

Pubblicato il 24/02/2023

N. 00094/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00533/2022 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 533 del 2022, proposto da Ditta Antelli del Geometra Antonio Antelli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Laura Di Maro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Gubbio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Paolo Marcucci, Luigi Rossi, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Kam Costruzioni s.r.l. in proprio e/o in qualità di capogruppo dell'a.t.i. con Da. Ra. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittoria Silvestre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della determina n. 1262 del 19/07/2022 con cui il Comune di Gubbio ha disposto la revoca del provvedimento n. 934 del 01/06/2022 di aggiudicazione dei “Lavori di restauro e risanamento conservativo di Piazza Grande (CUP G35F21000890005)”;

della comunicazione di avvio del procedimento di revoca prot. n. 31062 del 24.06.2022; della nota a mezzo p.e.c. del 12.09.2022 con cui il Comune di Gubbio ha rigettato la istanza di annullamento d'ufficio prot. 36250 del 27.07.2022; della “Relazione riservata” del 18.07.2022 a firma congiunta del Direttore dei lavori e del Coordinatore della sicurezza nonché della nota prot. 32727 del 08/07/2022; della successiva determina n. 1270 del 20.07.2022 di scorrimento della graduatoria; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva nei confronti di terzi allo stato sconosciuti, affidamento e/o inizio dei lavori; di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali, ivi compreso, se e quanto possa occorrere, le note interlocutorie in data 09.06.2022, le note prot. 31838 del 30/06/2022 e prot. 34389 del 14/07/2022 con cui è stato richiesto al Coordinatore alla Sicurezza in Fase di Esecuzione Ing. Luigi Rossi di trasmettere una relazione dettagliata, la nota prot. 32733 del 05/07/2022, la nota prot. 34076/2022 del 12/07/2022 e la comunicazione di non aggiudicazione dell'appalto pervenuta in data 26 agosto 2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Gubbio e di Kam Costruzioni s.r.l. in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Da. Ra. Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe si contesta la legittimità della determina n. 1262 del 19 luglio 2022, con cui il Comune di Gubbio ha disposto la revoca del provvedimento n. 934 del 1 giugno 2022, di aggiudicazione in favore della ditta odierna ricorrente dei *“Lavori di restauro e risanamento conservativo di Piazza Grande (CUP G35F21000890005)”*, sulla scorta dei seguenti rilievi:

1. *“... a partire dalla data di aggiudicazione definitiva (D.D. n. 934 del 01/06/2022) non è stato possibile procedere alla consegna dei lavori sotto riserva di legge in quanto la ditta affidataria non ha provveduto a presentare in tempo utile la documentazione necessaria (POS, Programma esecutivo dettagliato dei lavori, cauzione definitiva polizze assicurative, documento unico di regolarità contributiva (DURC) in corso di validità, nominativo impresa in possesso dei requisiti di qualificazione per i lavori in categoria OS25, etc.)...”*;

2. *“... entro il giorno 29/06/2022 l’Impresa ANTELLI ANTONIO ... non ha presentato il Programma esecutivo dettagliato dei lavori, diversamente da quanto previsto all’art. 25 del Capitolato, né il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità”*;

3. *“... dal 02/06/2022 al 29/06/2022 l’Impresa ANTELLI ANTONIO (P. IVA 06077501218), le cui generalità sono sopra riportate, non ha prodotto il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità”*;

4. *“...di prendere atto della relazione redatta dal Coordinatore alla Sicurezza in Fase di Esecuzione Ing. Luigi Rossi, nota prot. 32727 del 08/07/2022, in cui dopo la verifica del Piano Operativo di Sicurezza presentato dalla ditta Antelli Antonio, effettuata ai sensi dell’art 92 comma 1 lett. b) del D. Lgs. 81/2008, sono state evidenziate “numerose carenze e non conformità” incompatibili alla stipula del contratto ed alla consegna dei lavori”*;

5. *“... fino al giorno 13/07/2022 non stato è possibile consultare la BDNA per l’acquisizione dell’informazione antimafia in quanto l’Impresa ANTELLI ANTONIO (P. IVA 06077501218), le cui generalità sono sopra*

riportate..., ha provveduto a trasmettere la dichiarazione dei familiari conviventi di maggiore età del soggetto Antelli Antonio, ... solo in data 14/07/2022 (prot. 34389/2022) a riscontro della ulteriore richiesta trasmessa con prot. 34076/2022 (precedente richiesta inviata con nota prot. 32733 del 05/07/2022)”;

6. *“... tale circostanza ha determinato il differimento, non inferiore a trenta giorni, art. 92 comma 3 del D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, della data di stipula del contratto, ...”;*

7. *“di prendere atto della relazione redatta dal Coordinatore alla Sicurezza in Fase di Esecuzione Ing. Luigi Rossi ed al Direttore dei Lavori Ing. Paolo Marcucci, nota prot. 34827 del 18/07/2022, e delle considerazioni in essa contenute”;*

8. *“... l’aggiudicatario non ha presentato Programma esecutivo dettagliato dei lavori, diversamente da quanto previsto all’art. 25 del Capitolato, ...)”;*

9. *“... nonostante le numerose comunicazioni e richieste di documentazione inviate all’aggiudicatario, a partire dalla data di aggiudicazione definitiva, permangono inoltre “numerose carenze e non conformità” rispetto alla normativa vigente in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e contratti pubblici incompatibili alla stipula del contratto ed alla consegna dei lavori”.*

L’impugnativa è stata affidata ai seguenti motivi di diritto:

I. *Sulla illegittimità del provvedimento di revoca – Violazione degli artt. 32 e 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 – Carenza dei presupposti – Eccesso di potere – Sviamento – Travisamento – Carenza d’istruttoria – Violazione e falsa applicazione degli artt. 25, 50 e 52 del C.S.A.; degli artt. 44 bis del D.P.R. n. 445/2000; dell’art. 86, comma 2, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016; degli artt. 92, 96, 101 e Allegato XV, comma 3.2. del d.lgs. n. 81/2008; del d.m. n. 49/2018 – Violazione del contraddittorio e della partecipazione procedimentale ex lege n. 241/1990 – Violazione dei principi di imparzialità, correttezza, buona fede, e legittimo affidamento.*

La revoca dell'aggiudicazione si fonderebbe sull'erroneo presupposto della mancata produzione della documentazione necessaria alla consegna anticipata dei lavori, adempimento asseritamente mai richiesto *“neppure implicitamente”* dal Comune, che non avrebbe mai convocato l'impresa per la *“consegna urgente sotto riserva”* e mai segnalato alcuna urgenza. Vi sarebbe stata inoltre una *“violazione del contraddittorio”* da parte del RUP, per non avere mai posto a disposizione dell'Impresa Antelli le relazioni riservate del CSE e del DL che avevano rilevato la inadeguatezza della sua documentazione.

II. *Sulla illegittimità del provvedimento in data 12.09.2022 confermativo della determina di revoca – Violazione degli artt. 32 e 105 del d.lgs n. 50 del 2016 – Carenza dei presupposti – Eccesso di potere – Sviamento – Travisamento – Carenza di istruttoria – Violazione e falsa applicazione degli artt. 25, 50 e 52 del C.S.A.; degli 44 bis del D.P.R. n. 445/2000 e 86, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 92, 96, 101 e Allegato XV, comma 3.2. del d.lgs. n. 81/2008; del d.m. n. 49/2018 – Violazione del contraddittorio e della partecipazione procedimentale ex lege n. 241/1990 – Violazione dei principi di imparzialità, correttezza, buona fede, e legittimo affidamento.*

Le carenze ed inadeguatezze contestate sarebbero insussistenti e/o erroneamente valutate dal RUP e, comunque, non avrebbero impedito la stipula del contratto e la consegna anticipata dei lavori, in quanto attinenti alla *“fase esecutiva”* e pertanto avrebbero potuto essere perfezionate/integrate in tale fase. Le motivazioni del rifiuto di annullamento in autotutela del provvedimento di revoca sarebbero quindi prive di fondamento perché riferite a circostanze inesatte.

Il Comune di Gubbio si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure *ex adverso* svolte e concludendo per il rigetto della domanda di annullamento del provvedimento impugnato.

Si è altresì costituita in giudizio la società seconda classificata, concludendo anch'essa per l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 125 del 19 ottobre 2022, il Collegio ravvisato l'insussistenza del *periculum in mora* stabilito dall'art. 55, comma 1, c.p.a. per la concessione della cautela chiesta da parte ricorrente, in ragione del fatto che a seguito della revoca dell'aggiudicazione alla ditta prima classificata e l'esclusione del raggruppamento secondo classificato (uniche concorrenti in gara), l'Amministrazione ha rappresentato di non poter disporre altri "scorrimenti", con ciò escludendo un'imminente contrattualizzazione ed avvio dei lavori durante il tempo necessario per giungere alla decisione nel merito del ricorso.

All'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023, la causa è passata in decisione.

Il ricorso è infondato e va respinto.

Giova preliminarmente osservare che la previsione dell'art. 20, comma 2, del CSA ha stabilito la *"facoltà della Stazione Appaltante (di) procedere in via d'urgenza, alla consegna dei lavori, anche nelle more della stipulazione formale del contratto, ai sensi dell'art. 32, commi 8 e 13, del d.lgs. n. 50/2016 (...)"*, coerentemente alla previsione contenuta nella lettera d'invito, di cui all'art. 11, (pienamente accettata in sede di gara) secondo la quale *"...la semplice partecipazione alla procedura impegna i concorrenti ad accettare incondizionatamente la eventuale consegna anticipata e d'urgenza dei lavori (sotto tutte le riserve di legge e prima della formale stipulazione del contratto) e/o frazionata"*.

Ciò posto, occorre rilevare come nel caso di specie non si possa contestare il fatto che la Stazione appaltante abbia chiesto la documentazione propedeutica alla stipula in data 9 giugno 2022 con nota prot. 28689 e che, anche in vista dell'incontro del 21 giugno 2022, l'aggiudicataria non abbia a ciò provveduto, nonostante reiterati solleciti documentati agli atti dalla stessa ricorrente, non avendo prodotto il DURC in corso di validità, né trasmesso la

documentazione relativa alla ditta esecutrice dei lavori rientranti nella categoria OS25.

Non risulta inoltre che l'aggiudicataria abbia tempestivamente provveduto a trasmettere le dichiarazioni *ex art. 85* del d.lgs. n. 159/2011 secondo i dettami della normativa vigente, atteso che solo all'esito di reiterati solleciti tale dichiarazione è stata comunque, tardivamente, fornita.

D'altra parte, anche il Piano Operativo di Sicurezza veniva trasmesso solo all'esito di diversi solleciti e presentava comunque criticità tali da non renderlo conforme alla documentazione costituente la *lex specialis* di gara, essendo emerso nel corso dell'istruttoria che sia il POS della ditta aggiudicataria che quello della impresa esecutrice delle opere rientranti nella OS25 risultano inidonei e non è stato inoltre fornito il programma esecutivo dei lavori.

In particolare, alla data del 18 luglio 2022, l'impresa aggiudicataria aveva ripresentato un POS dal quale non risultava chiaro il numero dei propri operai dipendenti, non era stata consegnata la documentazione dei mezzi d'opera e mancavano gli allegati relativi alle sostanze pericolose utilizzate ed erano esposte numerose fasi di lavori del tutto non aderenti a quelle da eseguire.

La stessa aggiudicataria aveva inoltre presentato un sintetico cronoprogramma dei lavori, che come rilevato dal DL e dal CSE, *"nulla ha a che vedere con il Programma Esecutivo dei lavori sopra richiamato, prevedendo peraltro lo svuotamento e il consolidamento delle volte anche nei sotto cantieri n. 3 e n. 4 ove non sono affatto presenti "volte" sottostanti l'attuale pavimentazione"*.

Tale circostanza è stata quindi assunta dalla stazione appaltante a chiara dimostrazione del fatto che l'impresa aggiudicataria non si era *"curata affatto di organizzare una effettiva e dettagliata programmazione dei lavori, che tenga conto del personale impiegato, delle attrezzature e dei mezzi necessari a garantire l'esecuzione dei lavori, che devono essere ultimati e collaudati inderogabilmente entro il 30/04/2023, ovvero in tempo utile per la celebrazione della Corsa dei Ceri"*.

Alla luce delle riscontrate carenze, non può che ritenersi legittima la decisione del Comune di Gubbio di revocare l'aggiudicazione a causa della impossibilità della consegna anticipata dei lavori, di cui la ricorrente, peraltro contraddittoriamente, da una parte sostiene non essere stata validamente richiesta dalla stazione appaltante e, dall'altra, di averla comunque resa possibile per effetto della produzione documentale effettuata.

E ciò coerentemente al consolidato orientamento giurisprudenziale concludente per la legittimità di una revoca/decadenza dell'aggiudicazione in ragione dell'inadempimento da parte dell'aggiudicatario *“dell’obbligo, previsto negli atti di gara, di procedere d’urgenza all’inizio dei lavori, su richiesta dell’amministrazione, nelle more della stipula del contratto”* (Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8321; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4918; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 agosto 2020, n. 9150).

Del pari, deve ritenersi legittima la revoca dell'aggiudicazione a fronte della mancata produzione della documentazione *“attinente alla fase esecutiva e di apertura del cantiere (come la idoneità tecnico-professionale di cui agli articoli 17 ed 89 del D. Lgs. n. 81/2008 o il Piano Operativo di Sicurezza) la cui conformità a legge deve essere necessariamente verificata al momento dell’inizio dei lavori anche in caso di consegna anticipata rispetto alla stipulazione del contratto”*, come anche la pretesa della stazione appaltante di ottenere a tal scopo il *“programma esecutivo dei lavori che, ai sensi del DM 49/2018, l’impresa aggiudicataria deve presentare prima dell’inizio dei lavori”* (Tar Toscana, sez. I, 19 aprile 2022, n. 527).

Del resto, il comportamento assunto dall'aggiudicataria tra la fase di aggiudicazione e quella di verifica dei requisiti e di acquisizione della documentazione propedeutica alla stipula è chiaro indice di inaffidabilità della stessa, con la conseguenza che *“anche i lamentati ritardi nelle attività preliminari alla stipula del contratto di appalto su cui attualmente si verte potevano in linea di principio giustificare, da sé soli, la revoca*

dell'aggiudicazione” (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354), come pure “Il reiterato atteggiamento non cooperativo dell’aggiudicatario, obiettivamente idoneo a ritardare la stipula del contratto anche a fronte di servizi dichiaratamente connotati di urgenza, in presenza di motivate ragioni di pubblico interesse” (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2021 n. 4248).

Le considerazioni che precedono impongono il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio seguono, come da regola, la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ditta ricorrente al pagamento delle spese del giudizio nella misura complessiva di € 3.000,00 (tremila/00), da dividersi in pari misura tra l’amministrazione resistente e la società controinteressata, oltre oneri ed accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Enrico Mattei

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO