

Publicato il 17/01/2025

N. 00845/2025 REG.PROV.COLL.
N. 05265/2024 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 Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5265 del 2024, proposto da Eurosistemi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Walter De Trizio, Vito Aurelio Pappalepore, Francesco Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valerio Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Co.Ge.Im. S.r.l., General Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'ottemperanza

del parere di precontenzioso reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con Delibera del 21 novembre 2023 n. 537

nonché, in subordine, previa conversione del rito, per la condanna ex art. 30 c.p.a.

della Regione Basilicata a risarcire Euro sistemi s.r.l., in forma specifica ovvero per equivalente monetario, del danno ingiusto da essa patito in conseguenza della mancata aggiudicazione a suo favore dell'appalto dei lavori “per la realizzazione degli impianti elettrici e tecnologici del Data Center Unico della Regione Basilicata – Sito secondario di Matera”, CUP G33D18000370009, CIG 988126777B, RdO n. 3514240 su MePA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata, di Co.Ge.Im. S.r.l. e di General Impianti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 la dott.ssa Caterina Lauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente - Euro sistemi s.r.l. – ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Regione Basilicata mediante RdO sul MePA, volta all'affidamento dei lavori di realizzazione degli impianti elettrici e tecnologici del Data Center Unico della Regione Basilicata – Sito secondario di Matera, aggiudicata al RTI CO.GE.IM con determina dirigenziale 16BJ.2023/D.00919 del 19 settembre 2023, trasmessale il 26 settembre 2023.

Acquisita la documentazione di gara tramite accesso, il 19 ottobre 2023 ha presentato istanza di parere precontenzioso all'Anac; l'Autorità, all'esito, ha emesso il parere n. 537 del 21 novembre 2023 in cui ha ritenuto che “*che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore non avendo correttamente valutato la omessa indicazione dei c.d. costi della sicurezza*”. Pertanto, il 28 novembre 2023, ha invitato la stazione appaltante a conformarsi al suddetto parere, domandando l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore del RTI CO.GE.IM; tuttavia, la Regione non ha ottemperato alla richiesta,

non riscontrando neppure l'istanza né fornendo le motivazioni di tale decisione.

1.1. La ricorrente, pertanto, ha proposto ricorso innanzi al Tar Basilicata che ha dichiarato la propria incompetenza territoriale, avendo rilevato che il ricorso riguardava *“l’attuazione di una deliberazione dell’Autorità nazionale anticorruzione (sostenendosi che tale atto fosse sussumibile nel novero degli altri provvedimenti equiparati alle sentenze per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza, al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione, cui all’art. 112, comma 2, lett. d, cod. proc. amm.). Dunque, l’Autorità che ha emesso il provvedimento di cui è questione ha sede a Roma, nella Regione Lazio, e quindi al di fuori della circoscrizione di questo Tribunale.”* (cfr. Tar Basilicata, sent. 20 marzo 2024 n. 245).

1.2. Il giudizio è stato quindi riassunto dinanzi al Tar Lazio, ritenuto territorialmente competente.

1.3. Nel ricorso, la ricorrente ha sostenuto preliminarmente la natura decisoria dei pareri di precontenzioso emessi dall’Anac che, ai sensi della disciplina contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 220, co. 1, d.lgs. 36/2023), assumerebbe carattere vincolante, rientrando nell’ambito applicativo dell’art. art. 112 co. 2 lett. d) c.p.a. tra le *“sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza, al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione”*, chiedendo *“ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 114 c.p.a., di ordinare alla Stazione appaltante l’ottemperanza e la conformazione al contenuto del parere ANAC n. 537/2023, ove occorra nominando un commissario ad acta e fissando una congrua penalità di mora per ogni giorno di ulteriore inosservanza”*, rappresentando che, nelle more, non era ancora stato stipulato il contratto di appalto con l’aggiudicataria. In subordine, ha chiesto la liquidazione a suo favore del risarcimento del danno in forma specifica, mediante conseguimento dell’appalto (alla luce della mancata stipula contrattuale), ovvero mediante risarcimento per equivalente monetario, quantificato

mediante una forfettizzazione percentuale del 10%, applicata sull'utile di impresa stimato (€ 224.935,04), per un importo di € 22.493,50, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

1.4. La Regione Basilicata si è genericamente costituita il 13 maggio 2024, depositando memoria il 23 maggio 2024, eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso, in quanto il parere, chiesto ai sensi dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 unilateralmente da Eurosystemi, non avendo aderito, non era per lei vincolante, ai sensi dell'art. 4 del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10" del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, concludendo che tale atto non è (né è equiparabile) ad un provvedimento giudiziale suscettibile esecuzione ex art. 114 c.p.a. Ha aggiunto che, analogamente, anche qualora si ritenesse applicabile il nuovo Codice dei contratti pubblici, non si giungerebbe a diversa conclusione, non essendo previsto dall'art. 220, co. 1 e co. 3, d.lgs. n. 36/23 la vincolatività dei suddetti pareri resi dall'Anac, ma solo il suo potere di impugnare la decisione della stazione appaltante di non conformarsi (circostanza non avvenuta nella specie) e ha ulteriormente eccepito la tardività del ricorso, proposto oltre il termine stabilito dall'art. 120 c.p.a. dall'aggiudicazione, non potendosi ricorrere al parere di precontenzioso per ottenere una remissione in termini per la sua impugnazione. Ha, quindi, concluso per il rigetto del ricorso, con ogni conseguente statuizione.

1.5. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato le memorie ex art. 73 c.p.a. e all'udienza del 17 dicembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è inammissibile.

3. Sostiene parte ricorrente che il parere reso dall'Anac nell'ambito della vicenda in questione sia stato emesso ai sensi dell'art. 220, co. 1 e co. 3, d.lgs. n. 36/23 e che, per tale ragione, rientri nel novero dei provvedimenti la cui

mancata esecuzione può giustificare l'accesso al procedimento previsto dall'art. 112 c.p.a.

4. L'assunto è erroneo per una molteplicità di ragioni.

4.1. Innanzitutto è erroneo ritenere che alla procedura in esame siano state applicate le disposizioni contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 36/23, per il solo fatto che il parere risulta emesso in data successiva al 1° luglio 2023, data della sua entrata in vigore.

L'art. 226, d.lgs. n. 36/23, recante la sua disciplina transitoria, infatti, stabilisce chiaramente che *“A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; (...)”*.

Ciò posto, avuto riguardo al caso di specie, la procedura negoziata è stata indetta con Determinazione dirigenziale n. 00469 del 14 giugno 2023 e, quindi, anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/23. Del resto, la stessa ricorrente nella sua istanza di parere precontenzioso all'Anac non ha inserito alcun riferimento al d.lgs. n. 36/23, mentre l'Anac ha espressamente indicato che la delibera n. 537 del 21 novembre 2023 è stata adottata ai sensi dell'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/16 e che si trattava di “istanza singola” proposta da Eurosystemi.

4.2. Deriva, quale ulteriore conseguenza, che si debba dare applicazione all'art. 4, del “Regolamento in materia di pareri di precontenzioso” di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, rubricato, “Modalità di presentazione dell'istanza singola” che dispone espressamente che *“Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante”*.

4.3. In tale contesto ritiene il Collegio di dare continuità all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, da cui non si ravvisano motivi per discostarsi, secondo cui *“Non è vincolante e non deve essere impugnato il parere di precontenzioso reso dall'ANAC ex art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nei confronti dell'impresa che non ha mai consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito, ai sensi della disposizione da ultimo richiamata. Nell'ambito della peculiare disciplina di cui all'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 deve quindi ritenersi che l'onere di immediata impugnazione previsto dalla disposizione in esame vada circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell'ANAC.”* (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 29 marzo 2021, n. 2586).

La non vincolatività del parere, oltre che il dato letterale dell'art. 112 c.p.a., impediscono quindi di ritenere che si tratti di un atto la cui esecuzione può essere ottenuta mediante il ricorso per ottemperanza, con la conseguente inammissibilità della relativa domanda proposta da parte ricorrente nell'ambito del presente giudizio.

5. Si è già detto che, nel caso di specie, non trova applicazione l'art. 220, co. 1, d.lgs. n. 36/23.

Appare appena il caso di precisare che, in ogni caso, nel caso in cui tale disposizione avesse trovato applicazione, il ricorso sarebbe stato del pari inammissibile.

Questa sezione, in merito al nuovo art. 220, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, ha già avuto modo di affermare espressamente che le stazioni appaltanti restano legittimate a non conformarsi al parere di precontenzioso dell'Anac, con la conseguenza che quest'ultimo, data la sua natura non vincolante, non è di per sé idoneo ad arrecare alcun pregiudizio agli operatori economici coinvolti nella vicenda in relazione alla quale tale parere viene reso. È stato quindi ritenuto inammissibile per carenza dell'interesse ad agire il ricorso proposto esclusivamente avverso il parere di precontenzioso dell'Anac, a prescindere dall'impugnativa degli atti adottati dalla stazione appaltante dopo la ricezione

del parere, non potendo la parte ricorrente comunque trarre alcun beneficio concreto e immediato dall'annullamento del parere impugnato (cfr. T.a.r Lazio, , sezione I-quater, sentenza 26 marzo 2024, n. 5973 e 19 luglio 2024 n. 14802 in cui si chiarisce “*Se, infatti, la novella legislativa ha espressamente affermato il potere delle stazioni appaltanti di non conformarsi al parere dell’Autorità – nell’ottica di valorizzare e promuovere l’autonomia decisionale e la responsabilità delle s.a. (su cui grava il solo obbligo di non ignorare il parere, dovendo motivare le ragioni per cui scelgono di seguirlo o meno) – è chiaro che il parere di precontenzioso non è di per sé idoneo ad arrecare alcun pregiudizio agli operatori economici coinvolti nella vicenda in relazione alla quale detto parere viene reso.*”)

Dall'assenza di vincolatività del parere viene, quindi, meno il presupposto logico cui la ricorrente ancora il suo ragionamento (volto a sostenere la coercibilità della stazione appaltante, mediante il ricorso ai sensi dell'art. 112 c.p.a.), facendo così cadere il fondamento della sua tesi di ritenere il procedimento dinanzi all'Anac para-giurisdizionale, quasi alla stregua di un arbitrato.

6. Dall'inammissibilità della domanda proposta in via principale, consegue anche l'inammissibilità della domanda risarcitoria, articolata in subordine e fondata sui medesimi presupposti.

7. In definitiva, il ricorso va dichiarato inammissibile.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite da liquidarsi in euro 3.000 a favore di ciascuna delle parti costituite, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2024

con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Dario Aragno, Referendario

L'ESTENSORE

Caterina Lauro

IL PRESIDENTE

Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO