

REPUBBLICA ITALIANA

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI

Lodo definitivo

pronunciato dal Collegio arbitrale composto dai Sigg.ri

Prof. Avv. Antonio Saitta (Arbitro con funzioni di presidente)

Avv. Augusta Ciminelli (Arbitro)

Avv. Alberto Costantini (Arbitro)

tra

Servizi Dragona S.r.l. (di seguito, “**Servizi Dragona**”), con sede in Roma,

Via Eleonora Duse n. 53, iscritta presso il Registro delle Imprese di Roma

con il numero di codice fiscale 05863061007, in persona del Signor Giuseppe

Giordano, nato a Roma il 7 settembre 1961, nella qualità di Amministratore

Unico e, come tale, legale rappresentante *pro tempore*;

Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. (di seguito,

“**Latte e Biscotti**”) con sede in Roma, Via Oricola n. 57, codice fiscale e

partita IVA 09597351007, in persona della Signora Emanuela Ludovisi, nata

a Marino il 2 dicembre 1979, nella qualità di Presidente del Consiglio di

Amministrazione e, come tale, legale rappresentante *pro tempore*;

Ludus Cooperativa (di seguito, “**Ludus**”) con sede in Roma, Via Decio

Azzolino n. 33, codice fiscale e partita IVA 07164551009, in persona del

Signor Gaetano Debilio, nato a Roma il 10 agosto 1961, nella qualità di

Presidente del Consiglio di Amministrazione e, come tale, legale

rappresentante *pro tempore*;

tutte rappresentate e difese dall’Avv. Rocco Vincenzo Virgallita, codice

	fiscale	VRGRCV72R30C619Z,	PEC
	roccovincenzovirgallita@ordineavvocatiroma.org	unitamente	e
	disgiuntamente	all'Avv. Laura Tassone,	codice fiscale
	TSSLRA74L42H501N,	PEC lauratassone@ordineavvocatiroma.org	ed
	elettivamente	domiciliate presso lo studio dell'Avv. Rocco Vincenzo	
	Virgallita, sito in Roma, Lungotevere della Vittoria 9	- parti istanti -	
		contro	
	FARMACAP, Azienda Speciale Farmasociosanitaria Capitolina (di		
	seguito, " Farmacap "),	codice fiscale 97145550584,	partita IVA
	05903241007, con sede in Roma, via Ostiense n. 131/L, in persona del legale		
	rappresentante <i>pro tempore</i> , dott. Emiliano Mancini, rappresentata e difesa		
	dall'Avv. Gianrocco Catalano (codice fiscale CTLGRC69C05H501C, pec:		
	gianroccocatalano@ordineavvocatiroma.org) ed elettivamente domiciliata		
	presso il suo studio in Roma, via Lutezia n.11		
		- parte convenuta, istante in via riconvenzionale -	
		nel procedimento arbitrale R.G.A. 7/2019	
	promosso da Servizi Dragona con " <i>atto di richiesta di arbitrato e di nomina</i>		
	<i>di arbitro</i> " notificato all'A.N.A.C. il 21 giugno 2019 e da Farmacap con		
	" <i>memoria di risposta con domanda riconvenzionale</i> " dell'11 luglio 2019.		
	<i>In fatto:</i>		
	In data 11 giugno 2015 Farmacap pubblicava sul proprio sito		
	aziendale un avviso per l'acquisizione di manifestazione di interesse		
	riguardante la locazione, finalizzata all'esercizio di asili nido in convenzione		
	con Roma Capitale, di tre immobili di proprietà Farmacap, siti in Roma, Via		
	M.E. Bossi n. 16, Via O. Gentiloni n. 3/13 e Via del Torraccio di Torrenova		
			2

n. 97, 97A e 97B.

In data 19 giugno 2015 Servizi Dragona manifestava il proprio interesse, in proprio e quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese con Latte e Biscotti soc. coop. e Ludus Coop. a r.l., a gestire le tre strutture, qualora convenzionate con l'amministrazione comunale, con decorrenza dall'1 settembre 2015, assumendone in locazione gli spazi educativi.

Il 7 agosto 2015 Farmacap e Servizi Dragona stipulavano una convenzione di gestione (relativa al solo nido aziendale attivo presso l'unità immobiliare di Via Bossi n. 16) e tre contratti di locazione (per tutte e tre le unità immobiliari, con decorrenza dalla data di convenzionamento di ognuna delle strutture con l'amministrazione comunale).

In data 21 agosto 2015 veniva sottoscritta tra Roma Capitale e Farmacap una convenzione con la quale veniva garantito a quest'ultima il rinnovo del convenzionamento del nido di Via Bossi n. 16, autorizzandola ad affidare il servizio ad un soggetto terzo.

In data 27 agosto 2015 Farmacap e Servizi Dragona stipulavano un accordo per il distacco temporaneo di n. 7 unità lavorative della prima presso i nidi locati e gestiti dalla seconda.

Farmacap consegnava l'immobile di Via Bossi in data 1 settembre 2015 a Servizi Dragona e, successivamente, adottava la delibera 21 settembre 2015 n. 6, con cui ratificava la procedura di affidamento del servizio *de quo*.

Durante la gestione della struttura educativa sia Farmacap (note 24 giugno 2016, 30 agosto 2016, 21 settembre 2016, 14 novembre 2016, 11 gennaio 2017) che Servizi Dragona (note 2 febbraio 2016, 15 maggio 2016,

20 maggio 2016, 22 giugno 2016, 6 luglio 2016, 10 luglio 2016, 15 luglio 2016, 24 luglio 2016, 3 agosto 2016, 15 settembre 2016, 25 settembre 2016, 26 settembre 2016, 10 ottobre 2016, 27 ottobre 2016, 17 novembre 2016, 12 gennaio 2017) formulavano reciproche contestazioni sulla esecuzione dei rapporti e delle obbligazioni *inter partes*.

Il 21 settembre 2016 prot. n. 102/DG Farmacap comunicava a Servizi Dragona di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di locazione, intimando contestualmente la riconsegna dei locali di Via Bossi.

Con determinazione dirigenziale 22 dicembre 2016 n. 2899, Roma Capitale annullava in autotutela la convenzione, relativa all'asilo nido di Via Bossi, precedentemente sottoscritta con Farmacap.

Con atto notificato il 22 dicembre 2017 Servizi Dragona attivava un primo procedimento arbitrale dinanzi alla Camera arbitrale della Camera di commercio di Roma (di seguito, "Arbitra Camera"). Il Collegio ivi insediato dichiarava la propria incompetenza con lodo 14 dicembre 2018 n. 3480.

In data 12 febbraio 2019 Servizi Dragona procedeva alla riconsegna dei locali di Via Bossi alla Farmacap.

Successivamente, con "Atto di richiesta di arbitrato e nomina di arbitro" notificato all'A.N.A.C. in data 21 giugno 2019, oltre che a Farmacap e all'avv. Augusta Ciminelli, Servizi Dragona, Latte e Biscotti e Ludus proponevano domanda di arbitrato nei confronti di Farmacap, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, contestualmente nominando il proprio arbitro nella persona dell'Avv. Augusta Ciminelli ed invitando Farmacap a designare il proprio.

In particolare, le parti istanti esponevano che Farmacap non aveva adempiuto durante la gestione alle obbligazioni contrattualmente assunte e rendendosi responsabile di:

a) omesso versamento di tutti i corrispettivi dovuti per l'attività di gestione dell'asilo nido di Via Bossi n. 16 dal mese di settembre 2015 sino al mese di dicembre 2016 (ad eccezione del mese di ottobre 2015);

b) inosservanza dell'obbligo di garantire almeno n. 52 bambini per la struttura di Via Bossi;

c) inosservanza dell'obbligo di garantire una durata minima del convenzionamento pari almeno a sei anni rinnovabili di un ugual periodo;

d) messa a disposizione di personale distaccato da Farmacap non qualificato ed omesso controllo disciplinare;

e) erronea imputazione delle fatture relative alle utenze di Via Bossi ed erroneo addebito IVA;

f) omesso convenzionamento con Roma Capitale delle strutture di Via Gentiloni e Via del Torraccio di Torrenova.

Altresì, le istanti contestavano a Farmacap di aver tenuto una consapevole condotta inadempiente preordinata a provocare la risoluzione del rapporto e l'annullamento del convenzionamento dell'asilo di Via Bossi.

Infine, le parti istanti formulavano i seguenti quesiti, come precisati nella memoria del 14 gennaio 2020:

“A) dicano gli arbitri se, con riferimento alla Convenzione di Gestione ed ai contratti di locazione sottoscritti inter partes, Farmacap si sia resa gravemente e volontariamente inadempiente alle obbligazioni assunte verso Servizi Dragona S.r.l., Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società

Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. per tutte le ragioni esposte nella parte narrativa (i) dell'atto di richiesta di arbitrato e nomina di arbitro notificato il 20 giugno 2019 e (ii) della presente memoria difensiva;

B) dicano gli arbitri se la Convenzione di Gestione ed i contratti di locazione debbano ritenersi risolti a far data dall'1 gennaio 2017 per esclusivi fatto, dolo e/o colpa di Farmacap;

C) dicano gli arbitri se Farmacap sia tenuta a pagare a Servizi Dragona S.r.l. unitamente a Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., a titolo di risarcimento dei danni subiti, le somme qui di seguito indicate:

c.1) Euro 214.516,00 a titolo di danno emergente;

c.2) Euro 2.873.520,00 a titolo di lucro cessante;

c.3) Euro 50.998,00 a titolo di danni non prevedibili;

c.4) Euro 100.000,00 a titolo di danno all'immagine;

per complessivi Euro 3.238.734,00

ovvero le diverse somme maggiori o minori che saranno accertate come dovute nel corso del presente procedimento e che potranno essere liquidate dall'Eccellentissimo Collegio Arbitrale occorrendo anche mediante valutazione equitativa;

D) dicano gli arbitri se le somme dovute a Servizi Dragona S.r.l., Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. debbano essere maggiorate della rivalutazione monetaria e degli interessi legali, con decorrenza dalla data di stipula della Convenzione di Gestione e dei contratti di locazione, ovvero dalle diverse date che fossero ritenute di giustizia e fino all'effettivo soddisfo;

E) emettano gli arbitri nei confronti di Farmacap, ogni conseguenziale provvedimento di condanna;

F) rigettino/dichiarino inammissibili gli arbitri tutte le domande anche riconvenzionali, le eccezioni e le richieste che sono state avanzate da Farmacap nella memoria di risposta con domanda riconvenzionale dell'11 luglio 2019 e che dovessero essere avanzate dalla stessa Farmacap nel prosieguo del presente procedimento arbitrale;

G) pongano gli arbitri a carico di Farmacap le spese di funzionamento della procedura arbitrale, i compensi del Collegio Arbitrale e gli onorari e le spese di difesa di tutte le Parti Istanti”.

Con “Memoria di risposta con domanda riconvenzionale” dell'11 luglio 2019, si costituiva in giudizio Farmacap, eccependo l'incompetenza del Collegio arbitrale adito per nullità, invalidità ed inefficacia della clausola compromissoria e contestando nel merito le domande delle parti istanti.

Farmacap chiedeva altresì la risoluzione dei contratti a causa dell'inadempimento delle controparti ed il risarcimento di tutti i danni subiti.

Nominava infine quale arbitro di sua elezione l'Avv. Alberto Costantini e formulava le seguenti conclusioni, come precisate nella seconda memoria del 5 febbraio 2020:

“- in via preliminare accogliere la eccezione di incompetenza, anche parziale, del Collegio Arbitrale essendo venuta meno, per i suesposti motivi, la clausola compromissoria e conseguentemente la possibilità di compromettere ad arbitri la presente controversia, essendo invece competente il giudice ordinario;

- in via parimenti preliminare accertare e dichiarare la nullità, invalidità e/o

inefficacia della clausola compromissoria per tutti i motivi suesposti;

- in via principale e nel merito, respingere tutte le richieste avverse in quanto

inammissibili ed infondate per tutti i motivi suesposti;

- in via parimenti principale e/o riconvenzionale e nel merito, accertare

l'inadempimento della Servizi Dragona srl e del RTI cit. per quanto sopra

indicato ed accertare e dichiarare la risoluzione di tutti i contratti sottoscritti

tra Farmacap ed il RTI cit. e Servizi Dragona srl;

- condannare la Servizi Dragona ed il RTI cit. al risarcimento di tutti i danni

sopra indicati.

Col favore delle spese di lite”.

Con “Richiesta di nomina del Presidente del Collegio Arbitrale” del 17 luglio 2019, le parti istanti richiedevano alla Camera Arbitrale di nominare, ai sensi di legge, il Presidente del Collegio Arbitrale.

Come da comunicazione a mezzo pec del 17 ottobre 2019, il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 14 ottobre 2019, deliberava all'unanimità dei voti di nominare il costituendo Collegio arbitrale nelle persone del Prof Avv. Antonio Saitta, quale terzo arbitro con funzioni di Presidente, dell'Avv. Augusta Ciminelli, quale componente designato da Servizi Dragona, Latte e Biscotti e Ludus, dell'Avv. Alberto Costantini, quale componente designato da Farmacap.

All'udienza del 5 dicembre 2019 si costituiva il Collegio Arbitrale, che stabiliva il regolamento dell'arbitrato e determinava la sede dell'arbitrato presso la sede della Camera arbitrale in Roma, Via Marco Minghetti n. 10; assegnava altresì a entrambe le parti i termini per il deposito di memorie e repliche con la formulazione definitiva delle domande, eccezioni e difese,

nonché per la produzione di documenti e per le richieste istruttorie, fissando l'udienza del 12 marzo 2020 per il tentativo di conciliazione, la trattazione e la discussione delle eventuali richieste istruttorie.

Le parti depositavano memorie e documenti, nonché formulavano istanze istruttorie nei termini loro assegnati.

Con ordinanza 10 marzo 2020 il Presidente accoglieva l'istanza congiunta di rinvio presentata dalle parti *“per sopravvenuti eventi che non ci consentono di escludere con la dovuta cautela eventuali situazioni di pregiudizi”*, disponendo il rinvio dell'udienza già fissata per il 12 marzo 2020 a data da destinarsi e riservandosi di adottare i provvedimenti più opportuni per la prosecuzione dell'arbitrato.

Con ordinanza 5 maggio 2020 il Presidente fissava l'udienza del 26 maggio 2020 per il tentativo di conciliazione, la trattazione e la discussione delle eventuali richieste istruttorie, disponendone la celebrazione mediante collegamento da remoto, giusta circolare A.N.A.C. 23 marzo 2020.

All'udienza del 26 maggio 2020, alla presenza delle parti e dei loro difensori in collegamento telematico, il Collegio Arbitrale esperiva il tentativo di conciliazione e, vista l'impossibilità di raggiungere un accordo, faceva illustrare le difese alle parti, riservandosi ogni decisione.

Nelle camere di consiglio del 10 giugno 2020 e del 24 giugno 2020 il Collegio Arbitrale discuteva le questioni prospettate dalle parti nei rispettivi atti difensivi e nella udienza di discussione del 26 maggio 2020.

Con ordinanza del 24 giugno 2020, il Collegio Arbitrale, a scioglimento della riserva assunta, fissava l'udienza del 7 luglio 2020 per la precisazione delle conclusioni, anche di natura istruttoria, e la relativa

discussione. Con ordinanza del 3 luglio 2020 il Presidente stabiliva la sede dell'arbitrato quale luogo di celebrazione della predetta udienza, in presenza.

All'udienza del 7 luglio 2020 le parti precisavano le conclusioni riportandosi alle difese in atti e manifestavano la volontà di posporre la data di emissione del lodo sino al 31 dicembre 2020. Il Collegio Arbitrale assegnava alle parti i termini per il deposito di memorie conclusionali e repliche, riservandosi ogni decisione.

Nei termini fissati entrambe le parti provvedevano a depositare comparse conclusionali e repliche.

Il Collegio Arbitrale, dunque, si riuniva in conferenza telematica degli arbitri in data 19 novembre 2020, 26 novembre 2020, 3 dicembre 2020 e 15 dicembre 2020.

In data 22 dicembre 2020 depositava il lodo non definitivo e l'ordinanza collegiale n. 2. Con il primo così decideva: *"1) dichiara valida ed efficace la clausola arbitrale espressa all'art. 16 della Convenzione di gestione sottoscritta il 7 agosto 2015 nonché le clausole arbitrali contenute nell'art. 10 dei contratti di locazione stipulati lo stesso 7 agosto 2015 e, pertanto dichiara la propria competenza a decidere sulle domande e le eccezioni svolte dalle parti; 2) rigetta la eccezione di difetto di competenza del Collegio arbitrale in relazione alle contestazioni che le parti istanti muovono in merito all'annullamento della convenzione di gestione intercorrente tra Farmacap e Roma Capitale del 21 agosto 2015; 3) dispone la prosecuzione del giudizio come da separata ordinanza"*.

Con l'ordinanza collegiale il Collegio Arbitrale invitava le parti a fornire chiarimenti in ordine a:

1) eventuale nullità della Convenzione di Gestione sottoscritta inter partes il 7 agosto 2015 in riferimento all'art. 1418 c.c. per la possibile violazione delle norme imperative di legge sulla evidenza pubblica per il conferimento di appalti nel settore oggetto del contratto;

2) eventuale nullità della Convenzione di Gestione sottoscritta inter partes il 7 agosto 2015 in riferimento al combinato degli artt. 1325 e 1418 c.c. avuto riferimento a:

a. oggetto del contratto indicato all'art. 1 mediante riferimento alla "Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma" sottoscritta soltanto in data 21 agosto 2015;

b. corrispettivo del servizio determinato all'art. 2 'nella stessa misura di quanto riconosciuto dall'Amministrazione comunale a Farmacap', ossia in un importo non ancora quantificato per mancanza, alla data del 7 agosto 2015, della 'Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma'. Fissava la data del 25 gennaio 2021, ore 20,00 per il deposito di memorie ed eventuali documenti e la data dell'8 febbraio 2021, ore 20,00 per il deposito di brevi note di replica.

Le parti depositavano le rispettive memorie (con i relativi allegati) nei termini e il Collegio Arbitrale si riuniva in camera di consiglio, mediante collegamento telematico, nei giorni 18, 25 febbraio 2021 e 25 marzo 2021, in cui deliberava il presente lodo.

In diritto:

1. La presente controversia ha per oggetto le domande svolte dal R.T.I. Dragona contro Farmacap per le violazioni degli obblighi nascenti dai contratti di locazione (in specie, di quello dell'Immobile di Via Bossi) e dalla

Convenzione di gestione (domande “A”, “B”, “C”, “E” dell’atto di accesso agli arbitri e nella I memoria) nonché, in via riconvenzionale, quelle dedotte da Farmacap per le stesse ragioni (pag. 18, memoria di risposta con domanda riconvenzionale e pag. 25 della memoria del 15 gennaio 2020).

Pertanto, per delibare la fondatezza delle domande delle parti occorre individuare il fascio di obbligazioni sinallagmatiche nascenti da tali due atti negoziali, nonché i rapporti intercorrenti tra i due contratti.

2. Dal punto soggettivo occorre premettere che Farmacap ha natura giuridica di Azienda speciale del Comune di Roma, come tale sottoposta alle norme per la stipula dei contratti pubblici *ex art. 3, comma 26, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ratione temporis; in tema, C.d.S., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211)*.

3. Con “*Avviso per l’acquisizione di manifestazione di interesse riguardante la locazione di tre immobili di proprietà Farmacap finalizzati all’esercizio di asili nido*” 11 giugno 2015, prot. n. 185/CS, pubblicato sul proprio sito aziendale, la Società comunale ha sollecitato manifestazioni di interesse per concedere in locazione tre immobili dei quali è proprietaria in Roma (Via O. Gentiloni, 3/13; Via del Torraccio di Torrenova, 97, 97/A, 97/B, Via M.E. Bossi, 16) “*finalizzati all’esercizio di asili nido*” per “*procedere alla locazione di detti immobili al fine di valorizzare il proprio patrimonio disponibile*”.

In ragione di ciò il soggetto interessato avrebbe dovuto “*presentare una manifestazione di interesse per la locazione di tutti gli immobili, nonché per il l’utilizzo [sic, n.d.r.] dei dipendenti del settore educativo, mediante l’istituto del distacco funzionale, rimanendo gli stessi alle dirette dipendenze*”

di Farmacap". La locazione avrebbe avuto durata di sei anni *"dalla data di stipula del contratto e si articola nel rispetto delle norme sulla locazione"*.

Inoltre, sempre secondo l'avviso in esame, *"la Farmacap, alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle manifestazioni di interesse, si riserva di valutare se procedere alla locazione degli immobili mediante procedura di evidenza pubblica, in conseguenza della quantità e della qualità delle offerte pervenute"*.

L'avviso si concludeva con la precisazione secondo cui *"i soggetti che manifesteranno interesse e che risulteranno in possesso del requisito di convenzionamento di cui alla deliberazione n. 244 del 2013 del Dipartimento alle Politiche Educative saranno successivamente invitati a presentare una proposta. Il presente avviso ha lo scopo puramente esplorativo e non comporta l'istituzione di obblighi da parte di Farmacap nei confronti di alcuno"*.

3.2. Si trattava, pertanto, di un avviso al pubblico dichiaratamente finalizzato a sollecitare manifestazioni di interesse per la locazione attiva degli immobili di proprietà dell'offerente con vincolo di destinazione ad asili nido. L'Azienda si riservava, come chiarito in due punti del documento, di celebrare una *"procedura di evidenza pubblica"* dopo aver valutato le *"manifestazioni di interesse"* (e non *"delle offerte"*) ricevute. Dalla lettura complessiva dell'avviso si evince come la ricerca delle *"manifestazioni di interesse"* avesse solo carattere esplorativo e preordinato *"al fine di valorizzare il proprio patrimonio disponibile"* e non ad affidare il servizio in appalto o in concessione. Il contratto previsto a valle della procedura ad evidenza pubblica (che, si ripete, si sarebbe potuta svolgere in una fase

successiva) sarebbe stato articolato “*nel rispetto delle norme sulla locazione*”.

Vi sono solo degli accenni del tutto indiretti alla gestione di asili nido: a parte il vincolo di destinazione degli immobili, si esplicitava che nella risposta all’avviso “*il soggetto interessato dovrà presentare una manifestazione di interesse per la locazione di tutti gli immobili, nonché per l’utilizzo dei dipendenti del settore educativo, mediante l’istituto del distacco funzionale, rimanendo gli stessi alle dipendenze di Farmacap*”. Vi è pure l’avvertenza secondo cui “*i soggetti che manifesteranno interesse e che risulteranno in possesso dei requisiti di convenzionamento di cui alla deliberazione n. 244 del 2013 del Dipartimento alle Politiche Educative saranno successivamente invitati a presentare una proposta*”.

3.3. Le locazioni di immobili sono sottratte come noto dall’ambito di applicazione delle norme sui contratti pubblici (art. 19, D. Lgs. n. 163 del 2006). La giurisprudenza in materia è pacifica: “*è, peraltro, noto che ai sensi degli artt. 4 e 17, lett. a), del D.lgs. 50/2016 (ma anche sulla base del previgente art. 19 del D.lgs. 163/2016) sono esclusi dalla procedura di evidenza pubblica i contratti attivi e passivi della P.A. avente ad oggetto l’acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili, contratti questi ultimi rientranti nella potestà negoziale dell’Amministrazione.*

Detta esclusione comporta come sia sufficiente lo svolgimento di una procedura di valutazione idonea a rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e tutela dell’ambiente ed efficienza energetica, previsti dall’art. 4 del D.lgs. 50/2016 per tutti i contratti pubblici esclusi (da ultimo, Cons. Stato

Sez. comm. spec. Parere, 10/05/2018, n. 1241)” (così, T.A.R. Toscana, Sez. I, 5 marzo 2019, n. 332).

3.4. Il contenuto di tale avviso, pertanto, se può essere considerato idoneo quale atto propedeutico alla locazione degli immobili (che, come osservato, non necessita forme particolari: Cfr. T.A.R. Campania, Sez. VII, 19 aprile 2019, n. 2214) tuttavia non può certo dirsi adeguato – come invece afferma l’A.T.I. Dragona nelle proprie difese – quale atto preordinato all’affidamento, mediante procedura ad evidenza pubblica, dell’appalto o della concessione di un pubblico servizio.

L’avviso, infatti, non parla mai dell’affidamento di un appalto o della concessione di un servizio, non fa riferimento a nessun documento dal quale ricavare i contenuti delle prestazioni richieste (capitolato d’oneri, disciplinare di gara), alle modalità di erogazione dei servizi, ai requisiti di capacità tecnica o finanziaria dei concorrenti, al prezzo a base d’asta, alle modalità di presentazione delle offerte, all’indicazione del codice CIG (cfr. delibera A.N.A.C. “Riscossioni 2008” e TAR Sicilia, Sez. 3, 15 aprile 2009, n. 692, in tema di obbligo di versamento del contributo all’Autorità in caso dell’appalto per la gestione di un asilo *ex* D. Lgs. n. 163 del 2006), all’individuazione del responsabile del procedimento o alla delibera a contrarre, per fare solo alcuni più evidenti esempi.

Tali considerazioni valgono anche tenuto conto delle peculiarità del servizio in parola per il quale il D. Lgs. n. 163 del 2006 predispone una normativa del tutto peculiare e delle quali si dirà subito.

4. La gestione di asili nido deve essere ricondotta alla categoria “*Servizi sanitari e sociali*” (anche secondo quanto espressamente previsto dall’art. 1,

L.r. Lazio 16 giugno 1980, n. 59) o anche, se si vuole, a quella dei “*Servizi ricreativi, culturali e sportivi*” se non a “*Servizi relativi all’istruzione, anche professionale*”, tutti comunque inseriti nell’allegato “II B” del D. Lgs. n. 163 del 2006.

4.1. Per tali tipologie di servizi l’art. 20 del D. Lgs. n. 163 del 2006, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, dispone che “*l’aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell’allegato II B è disciplinata esclusivamente dall’articolo 68 (specifiche tecniche), dall’articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall’articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)*”. La giurisprudenza ha affermato come, in materia, “*assuma portata decisiva il tenore dell’art. 20 del codice appalti, in base al quale l’aggiudicazione degli appalti aventi oggetto i servizi e gli altri indicati nell’elenco allegato II B ‘è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura) e 225 (avviso sugli appalti aggiudicati)*’. Il tenore letterale della norma, ed in particolare la locuzione ‘*esclusivamente*’ militano nel senso di escludere la legittimità di una clausola di esclusione inserita in una normativa di gara mediante rinvio all’art. 48. Ciò non presuppone affermare un principio per cui l’art. 20 abbia introdotto una deroga all’applicazione di gran parte delle norme del codice degli appalti di talché le stesse non possano essere applicate dalle amministrazioni (in contrario ad una deroga generalizzata, v. Cons. di Stato, sez. V, n. 4510/2012). Ma l’orientamento sembra doversi contenere nella confermata applicabilità di tutte le norme del codice che abbiano una valenza di principio generale, senza quindi potersi spingere ad applicare cause di esclusione non espressamente previste dalla

normativa, stante peraltro il principio di tassatività delle stesse in correlazione con quello di massima partecipazione (Cons. di Stato, sez. V, n. 7672/2010)” (C.d.S., Sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2853). Altra giurisprudenza “ha già stabilito al riguardo che negli appalti aventi ad oggetto l’affidamento dei servizi di cui all’Allegato II B del Codice dei contratti ai sensi dell’art. 20, in sede di aggiudicazione non trovano applicazione le puntuali disposizioni del Codice, fatta eccezione per gli artt. 65, 68 e 225, ma i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive Europee. La disciplina dei requisiti e delle modalità di partecipazione è quindi, nei suoi elementi di dettaglio, rimessa essenzialmente alla lex specialis e può legittimamente ispirarsi a criteri di maggiore semplificazione e speditezza procedimentale” (Consiglio di Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444); pertanto, per l’affidamento di tali servizi cd. esclusi non può esigersi il medesimo rigore formale imposto dalle specifiche norme del Codice né l’osservanza dei vincoli procedurali dallo stesso prescritti’ (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3759-2010)” (così, C.d.S., Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5228).

4.2. Ai “servizi esclusi” si applica, altresì, l’art. 27 del D. Lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale *“l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto. L’affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori*

avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti”.

Il sistema normativo relativo all’attività contrattuale pubblica nel campo dei servizi esclusi, pertanto, non consente di appaltare (o di concedere) siffatti servizi mediante affidamento diretto, ma dopo una forma di evidenza pubblica seppur fortemente semplificata rispetto all’ordinario regime codicistico. Ciò in osservanza dei principi, di sicuro fondamento costituzionale (*ex artt. 41 e 97, secondo comma, Cost.*) ed europeo di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Secondo pacifica giurisprudenza *“in una lettura coordinata, che ai servizi di cui all’Allegato II-B, si applicano ex art. 20, comma 1, solo gli artt. 65,68 e 225 del codice ma sono comunque applicabili ex ante i principi del trattato (sia che si tratti di rapporto di appalto sia che si tratti di concessione).*

La giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato Ad. plen. 1 agosto 2001, n. 16 [recte, 2011, n.d.r.]), sulla premessa che tanto gli appalti ‘sotto soglia’, che fruiscono di una temporanea esenzione, che gli appalti e le concessioni di servizi ‘esclusi’, che fruiscono di un regime di parziale esenzione, rientrano negli scopi del diritto comunitario, è orientata nel senso di ritenere che l’art. 27 d.lgs. citato estende l’applicazione dei principi del Trattato anche ai contratti esclusi, per ragioni di soglia o di oggetto, intendendo porre un principio di rispetto delle regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, da parte dei soggetti tenuti al rispetto del codice degli appalti” (C.d.S., Sez. VI, 4 ottobre 2013, n.

4902).

La richiamata adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che “*passando a verificare se all’appalto per cui è processo sia o meno applicabile l’art. 27, d.lgs. n. 163/2006, giova premettere che tale previsione ha inteso tradurre in norma positiva nazionale una regola di diritto giurisprudenziale costantemente affermata dalla C. giust. CE, quella secondo cui ai contratti sottratti all’ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (attualmente: direttiva 2004/18/CE e direttiva 2004/17/CE) si applicano comunque i principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell’Unione, e segnatamente i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02].*

Il tema è stato affrontato dalla Corte e dalla citata comunicazione con riguardo agli appalti sotto soglia [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00] e con riguardo agli appalti di servizi di cui all’allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/18/CE (II B del codice italiano), nonché con riguardo alle concessioni di servizi [C. giust. CE, 7 dicembre 2000 C-324/98, Telekom Austria AG; C. giust. CE 13 ottobre 2005 C-458/03, Parking Brixen; C. giust. CE 6 aprile 2006 C-410/04, Anav; C. giust. CE 13 settembre 2007 C-260/2004; C. giust. CE, 15 ottobre 2009 n. 196/08; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250].

L’art. 27, codice appalti, non può che essere letto in coerenza con tale giurisprudenza comunitaria” (C.d.S., Ad. Pl., 1 agosto 2011, n. 16).

Più avanti, il Consiglio di Stato nella stessa occasione nomofilattica

ha precisato che “così intesa la norma [art. 27, n.d.r.] intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte:

a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell’ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento, e per i contratti “esclusi” comunque menzionati nel codice;

b) dall’altro lato ai contratti “nominati ma esenti”, e non anche ai contratti “estranei”.

31. Ne deriva che il citato art. 27 non contempla un “terzo settore” dei pubblici appalti, quelli “esclusi in tutto o in parte”, che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

In altre parole, i ‘contratti esclusi in tutto o in parte’ sono pur sempre quelli che si agganciano ai settori ordinari o speciali di attività contemplati dal codice.

Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate” (C.d.S., Ad. Pl. n. 16 del 2011 cit.).

Coerentemente a tali premesse la giurisprudenza ha confermato la necessità di una gara officiosa, previo invito diramato ad almeno cinque concorrenti ex art. 27, D. Lgs. n. 163 del 2006, nel caso specifico dell’appalto del servizio di gestione di asili nido: “l’appalto in questione soggiace, in particolare, in applicazione dell’art. 27 del D.lgs. n. 163 del 2006, solo ad un nucleo minimo di regole, mentre non trovano applicazione le disposizioni relative alle modalità di pubblicazione dei bandi e ai relativi tempi posti

dall'art. 70: è rimessa, quindi, all'Amministrazione la scelta circa i termini per la presentazione delle offerte, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (v. art. 27 cit.);

- quanto alla qualificazione della gara indetta, che, a prescindere dalle espressioni utilizzate, la stessa si connota chiaramente come una gara ufficiosa con lettera di invito, in applicazione di quanto disposto dal più volte citato art. 27, il quale stabilisce, al primo comma, che 'L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto'" (T.A.R. Sicilia, Sez. 3, 19 dicembre 2011, n. 2312).

5. Nel settore qui in discussione, pertanto, non si può addivenire alla stipula del contratto senza osservare, almeno in misura minima, i principi di trasparenza ed imparzialità, omettendo, quindi, una qualche forma di comparazione tra le offerte nel rispetto dei principi richiamati.

6. Alla luce di tali principi, la "Convenzione di gestione" del 7 agosto 2015 appare al Collegio del tutto disallineata rispetto ai principi minimali appena richiamati ed applicabili ai c.d. "servizi esclusi" di cui all'all. II B del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Tali considerazioni peraltro valgono sia qualificando la fattispecie negoziale in discussione quale appalto, sia come concessione di un servizio a titolo oneroso per la stazione appaltante.

6.1. Con la “*Convenzione di gestione*”, in particolare la Farmacap ha affidato al “*Soggetto Gestore la conduzione dei propri asili a tale scopo mettendo a disposizione del Soggetto Gestore i fabbricati aventi le caratteristiche ambientali previste dall’Allegato 2 ‘Disciplinare di procedura di accreditamento’ della Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma, di proprietà di Farmacap siti in Roma e meglio descritti nelle premesse. Da parte sua il R.T.I. si impegna a mettere a disposizione del Comune di Roma per l’anno educativo 2015-2016 n. 52 posti offerti all’utenza municipale di Via Bossi, su una capienza complessiva di n. 52 bambini, fatta salva la possibilità di acquisire maggiore capienza, nonché tutta la disponibilità possibile e convenzionata prevista per le altre due strutture di cui alla presente convenzione.*”

Quanto alla durata, la convenzione “*è vincolante tra le parti sino alle scadenze dei contratti di locazione sottostanti alla presente convenzione. Il corrispettivo dovuto da Farmacap al Soggetto Gestore R.T.I., per il pieno e perfetto adempimento del contratto è fissato nella stessa misura di quanto riconosciuto dall’Amministrazione Comunale a Farmacap*” (art. 2). Il medesimo articolo del contratto disciplina, altresì, le modalità di pagamento e la documentazione necessaria per la liquidazione del dovuto.

L’art. 4 contiene una clausola di rinvio al “*Disciplinare di accreditamento con il Comune di Roma*”, mentre l’art. 5 prevede che le famiglie degli utenti verseranno le quote di rispettiva spettanze direttamente “*al Soggetto Gestore*” e che Farmacap comunicherà al gestore “*tutti i riferimenti utili per la gestione de servizio*”.

Gli “*obblighi del gestore*” sono prescritti all’art. 6 e consistono

nell'assicurare *“la regolare gestione dell’asilo, nonché l’efficacia, l’efficienza, puntualità e qualità del servizio, così come previsto nel Disciplinare Allegato alla Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma”*.

La clausola contiene un elenco, indicato come semplificativo, degli obblighi assunti, tra i quali la *“direzione amministrativa e contabilizzazione del servizio; coordinamento organizzativo e pedagogico, servizi educativi e di accudimento secondo una progettualità raccordata con il progetto educativo; cura dei rapporti con le famiglie, predisposizione di occasioni di incontro e scambio tra personale del nido e famiglie in un’ottica di condivisione della cura e dell’educazione del bambino; servizi di pulizia/disinfezione dei locali, delle attrezzature degli arredi e degli utensili con servizio di guardaroba per la biancheria in dotazione; disinfestazione/derattizzazione dei locali e del giardino. È previsto tra gli oneri a carico del R.T.I. gestore anche la preparazione e la somministrazione del vitto, l’organizzazione della cucina e della dispensa, nonché il pagamento delle utenze, l’approvvigionamento del materiale necessario per il funzionamento delle strutture, la manutenzione ordinaria delle strutture, dei mobili esistenti e delle aree a verde. Per il personale, il R.T.I. assumeva l’obbligo di assicurare la *“sostituzione del personale in modo da assicurare costantemente il rapporto numerico educatore/bambino”*, oltre a vari altri compiti di tipo amministrativo e organizzativo.*

L’art. 7 si occupa degli obblighi del *“soggetto gestore”* nei confronti del proprio personale dipendente e di quello dipendente da Farmacap e distaccato presso le strutture per il quale gli oneri restavano a carico di Farmacap *“alla quale spetterà specifico rimborso da parte del soggetto*

gestore” con cadenza semestrale.

Gli obblighi a carico di Farmacap previsti dall’art. 8 si limitano alla messa a disposizione dei locali, dei giardini e degli arredi, alla loro manutenzione straordinaria, nonché in attività di controllo e verifica in merito all’erogazione del servizio.

Le responsabilità per l’erogazione del servizio sono a carico del soggetto gestore e sono disciplinate dall’art. 10. Sono, altresì, previste penalità e sono disciplinate le procedure per la loro applicazione (art. 11).

Nell’art. 15 *“le parti si danno espressamente atto che la presente convenzione è sottoscritta nel reciproco interesse, ed è sottostante al bando per la manifestazione d’interesse pubblicato da Farmacap in data 11 giugno 2015, per la locazione delle tre strutture indicate in premessa. Il mancato convenzionamento di ogni singola struttura fa decadere l’interesse del Soggetto Gestore alla locazione della struttura interessata e pertanto la convenzione ed i sottostanti contratti di locazione troveranno attuazione solo per le strutture per le quali sussistano tutte le condizioni date”.*

6.2. Non vi sono dubbi, pertanto, che oggetto della Convenzione di Gestione del 7 agosto 2015, sia un servizio pubblico e che il contratto di locazione “sottostante”, svolgesse soltanto una funzione strumentale e condizionata al rapporto principale. Infatti, appare incontrovertibile come il R.T.I. affidatario abbia assunto l’obbligo di gestire nei locali di Farmacap, a proprio rischio, un servizio pubblico mediante la propria organizzazione di uomini e mezzi, dietro corrispettivo di un prezzo (cfr. parere A.N.A.C. 9 febbraio 2011, n. 28, prec 246/10/S con il quale si qualifica una procedura per la gestione di n. 6 asili nido promossa dal Comune di Roma come “appalto

di servizi”).

In termini ancora più netti, sempre con riferimento alla gestione degli asili capitolini, in una fattispecie che appare presentare molteplici elementi di analogia con quella oggetto della presente procedura, con delibera 23 novembre 2016, n. 1197 (AG 49/2016/AP) l’A.N.A.C. ha affermato che *“nel caso di specie, le caratteristiche contrattuali annoverate - e, in particolare, il fatto che sia Roma Capitale, in applicazione dei criteri di modalità di accesso ai nidi capitolini, ad individuare i bambini da inserire nei posti della struttura, senza che il concessionario possa interferire; che Roma Capitale mette a disposizione i propri locali ad uso gratuito del contraente; che sia Roma Capitale a definire le modalità di gestione degli asili nido e che la possibilità che il contraente possa fornire servizi complementari a prezzo di mercato sia limitata sia in termini di disponibilità di posti dalla lex specialis, sia in relazione all’eventuale mancata copertura di tutti i posti riservati a Roma Capitale - denotano che l’amministrazione ha definito ogni aspetto della gestione con conseguente difficoltà di poter individuare il reale trasferimento del rischio sul privato.*

L’inquadramento della struttura contrattuale nel novero dell’appalto di servizi, anziché in quello della concessione, determina la necessità di procedere all’affidamento del contratto mediante apposita procedura di gara, nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 relative agli appalti pubblici, con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui alla parte III del decreto stesso, cui fa invece riferimento l’amministrazione comunale.

Spetterà dunque a Roma Capitale delineare un disegno di gara che, nel rispetto della normativa vigente, definisca le modalità di affidamento del

servizio, stabilisca le prestazioni a carico del contraente privato ed individui la struttura del corrispettivo nel rispetto dei principi generali in materia di contratti pubblici” (nello stesso senso, A.N.A.C. delibera 1 agosto 2012, n. 75, fasc. 1318/2012).

6.3. Tale servizio, però, nel caso che ci intrattiene appare affidato al R.T.I. Dragona senza alcuna procedura di evidenza pubblica e in piena violazione di quanto disposto dagli artt. 20 e 27, D. Lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, nelle allegazioni di parte non è dato riscontrare alcun atto che possa essere considerato, pur nella più estensiva delle interpretazioni, come bando, lettera-invito, capitolato o disciplinare di gara. Si è già detto che l’avviso dell’11 giugno 2015, prot. n. 185/CS ha per oggetto soltanto la locazione attiva degli immobili: anche una interpretazione di detto avviso assai ampia non consente di ritenere che esso fosse rivolto alla gestione degli asili di Farmacap previo convenzionamento con il Comune, sia pure all’interno delle strutture locate dalla stessa.

Dai contenuti di quell’avviso non si sarebbero potuti neppure trarre elementi utili perché un concorrente potesse formulare un’offerta tecnica ed economica compiuta, giustificabile e sostenibile.

D’altronde, la stessa “offerta” del R.T.I. Dragona in data 19 giugno 2015, indicata da questa nelle proprie allegazioni al n. 2 e richiamata nelle difese, ha per oggetto soltanto la locazione degli immobili (“...manifestano il proprio interesse a partecipare alla procedura per l’affidamento della locazione di tre immobili di proprietà Farmacap finalizzati all’esercizio di asili nido...”).

Quanto al corrispettivo, nell’offerta vi è solo il riferimento “al

pagamento dei canoni mensili di locazione dei locali interessati...” a condizione che Roma Capitale “autorizzi dapprima, l’accreditamento dei tre asili nido e quindi i relativi convenzionamenti entro l’anno corrente”, ma nulla viene scritto relativamente allo svolgimento del servizio che, invece, si ritrova indicato (seppur in modo indeterminato) all’art. 2 della Convenzione di gestione.

6.4. Identiche considerazioni dovrebbero farsi nel caso in cui il rapporto in discussione venisse riportato non alla categoria dell’appalto ma della concessione di un servizio, ipotizzando – profilo non del tutto chiaro dalla Convenzione di gestione – che i rischi economici connessi alla gestione del servizio fossero sostanzialmente a carico dell’operatore (cfr. ad esempio, C.D.S., Sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2.810, nonché la sentenza della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio 24 novembre 2020, n. 616, pag. 33, depositata in atti da Farmacap che qualifica il rapporto *de quo* come concessione di servizio).

In tale evenienza, infatti, avrebbe dovuto trovare comunque applicazione l’art. 30 del D. Lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale *“la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*.

6.5. Pertanto, sia che si sia trattato dell’affidamento diretto di un appalto

in un settore previsto dall'art. 20 del D. Lgs. n. 163 del 2006 che della concessione di un servizio, risultano violate le norme imperative di legge: nel primo caso, gli art. 20, D. Lgs. n. 163 del 2006 in combinato con l'art. 68 (specifiche tecniche), l'art. 65 (avviso dei risultati della procedura di affidamento), l'art. 225 (avviso relativo all'appalto aggiudicato), l'art. 27 (per il mancato invito ad almeno cinque concorrenti e per la violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità); nel secondo l'art. 30 D. Lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, per quanto ai c.d. "servizi esclusi" non siano applicabili le norme del codice degli appalti con le quali il legislatore ha disciplinato minutamente le varie fasi del procedimento di scelta del contraente da parte della stazione appaltante, non può certamente mancare una fase di evidenza pubblica.

In mancanza di un bando, di un capitolato di appalto, o altro documento equivalente, non è in tesi possibile ipotizzare il rispetto dei principi elementari della contrattualistica pubblica indicati dagli artt. 27 e 30 del codice e in questo caso del tutto assenti. Nella presente fattispecie, peraltro, è stato anche platealmente violato l'obbligo di invitare almeno cinque concorrenti, adempimento di facilissimo assolvimento soprattutto in una realtà territoriale come quella capitolina nella quale non mancavano certo le imprese da invitare.

6.6. Le difese del R.T.I. Dragona non consentono di superare tali rilievi. Infatti, le ragioni poste a base della procedura in discussione da Farmacap, volte a superare le gravi criticità, anche di ordine finanziario, che avevano caratterizzato i precedenti moduli organizzativi e funzionali di Farmacap non

hanno, ovviamente, alcun rilievo ai fini della legittimità degli atti posti in essere nella presente fattispecie.

Quanto alla contestata violazione degli artt. 65, 68 e 225 del D. Lgs. n. 163 del 2006, va osservato che la delibera del D.G. di Farmacap 21 settembre 2015, n.6 (all. 46), non sembra un atto di pubblicazione quanto piuttosto, una mera presa d'atto (nell'atto si usa l'espressione atecnica *“delibera di avvalorare le procedure attivate per realizzare il passaggio di convenzione con il Dipartimento alle politiche educative dal modello...”*) degli atti posti in essere.

In ogni caso, anche prescindendo da ciò, i rilievi mossi in riferimento agli artt. 65, comma 4, e 225, comma 8 (erroneamente indicato come 65, comma 8), quanto alla facoltatività delle pubblicazioni nel caso degli appalti di cui all'All. II B, evidenziano, se dubbi potessero residuare in proposito, che, seppur mediante procedure semplificate e senza la puntuale applicazione di tutte le complesse procedure del codice degli appalti pubblici, anche nei c.d. “settori esclusi” in parola è comunque necessaria la pubblicazione di un avviso di gara, adempimento pretermesso nel caso di specie (tale non potendosi considerare l'avviso dell'11 giugno 2015, per le ragioni sopra diffusamente illustrate e sulle quali non occorre tornare).

Quanto alla violazione dell'art. 68 del codice, le difese dell'A.T.I. Dragona non superano il duplice rilievo che l'avviso in parola appare preordinato non all'affidamento di un servizio, ma ad una mera locazione, e che, in ogni caso, lo stesso non contiene nessun riferimento, neppure indiretto o generico, alle specifiche tecniche del servizio da affidare. In ogni caso l'onere di indicarle deve essere curato nel bando, nel capitolato d'oneri e nei

documenti complementari (art. 68, comma 1) e non certo assolti mediante il rinvio a contatti diretti con il personale della stazione appaltante tramite posta elettronica ordinaria e ciò per elementari esigenze di certezza, trasparenza e *par condicio* (“*le eventuali ulteriori informazioni riguardanti le procedure operative, le caratteristiche degli immobili ed il loro stato d’uso, potranno essere richieste alla dott.ssa Monica Scifoni all’indirizzo: m.scifoni@farcamap.it*”: così l’avviso dell’11 giugno 2015).

Infine, la violazione dell’art. 27 del D. Lgs. n. 163 del 2006 non viene superata dalle difese di Servizi Dragona, che nulla può dedurre in merito al mancato invito di almeno cinque concorrenti, nonché alla violazione dei principi invocati dalla norma in assenza di un bando e degli altri fondamentali atti di gara in grado di rendere conoscibili a tutti le condizioni sulle quali costruire l’offerta per l’acquisizione dell’appalto.

6.7. Secondo l’A.N.A.C. “*anche per gli appalti elencati nell’allegato II B del D. Lgs. n. 163/2006 valgono le regole fondamentali codicistiche sia nella fase dell’affidamento sia in quella dell’esecuzione; per la fase dell’evidenza pubblica, le regole fondamentali sono presupposte dal richiamo ai principi generali indicati dall’art. 27, comma 1, anzi il comma 2 richiama integralmente le disposizioni fondamentali consacrate dall’art. 2 del D. Lgs. n. 163/2006*” (Deliberazione n. 23 del 09/05/2013 - rif. Fascicolo n. 3183/2012).

In altra occasione la stessa Autorità ha chiarito che “*negli affidamenti dei servizi dell’All. II B del D. Lgs. 163/2006, si applicano solamente gli articoli 68, 65 e 225 del Codice, ai sensi del successivo art. 27, e le Stazioni appaltanti devono osservare le indicazioni fornite con la ‘Comunicazione*

interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici'; per quanto riguarda le forme di pubblicità da adottare, è necessario che l'affidamento sia preceduto dalla pubblicazione di avviso o bando sul sito informatico della stazione appaltante, sui siti informatici di cui al D.M. n. 20 del 6 aprile 2001 e sui quotidiani, non escludendo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e su quella della Unione europea per appalti di consistente rilevanza economica”
(Parere di precontenzioso n. 134 del 20/06/2014 - rif. PREC 19/14/S).

6.8. Secondo la giurisprudenza amministrativa *“il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è inderogabile, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura: esso ha natura vincolante ed imperativa siccome posto a presidio dei preminenti valori di trasparenza ed imparzialità delle operazioni della procedura (cfr. Consiglio di stato, sez. IV - 14/5/2007 n. 2426; sez. VI - 22/3/2007 n. 1369; 7/11/2006 n. 6529), e trova immediata applicazione in ogni tipo di gara - indipendentemente da un'espressa previsione da parte della lex specialis - costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione (T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I - 23/3/2007 n. 341; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II - 22/2/2007 n. 603). La descritta modalità costituisce chiaramente uno strumento di garanzia a tutela dei singoli concorrenti, affinché possano assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei plichi ed all'identificazione del loro contenuto, con un'operazione che assicura la serietà del confronto comparativo impedendo sostituzioni o alterazioni degli*

atti e dei documenti (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia - 5/12/2006 n. 1541). La

violazione del principio integra un vizio del procedimento che comporta

l'invalidità derivata di tutti gli atti successivi, compresa l'aggiudicazione.

4.2 Le resistenti obiettano anzitutto che il servizio in questione rientra tra i

'contratti esclusi' di cui all'allegato II B del D. Lgs. 163/2006, e dunque

rispetto ad esso il Codice degli appalti trova applicazione nei ristretti limiti

indicati dall'art. 20, che non prevede l'obbligo di pubblicità delle sedute

della Commissione.

Ad avviso del Collegio il principio di pubblicità delle sedute di gara è

funzionale alle preminenti esigenze di trasparenza che devono guidare ogni

tipologia di attività amministrativa, in applicazione dell'art. 97 della

Costituzione: poiché la regola discende in via diretta dai canoni

costituzionali di imparzialità e di buon andamento, è stato ritenuto che la

pubblicità delle sedute delle Commissioni di gara costituisce principio

generale della materia dei contratti pubblici che, in quanto tale, deve essere

esteso anche ai settori speciali (cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. VI -

3/12/2008 n. 5943), a nulla rilevando che per essi il D. Lgs. 163/2006 non

detta alcuna disposizione ad hoc sulla pubblicità, in quanto la sua ratio

ispiratrice è comune ad ogni procedura concorsuale di scelta del contraente.

Peraltro il principio di pubblicità costituisce 'principio generale dell'attività

amministrativa' ex art. 1 della L. 241/90, e come tale informa tutta la

disciplina della c.d. evidenza pubblica, dalla fase preliminare dell'indizione

della gara fino alla sua conclusione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III-ter -

896/2009; T.A.R. Lazio Roma, sez. III-ter - 951/2008)" (così, T.A.R.

Lombardia (Brescia) sez. II, 9 dicembre 2009, n.2510).

È anche confermato come per gli appalti nei servizi esclusi sia comunque necessaria la pubblicazione di un bando e una fase di valutazione delle manifestazioni di interesse e della valutazione delle offerte: “2.1.3. *Ma se la procedura all’origine dei fatti di causa resta disciplinata dalle più elastiche previsioni di cui al richiamato articolo 20 (il quale non contempla l’applicazione delle disposizioni in tema di procedure di scelta richiamate dall’appellante), ne consegue evidentemente che non sussistano i profili di illegittimità paventati dalla stessa appellante, così come la lamentata violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio (di cui, invero, l’appellante stessa lamenta la violazione senza tuttavia individuare le puntuali disposizioni che nel caso in esame risulterebbero violate).*”

Vero è che, ai sensi del comma 1 dell’articolo 27 del previgente ‘Codice’, ‘l’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (...).”

Ma è anche vero che (entro gli elastici limiti di cui al richiamato articolo 20) la procedura all’origine dei fatti di causa non sembra aver violato i richiamati limiti generali, se solo si consideri:

- che l’avviso relativo all’indizione della procedura in questione risulta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea in data 27 novembre 2014;

- che l’articolazione della procedura in due fasi (la prima finalizzata essenzialmente all’acquisizione di manifestazioni di interesse corredate dalla

documentazione idonea ad attestare l'idoneità all'espletamento del servizio e la seconda finalizzata ad esaminare la possibilità di affidare il servizio a uno o più soggetti), pur nella sua oggettiva peculiarità, sembra aver assicurato a tutti i concorrenti parità di informazioni e di condizioni partecipative” (C.d.S., Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3909).

Quanto alla specifica violazione dell'obbligo di invitare almeno cinque ditte *“per principio giurisprudenziale in materia che può dirsi consolidato, e dal quale, nella piena condivisione, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi in questa sede, anche se i servizi inclusi nell'allegato II B del d. lgs. n. 163/2006, ai sensi dell'articolo 20 del decreto medesimo, sono quasi totalmente esclusi dal suo ambito di applicazione, tuttavia, anche con riguardo agli affidamenti che riguardano questa tipologia di prestazioni, le amministrazioni sono tenute a rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, che impongono l'instaurazione di un confronto concorrenziale fra un numero di imprese non inferiore a cinque di cui al successivo articolo 27 (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 11-4-2013, n. 930; T.A.R. Lazio - Roma, sez. III quater, 8-7-2008, n. 6443)”* (così, T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 agosto 2014, n. 8921; cfr. pure, T.A.R. Campania, Salerno, 8 marzo 2012, n. 456).

Tutto ciò non si è verificato nel caso di specie, sicché deve ritenersi che la presente fattispecie costituisca un affidamento diretto senza pubblicazione di bando al di fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 57, D. Lgs. n. 163 del 2006.

7. Sulla base di tali premesse, occorre accertare quali siano le conseguenze di tali violazioni delle norme pubblicistiche dettate a presidio

della correttezza e dell'imparzialità nella scelta del contraente privato sui contratti ("Convenzione di gestione") del 7 agosto 2015, e sulla locazione ad esso funzionale; contratti rispetto ai quali entrambe le parti traggono gli inadempimenti reciprocamente contestati e le conseguenti pretese azionate nel presente giudizio arbitrale.

Secondo costante giurisprudenza, *"una volta ravvisata la totale omissione della procedura di evidenza pubblica imposta al fine di addivenire alla conclusione del contratto a trattativa privata, va richiamata la costante giurisprudenza di questa Corte secondo cui (cfr. Cass. n. 24640/2016) il mancato ricorso all'evidenza pubblica, per omissione del procedimento di selezione del contraente o della forma scritta del contratto, ne comporta la nullità, ex art. 1418 c.c., comma 1, per violazione di norma imperativa.*

In termini, si veda anche di recente Cass. n. 11446/2017, secondo cui in tema di appalto di opere pubbliche, il contratto che sia stato stipulato a seguito di trattativa privata è nullo ex art. 1418 c.c., comma 1, per contrarietà alle norme imperative che prescrivono il ricorso alle regole dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente, a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione. Ne risulta quindi confermata la correttezza della soluzione raggiunta dai giudici di merito che hanno appunto riscontrato la nullità dei contratti in esame a causa dell'omessa attivazione della procedura di evidenza pubblica, sulla base delle identiche considerazioni che hanno indotto questa Corte a pervenire alla soluzione della nullità" (Cass. civ., Sez. II, 15 gennaio 2018, n. 715).

In ulteriori pronunce, la Suprema Corte ha ribadito la conseguenza della nullità dei contratti pubblici stipulati senza previo esperimento di gara,

anche prescindendo dai risvolti penali che le fattispecie possono presentare (cfr., ad esempio, Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672 e Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11446).

Anche il giudice amministrativo afferma costantemente che *“la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c., del contratto di appalto per contrasto con le norme imperative in materia di procedimenti di evidenza pubblica -tali essendo quelle attinenti alla fase di scelta del contraente che, nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica, è regolata da norme di diritto pubblico (C.d.S., V, 5 marzo 2003, n. 1218)-, discendente dalla violazione dell’art. 25 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, può essere rilevata d’ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c. quando ciò sia necessario per la decisione della lite (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 02 maggio 2004, n. 2775)”* (T.A.R. Lazio, Sez. II, 6 febbraio 2007, n. 905).

In conclusione, la *“Convenzione di Gestione”* del 7 agosto 2015 deve essere giudicata nulla ex art. 1418 c.c. per violazione di norme imperative di legge individuabili negli artt. 20, 27, 30, 57, 65, 68 e 225 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché 3, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e 37, comma 1 R.D., 23 maggio 1924, n. 827.

8. Chiarito quanto sopra, perde evidentemente rilievo il secondo punto, evidenziato alle parti nell’ordinanza n. 2, ossia se il contratto in parola possa essere giudicato nullo anche in riferimento al combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c. avuto riguardo alle seguenti ulteriori circostanze:

a. l’oggetto del contratto, che è individuato all’art. 1 mediante il mero riferimento alla *“Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma”* sottoscritta soltanto in data 21 agosto 2015;

b. il corrispettivo del servizio, che è determinato all'art. 2 *“nella stessa misura di quanto riconosciuto dall'Amministrazione comunale a Farmacap”*, ossia in un importo non ancora quantificato per mancanza, alla data del 7 agosto 2015, della *“Convenzione tra Farmacap e Comune di Roma”*.

8.1. Invero, nella Convenzione di Gestione del 7 agosto 2015 si fa riferimento alla *“...nuova Convezione tra Farmacap ed il Comune di Roma regolante i rapporti tra le parti in merito al funzionamento della struttura educativa aziendale accreditata di Via M.E. Bossi. Con assunzione, da parte di Farmacap e, di conseguenza, da parte del Soggetto gestore, di tutti gli obblighi ed impegni scaturenti dal Disciplinare per l'Accreditamento ai fini del convenzionamento di strutture educative private, approvato con la predetta Deliberazione di Giunta Comunale n. 400/2007”*.

8.2. Anche il corrispettivo del servizio in appalto non è quantificato nella Convenzione ma *“è fissato nella stessa misura di quanto riconosciuto dall'Amministrazione Comunale a Farmacap”* (art. 2).

8.3. La *“Convenzione con struttura educativa per posti offerti ad utenza municipale, a seguito di accreditamento”* tra Farmacap e Roma Capitale è stata sottoscritta soltanto in data 21 agosto 2015, successivamente, quindi, alla stipula della *“Convenzione di gestione”* di giorno 7.

In essa si fa riferimento a *“n. 49 posti offerti all'utenza municipale, su una capienza complessiva di n. 52 posti”*, e per quanto concerne gli ulteriori aspetti si rinvia alla deliberazione 5 agosto 2015, n. 266, con la quale sono stati approvati il *“Disciplinare per l'accREDITamento nell'Albo di Roma Capitale di strutture educative private – nidi e spazi BE.BI. – rivolte al segmento 0-3 anni”* e il *“Disciplinare per il convenzionamento di strutture*

educative private – nidi e spazi BE.-BI – rivolte al segmento 0-3 anni”.

8.4. Alla data della sottoscrizione della Convenzione di Gestione del 7 agosto 2015 la presupposta convenzione tra Farmacap e Roma Capitale ancora non esisteva, perché sottoscritta soltanto il 21 successivo.

Premesso ciò, se è vero che il 5 agosto (quindi, due giorni prima della sottoscrizione della “Convenzione di Gestione”) la Giunta capitolina aveva già approvato il “*Disciplinare di convenzionamento*” contenente la descrizione della modalità di erogazione dei servizi *de quibus* (e che quindi le parti potevano averne avuta conoscenza in via di fatto) è anche vero che alla data del 7 agosto non si aveva alcuna contezza di quale fosse il numero dei bambini sottoposti a convenzionamento dal Comune per la struttura di Via Bossi (che, infatti, non è andato oltre i 49, pur a fronte di un numero di 52 potenziali fruitori del servizio indicati nella “Convenzione di Gestione”).

Quindi, al 7 agosto 2015 le parti potevano conoscere soltanto le prestazioni richieste al gestore nel “*Disciplinare di convenzionamento*” approvato dalla Giunta municipale giorno 5 e la misura del rimborso per bambino in quel documento previsto (art. 3 “*contribuzione economica*”) a carico del Comune, ma non potevano conoscere il numero dei posti determinato solo con il successivo Convenzionamento tra Roma Capitale e Farmacap (ed infatti, nella Convenzione si parla di 52, così come nel presente giudizio il R.T.I. gestore chiede di essere remunerata per tutti e 52 i bambini ancorché la convenzione tra Farmacap ed il Comune offra copertura finanziaria solo per 49).

Alcuni elementi del contratto erano, pertanto, indeterminati.

Secondo giurisprudenza, “*in quanto fondate sul riferimento ad atti*

esterni alla convenzione, e dalla stessa non richiamati, tali modalità di ricostruzione della comune intenzione delle parti si pongono in contrasto con il principio, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità in tema di contratti degli enti pubblici, secondo cui la volontà di questi ultimi dev'essere desunta esclusivamente dal contenuto dell'atto, interpretato secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., non potendosi fare ricorso alle deliberazioni degli organi competenti, le quali assumono rilievo ai fini soli del procedimento di formazione della volontà, attenendo alla fase preparatoria del negozio e risultando pertanto prive di valore interpretativo o ricognitivo delle clausole negoziali (cfr. Cass., Sez. 3, 24/07/2013, n. 17946; 10/10/2007, n. 21265; 29/11/2005, n. 26047).

L'esclusione di tale valore trova ulteriore giustificazione nel requisito della forma scritta, imposto a pena di nullità per la stipulazione di tali contratti, il quale impedisce di fare riferimento, a fini interpretativi, al contenuto di atti estranei al documento contrattuale, a meno che gli stessi non risultino espressamente richiamati dalle parti, in tal modo conferendo rilievo esclusivo al criterio ermeneutico fondato sull'individuazione del significato letterale delle espressioni usate, interpretate le une per mezzo delle altre ed attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto, con la conseguente esclusione della possibilità di tener conto del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione, nella misura in cui lo stesso sia ritenuto idoneo ad evidenziare la formazione di un consenso al di fuori dello scritto stesso (cfr. Cass., Sez. 2, 7/06/2011, n. 12297; 11/03/2004, n. 4975; Cass., Sez. 1, 11/05/2007, n. 10868). Censurabile, in quest'ottica, appare anche il ricorso a deliberazioni adottate da uno degli

enti in epoca successiva alla conclusione del contratto, ed attinenti alla fase esecutiva del rapporto, che, in quanto aventi carattere unilaterale, non risultano utilizzabili ai sensi dell'art. 1362 c.c., comma 2: tale disposizione, infatti, nell'attribuire rilevanza ermeneutica alla condotta tenuta dalle parti dopo la stipulazione, si riferisce soltanto a quella di cui siano stati partecipi entrambi i contraenti, escludendo pertanto che la comune intenzione degli stessi possa emergere dall'iniziativa di uno solo di essi, corrispondente ai suoi personali disegni (cfr. Cass., Sez. 1, 19/07/2012, n. 12535; Cass., Sez. 3, 12/01/2006, n. 415; Cass., Sez. 2, 13/09/2004, n. 18352)" (Cass. Civ., Sez. I, 9 maggio 2018, n. 11.160).

8.5. Ritiene in merito la Servizi Dragona che fossero determinati comunque gli elementi essenziali del contratto, e che dalla Convenzione di Gestione si potessero ricavare i contenuti prestazionali oggetto del contratto e la misura del corrispettivo. Nelle proprie difese l'attore afferma in sostanza che questi contenuti erano determinati *per relationem* alla delibera della Giunta comunale del 5 agosto precedente. Pur essendo la questione assorbita da quanto sopra evidenziato in ordine alla nullità per contrarietà a norma imperativa, occorre anche ribadire le considerazioni e perplessità sopra svolte in ordine all'inammissibilità di simili forme di eterointegrazione di un contratto di appalto pubblico.

9. Un ultimo profilo da analizzare è la sorte del contratto di locazione dell'immobile di via M.E Bossi stipulato lo stesso 7 agosto 2015.

Se le forme utilizzate per la locazione di tale immobile (avviso al pubblico di Farmacap dell'11 giugno 2015 e proposta di locazione del R.T.I. del 19 successivo) possono essere considerate sufficienti per la perfezione del

vincolo contrattuale, appare tuttavia evidente come tale negozio fosse strettamente funzionale e strumentale alla Convenzione di Gestione. Siffatta considerazione non è solo frutto di considerazioni logiche, ma di quanto espressamente dichiarato da entrambe le parti nei relativi atti.

Nelle premesse della “Convenzione di Gestione” “tra le parti si conviene espressamente che i singoli contratti di locazione delle tre strutture, sottostanti alla presente convenzione di gestione quadro, avranno decorrenza dal momento in cui l’amministrazione comunale autorizzerà l’attività ed il convenzionamento di ogni singola struttura, e pertanto resta inteso che le singole decorrenze contrattuali potranno anche avere date diverse, pur auspicando le parti contraenti che si possa aggiungere [sic, n.d.r.] ad una decorrenza unica dal primo Settembre 2015. I tre contratti di locazione, allegati al presente accordo, ne formano parte integrante”.

All’art. 15 della medesima Convenzione “le parti si danno espressamente atto che la presente convenzione è sottoscritta nel reciproco interesse, ed è sottostante al bando per la manifestazione d’interesse pubblicato da Farmacap in data 11 giugno 2015, per la locazione delle tre strutture indicate in premessa. Il mancato convenzionamento di ogni singola struttura fa decadere l’interesse del Soggetto Gestore alla locazione della struttura interessata e pertanto la convenzione ed i sottostanti contratti di locazione troveranno attuazione solo per le strutture per le quali sussistano tutte le condizioni date”.

L’art. 4 dei contratti di locazione affermano che “resta espressamente inteso tra le parti che la decorrenza effettiva del contratto, ed il conseguente pagamento del canone, avverrà contestualmente al convenzionamento da

parte dell'Amministrazione Comunale ed all'assegnazione alla struttura dei bambini convenzionati in misura analoga a quanto previsto dalla convenzione stessa".

È evidente, quindi, che per le parti la locazione assumeva senso e contenuto giuridico solo in quanto strumentale all'appalto del servizio: mancando quest'ultimo, la locazione non era efficace (cosa che peraltro si è verificata con riferimento agli altri due locali).

Anche la condotta dei paciscenti durante la maturazione dei fatti di causa – e anche successivamente nella fase contenziosa, compresa ovviamente la presente – ha dimostrato come entrambi abbiano considerato unitariamente i due vincoli contrattuali e il rapporto locativo del tutto servente e privo di autonomia rispetto al principale contratto di appalto.

In conseguenza, la nullità della "Convenzione di Gestione" determina anche la nullità del rapporto locativo.

10. Dalle superiori premesse, rimangono soltanto da verificare le conseguenze in ordine alle domande articolate dalle parti in causa.

10.1 Il R.T.I. attore ha posto a base di tutte le proprie richieste l'inadempimento di controparte "*alle obbligazioni assunte verso Dragona S.r.l.*" con "*riferimento alla Convenzione di Gestione ed ai contratti di locazione*" (domanda "A" dell'atto di accesso agli arbitri e della prima memoria). Ha quindi chiesto la risoluzione per inadempimento degli stessi contratti di locazione (domanda "B") e il risarcimento dei danni derivanti dalle presupposte inadempienze contrattuali (domanda "C"), con gli ulteriori accessori (domande "D" ed "E").

10.2. Anche le domande riconvenzionali di Farmacap muovono

dall'accertamento dello “*inadempimento della Servizi Dragona srl e del RTI cit. [per] dichiarare la risoluzione di tutti i contratti sottoscritti tra Farmacap ed il RTI cit e Servizi Dragona*” con la conseguente condanna al risarcimento dei danni (cfr. la “*Memoria di risposta con domanda riconvenzionale*” e la “*Prima memoria*”). Nella memoria del 25 gennaio 2021, inoltre, Farmacap ha chiaramente specificato a pag. 9 di insistere in tutte le domande risarcitorie soltanto “*nell'ipotesi in cui il Collegio adito ritenesse non sussistenti le ipotesi di nullità che hanno carattere di pregiudizialità...*”.

Pertanto, acclarata la nullità del rapporto, non vi sono in questa sede domande risarcitorie o restitutorie sulle quali il Collegio debba pronunciarsi.

10.3. L'accertata nullità *ex art. 1421 c.c.* di entrambi i contratti determina, pertanto, il rigetto di tutte le domande svolte dalle parti in ragione della inidoneità dei contratti a spiegare effetti giuridici e a creare vincoli sinallagmatici.

11. Le spese del giudizio, in ragione della reciproca soccombenza, possono essere integralmente compensate tra le parti.



Quanto sopra premesso e ritenuto,

il Collegio arbitrale

pronunciando in via definitiva:

- 1) dichiara nulli la “*Convenzione di Gestione*” e i “*Contratti di locazione*” sottoscritti dalle parti in data 5 agosto 2015;
- 2) per l'effetto, rigetta le domande svolte da entrambe le parti in via principale e in via riconvenzionale.
- 3) Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

4) Pone a carico di ciascuna parte nella misura del 50%, con vincolo di solidarietà, gli onorari degli Arbitri e il compenso del Segretario.

5) Manda al Segretario del Collegio di depositare il presente Lodo presso la Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici.

Così deciso in Messina e Roma in conferenza telematica degli arbitri in data 18 e 25 febbraio 2021 e 25 marzo 2021 all'unanimità dei componenti del Collegio arbitrale.

Prof. Avv. Antonio Saitta (Arbitro con funzioni di presidente)

Avv. Augusta Ciminelli (Arbitro)

Avv. Alberto Costantini (Arbitro)

Dott. Ippolito Pucci (Segretario del Collegio arbitrale)