedimentale di tale previsione dispositiva.

La segnalazione della revoca all'ANAC costituisce una mera comunicazione tra enti, di per sé priva di carattere lesivo.

La segnalazione all'ANAC, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, oltre a costituire un obbligo per la Stazione Appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non

impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di Vigilanza, unico atto avente natura provvedimentoale e carattere autoritativo.

Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere rigettato.

Stante la natura della controversia le spese processuali sono compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Sebastiano Zafarana, Consigliere

Virginia Arata, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Virginia Arata

IL PRESIDENTE
Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO