

Publicato il 05/05/2023

N. 01073/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00136/2023 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 136 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Giudici s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo RTI Giudici in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ettore Notti e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Paola Cannata ed Elena Cardamone e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Collini Lavori Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Milano, corso Venezia 10;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della comunicazione pec prot. 45164 del 20.1.2023 di esclusione della ricorrente dall'Accordo Quadro per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie Lotto 1 Lombardia- CIG: 85587117BE;

b) del verbale del seggio di gara del 19.1.2023 REP DAA 14372, indicato nella comunicazione del pec esclusione prot. 45164 del 20.1.2023;

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi inclusi, espressamente, il contratto, ove stipulato - allo stato non conosciuto - e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori) e per il risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto di appalto; ovvero, in subordine, per il risarcimento per equivalente;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

a) della comunicazione pec 45164 del 20.1.2023 di esclusione della ricorrente dall'Accordo Quadro per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie Lotto 1 Lombardia- CIG: 85587117BE;

b) del verbale del seggio di gara del 19.1.2023 REP DAA 14372, indicato nella comunicazione del pec esclusione prot. 45164 del 20.1.2023;

c) della comunicazione ex art. 76, del D.Lgs. 50/2016 di pubblicazione ex art. 29, comma 1, del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50.CDG 58950 del 26.1.2023 con la quale è stato comunicato essere stata disposta l'aggiudicazione favore della Collini Lavori s.p.a.;

d) della Determina di aggiudicazione alla Collini Lavori spa che dispone l'approvazione, ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice nonché ai sensi del Disciplinare di gara, della proposta di aggiudicazione, in favore dell'impresa Collini Lavori S.p.A., comunicata con nota prot. CDG 57793 del 26.1.2023 e del Verbale di seduta riservata del Seggio di Gara rep DAA n. 14372/2023 del 19 gennaio 2023, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi inclusi, espressamente, il contratto, ove

stipulato - allo stato non conosciuto - e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori) e per il risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto di appalto; ovvero, in subordine, per il risarcimento per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anas s.p.a. e della Collini Lavori s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimenti del 22 dicembre 2020 e del 21 gennaio 2021, l'Anas s.p.a. ha bandito una gara per l'affidamento dell'accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie, suddiviso in 18 lotti, mediante procedura aperta da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
2. Con nota del 26 luglio 2021 l'Anas s.p.a. ha comunicato ai concorrenti l'aggiudicazione del lotto 1 Lombardia in favore del RTI Giudici s.p.a.
3. Il provvedimento veniva impugnato dalla seconda classificata, la Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l., dinanzi al Tar Lombardia.
4. Con sentenza n. 365/2022 del 16 febbraio 2022 questo Tribunale accoglieva il ricorso della Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l. e respingeva il ricorso incidentale proposto dalla Giudici s.p.a.
5. Con sentenza n. 11596/2022 il Consiglio di Stato ha in parte accolto l'appello proposto avverso la sentenza dalla Giudici s.p.a.: ha confermato la pronuncia del Tar nella parte in cui viene affermato che il RTI Giudici s.p.a. andava escluso dalla procedura di gara perché le imprese componenti il subraggruppamento chiamato ad eseguire i lavori per la categoria OG11 erano

prive dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla percentuale di esecuzione per la quale s'erano impegnate; in riforma della sentenza del Tar, ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla Giudici s.p.a., ritenendo che le tre consorziate designate dalla Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l. per l'esecuzione (San Paolo, Alpin e Gimaco) non fossero in possesso delle attestazioni di qualificazione SOA per le categorie di lavori che si erano impegnate ad eseguire.

6. La sentenza è stata impugnata dalla Giudici s.p.a. e dalla Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l. dinanzi alla Corte di Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione.

7. L'istanza di sospensione della citata sentenza n.365/2022, proposta dalla Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l. al Consiglio di Stato ai sensi degli artt. 373 c.p.c. e 111 c.p.a., è stata rigettata con ordinanza n. 545/2023 del 10 febbraio 2023.

8. Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Anas s.p.a., in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato, ha disposto l'esclusione dalla gara del RTI Giudici s.p.a.

9. Con il ricorso introduttivo la Giudici s.p.a. ha domandato l'annullamento del provvedimento di esclusione, lamentandone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione del bando, del disciplinare, dell'art. 97 Cost., dell'art. 61 c.2 d.P.R. n. 207/2010, dell'art. 92 d.P.R. n. 207/2010 e dell'art. 48 c.c.p., dei principi di buona fede e correttezza, nonché eccesso di potere.

10. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha esteso il gravame al provvedimento con cui l'Anas s.p.a., in esito all'esclusione dalla gara del RTI Giudici s.p.a. e della Valori Consorzio Stabile s.c.a.r.l., ha proceduto allo scorrimento della graduatoria e ha aggiudicato il lotto alla Collini Lavori s.p.a., censurandolo per illegittimità derivata.

11. La ricorrente ha inoltre domandato il risarcimento del danno in forma specifica - mediante l'aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto di appalto - o, comunque, per equivalente.

12. Si sono costituite in giudizio l'Anas s.p.a. e la Collini Lavori s.p.a., deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, la sua inammissibilità per violazione del principio del *ne bis in idem* e per difetto assoluto di giurisdizione, essendo volto a contestare le conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 11596/2022, e per carenza di interesse.

13. All'udienza del 27 aprile 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

14. L'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione del principio del *ne bis in idem* è fondata.

15. Con la sentenza n. 11596/2022 il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento con cui la gara era stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di impresa Giudici s.p.a. in quanto il RTI *“andava escluso dalla procedura di gara perché le imprese componenti il sub-raggruppamento chiamato ad eseguire i lavori per la categoria OG11 erano prive dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla percentuale di esecuzione per la quale s'erano impegnate”*.

Nella motivazione della decisione viene escluso che il sub-raggruppamento costituito per eseguire i lavori rientranti nella categoria OG11 potesse fare ricorso al subappalto necessario per acquisire i requisiti di partecipazione mancanti e che potesse beneficiare dell'aumento del quinto di cui all'art. 61, comma 2, d.P.R. 207/2010: al Consorzio 3Emme, in quanto mandataria del sub-raggruppamento, era precluso l'aumento del quinto della propria classifica ai fini del raggiungimento del requisito minimo richiesto nella misura del 40% dell'importo dei lavori, stante il divieto espressamente previsto all'ultimo periodo dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010.

16. Con il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo l'Anas s.p.a. ha dato esecuzione alla sentenza, disponendo l'esclusione del RTI Giudici s.p.a. per difetto, in capo alle imprese componenti il sub raggruppamento chiamato ad eseguire i lavori per la categoria OG11, dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla percentuale di esecuzione per la quale s'erano impegnate.

Con tale atto l'Anas s.p.a. si è conformata al *decisum* giudiziale, senza compiere alcuna ulteriore valutazione che possa essere oggetto di un sindacato diverso da quello di ottemperanza.

L'esecuzione alla sentenza era doverosa e non poteva che condurre all'esclusione della ricorrente per carenza dei requisiti di qualificazione, in forza di quanto puntualmente stabilito dal Consiglio di Stato, pena, in caso contrario, l'adozione di un provvedimento nullo, così come previsto all'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990.

L'effetto conformativo, invero, vincola la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce quale è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura. A tale regola l'Anas s.p.a. si è attenuta.

17. La ricorrente ha contestato la legittimità della propria esclusione sostenendo il possesso in capo al raggruppamento dei requisiti di qualificazione richiesti con riferimento alla categoria OG11 sulla base dell'interpretazione dell'art. 61, c. 2, d.P.R. n. 207/2010 accolta dalla Adunanza Plenaria con la sentenza del 13.1.2023 n.2, secondo cui, in caso di raggruppamento c.d. misto, tale importo a base di gara dovrebbe riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.

Il ricorso mira, inammissibilmente, a porre in discussione una questione che è già stata decisa dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 11596/2022 e su cui questo giudice non può più pronunciarsi, pena la violazione del principio del *ne bis in idem*.

18. Sotto distinto profilo non si può condividere quanto affermato dalla ricorrente circa la novità del provvedimento oggetto del presente giudizio rispetto a quello oggetto del giudizio deciso con la sentenza n. 11596/2022.

Il principio del *ne bis in idem* preclude al giudice di decidere nuovamente su domande già precedentemente definite e l'efficacia oggettiva del giudicato è parametrata al titolo dell'azione ed al bene della vita che ne forma oggetto, indubbiamente coincidenti nei due giudizi.

Per giurisprudenza consolidata, invero, "ai sensi dell'art. 2909 c.c., il giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il "titolo" della stessa azione ed il "bene della vita" che ne forma oggetto; entro tali limiti, il giudicato copre il "dedotto ed il deducibile", cioè non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa, restando salva ed impregiudicata soltanto la "sopravvenienza di fatti e situazioni nuove", verificatisi dopo la formazione del giudicato" (Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2920; sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888; sez. V, 8 agosto 2019, n. 5627).

19. Per le ragioni esposte il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono inammissibili.

20. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00) – di cui 3.000,00 (tremila/00) a favore dell'Anas s.p.a. e 3.000,00 (tremila/00) a favore della Collini Lavori s.p.a. - oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO