

Deliberazione n. 70 Adunanza del 16 novembre 2010

Rif. Fasc. 891-10

Oggetto: Contratto di appalto per il servizio di Construction Management (CM) per l'assistenza al D.L. ai sensi degli articoli 125, 126 e 127 del D.P.R. 554/99, nonché misurazione, contabilità, pianificazione, controllo qualità e coordinamento sicurezza in fase di esecuzione dei lavori per la realizzazione del Nuovo Centro Congressi EUR S.p.A..

Stazione appaltante: EUR S.p.A.

Esponente: ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera (affidataria servizio di Construction Management)

Rif. normativo principale: Art. 240 D.lgs. n.163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori;

Considerato in fatto

L'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. ha formulato in data 12 maggio 2010 una diffida ad adempiere nei confronti di EUR S.p.A.; con tale diffida l'ATI ha lamentato "ingiusti danni e maggiori oneri economici" nell'esecuzione della prestazione indicata in oggetto e, conseguentemente, ha chiesto l'avvio di un procedimento di accordo bonario, ex art. 240 del Codice dei contratti pubblici, richiamando la formulazione di riserve per oltre € 12.000.000,00 rispetto ad un importo contrattuale di € 6.407.862,78.

La diffida è stata inviata p.c. anche alla Procura della Corte di Conti e all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, per i profili di rispettiva competenza.

Successivamente è pervenuta all'Autorità, assunta al prot. n. 39755 del 16.6.2010, la nota con cui il Responsabile del procedimento ha riscontrato la diffida dell'ATI, evidenziando di non aver dato seguito agli adempimenti previsti dall'art. 240 del Codice, avendo valutato le riserve iscritte come inammissibili e manifestamente infondate.

A seguito di apertura di istruttoria La Direzione Vigilanza Lavori ha invitato il Responsabile del procedimento a fornire, in aggiunta a quanto già comunicato con la richiamata nota, informazioni e chiarimenti, supportati dalla relativa documentazione.

Nel contempo l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A., con nota acquisita al prot. dell'Autorità n. 47800 del 21.7.2010, ha contestato quanto affermato dal Responsabile del procedimento di EUR S.p.A., rilevando l'assoluta genericità e pretestuosità del diniego all'avvio del procedimento di accordo bonario; ha evidenziato, inoltre, come il medesimo avesse procrastinato l'accesso, da parte dell'ATI, a documenti rilevanti, quali quello con cui lo stesso avrebbe espresso il giudizio di inammissibilità delle riserve. Con successiva nota inviata per fax in data 21.7.2010, ha evidenziato che avrebbe avuto accesso alla documentazione richiesta ad EUR S.p.A. in data 8.8.2010, e, la necessità, pertanto, di un prolungamento dei termini per il deposito di proprie memorie.

Eur S.p.A. ha dato riscontro alla richiesta di informazioni con nota assunta al prot. 51743 del 9.8.2010. Con tale nota il Responsabile del procedimento ha fornito, in particolare, le proprie considerazioni, ai sensi dell'art.240, comma 4 del D.Lgs. 163/2006, con un documento che indica di essere aggiornato a giugno 2010; ha richiamato inoltre, allegandola, la propria nota del 10.3.2010, con la quale aveva respinto l'avvenuta fatturazione dell'ATI di parte delle somme richieste a risarcimento delle riserve iscritte, fornendo riscontro della posizione della Committenza.

Con la predetta nota è stata, tra l'altro, richiamata la precedente comunicazione di Eur S.p.A. all'Autorità in data 30.7.2010, con cui l'Ente aveva comunicato la caducazione del contratto, allegando copia della sentenza del TAR Lazio - Sez. Terza Bis n.12075/2009 del 22.10.2009, che ha accolto il ricorso proposto dall'ATI Coteba S.a.s./ Progetti Europa Global, contro Eur S.p.A. e nei confronti dell'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A., per l'annullamento del provvedimento in data 11.1.2008, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione del servizio di Construction Management in argomento e di tutti gli atti, presupposti e comunque collegati.

Infine, l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. ha presentato proprie memorie, corredate di documentazione, con nota assunta al prot. dell'Autorità n.52769 del 18.8.2010; con tale nota, oltre a richiedere un intervento dell'Autorità, ai fini dell'avvio della procedura di accordo bonario, ha contestato la comunicazione nel frattempo ricevuta da EUR S.p.A. di caducazione del contratto, ritenendo che il TAR abbia disposto, a favore della ditta ricorrente, il solo risarcimento del danno per equivalente, ponendone il pagamento a carico dell'Ente EUR S.p.A. "avendo questo dato causa al comportamento illecito".

Dalle informazioni e dalla documentazione acquisita, si rileva quanto segue.

Eur S.p.A., nell'ambito dei lavori per la realizzazione del Nuovo Centro Congressi, ha ritenuto di incaricare quale Direttore dei lavori un proprio dipendente e di affidare, invece, in relazione alla complessità dell'intervento, ad un operatore esterno il compito di assistenza alla direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione.

Il corrispettivo della prestazione è stato stabilito in € 7.199.845,82, di cui € 1.136.917,76 per spese

(importi IVA esclusa).

A seguito di procedura ad evidenza pubblica, con pubblicazione del bando di gara sulla GUCE in data 7.8.2007, sulla GURI in data 13.9.2007 e, nella stessa data, sui quotidiani nazionali "Sole 24 Ore" e "Corriere della Sera" e sui quotidiani regionali "La Repubblica" e "Il Messaggero", l'incarico è stato aggiudicato all'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A., per l'importo di €6.407.862,78 in data 11.1.2008. Il contratto è stato stipulato in data 21.4.2008.

Secondo quanto indicato dal Responsabile del procedimento, alla data del 31.5.2010 sono stati eseguiti lavori per un importo pari a € 65.504.647,77 (29,35% dell'importo contrattuale di €230.012.689,37), al quale corrisponde un importo del servizio in argomento espletato di €1.952.481,22.

L'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. ha formulato contestazioni, nel tempo ampliate e aggiornate, con le quali ha principalmente lamentato come la prestazione fornita, per effetto di uno stravolgimento del programma di esecuzione dei lavori, sia divenuta maggiormente onerosa, mentre, oltre al servizio stabilito, la prestazione ha contemplato attività anche di project management e project control, delle quali non è stata prevista la remunerazione.

In particolare, l'ATI ha evidenziato come fosse inizialmente prevista una durata del servizio da effettuare di 42 mesi, di cui 36 per il servizio nel corso dell'esecuzione dei lavori e 6 per l'assistenza alle operazioni di collaudo.

Di fatto l'esecuzione dell'opera si è sviluppata con enorme ritardo e l'originario termine di compimento delle opere si è prolungato, con conseguente estensione temporale della prestazione a carico dell'ATI (secondo quanto indicato da quest'ultima, dall'avvio del servizio, nel gennaio 2008, ad agosto 2010, trascorsi 31 mesi su 36 contrattuali, l'avanzamento dei lavori è stato di solo il 29%). La fondatezza e la gravità delle anomalie registrate in sede di esecuzione lavori, nonostante l'appalto si sia svolto sulla base di un progetto esecutivo validato, trova conferma, secondo l'ATI, anche nelle riserve formulate dall'appaltatore, 45 riserve per un importo di 73 milioni di euro, e nella proposizione, da parte dello stesso, di due varianti c.d. "migliorative".

Inoltre, la S.A. ha imposto altre due varianti (una contrattualizzata e una in corso di definizione da oltre nove mesi) ed ha sospeso gran parte dei lavori.

Ne è derivata, secondo l'ATI, una enorme mole di documentazione prodotta dalla stessa (635 documenti di verifica del progetto costruttivo, per un totale di 4835 osservazioni descritte in 967 pagine), di contro al modesto avanzamento dei lavori e, quindi, al corrispettivo riconosciuto per il servizio svolto.

Il Responsabile del procedimento ha fornito le proprie considerazioni, ai sensi dell'art.240, comma 4 del D.Lgs. 163/2006, con un documento che indica di essere aggiornato a giugno 2010.

Le considerazioni, riferite alle riserve formulate dall'ATI con varie note e raccomandate, in ultimo con Raccomandata del 10.5.2010, preliminarmente hanno richiamato l'art. 2.5 del Contratto tra EUR S.p.A. e ATI, che stabilisce la "prevalenza delle previsioni del contratto su quelle eventualmente peggiorative per il Committente contenute nell'Offerta medesima".

Hanno evidenziato, quindi, come le riserve, alcune delle quali, tra l'altro, formulate in difformità alle prescrizioni dell'art. 18.2 del contratto, che impongono l'invio delle stesse con Raccomandata AR, o intempestive, siano da ritenersi infondate alla luce delle statuizioni contrattuali, in particolare della determinazione degli onorari per il servizio in argomento non collegata alla durata del rapporto contrattuale.

Relativamente alla mancata attivazione della procedura di cui all'art. 240 del Codice dei contratti, il Responsabile del procedimento ha evidenziato come la norma non preveda l'automatica attivazione della procedura al solo verificarsi di riserve di importo superiore al 10% di quello contrattuale, ma ponga, invece, l'obbligo in capo al R.P. di verificare preliminarmente l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve.

A seguito della sentenza del TAR Lazio - Sez. Terza Bis, n.12075/2009 del 22.10.2009, la stazione appaltante, il Consiglio di amministrazione di Eur S.p.A. ha deliberato in data 7.6.2010 di prendere atto della caducazione del contratto con l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A..

Ritenuto in diritto

La norma richiamata dall'esponente - l'art. 240 del D.lgs. n.163/2006 - deriva dalle disposizioni già precedentemente contenute nell'art. 31-bis della L.109/94 e s.m.i.; concepite per appalti di lavori, come risulta anche dalla lettura dell'art. 240 del Codice dei contratti pubblici, dette disposizioni sono state estese dall'ultimo comma del medesimo articolo (comma 22) ad appalti di servizi e forniture, "in quanto compatibili", con l'avvertenza che "le competenze del direttore dei lavori spettano al direttore dell'esecuzione del contratto".

Inoltre, l'art. 18 del contratto sottoscritto tra Eur S.p.A. e l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. precisa le modalità con cui l'affidatario deve presentare eventuali riserve o contestazioni e che queste saranno definite ai sensi dell'art. 240 del D.lgs. n.163/2006.

Nel caso specifico, pertanto, il ricorso a tale forma di definizione del contenzioso, oltre ad essere ammissibile in base alle disposizioni di legge vigenti, è stato contrattualmente previsto.

Il responsabile del procedimento ha precisato, richiamando l'art. 4 del contratto sottoscritto, che Direttore dei lavori e Responsabile unico del Procedimento coincidono rispettivamente, per il contratto di servizi in argomento, con il Direttore dell'esecuzione del contratto e con il Responsabile del contratto.

Il puntuale richiamo a tale modalità di definizione delle riserve, contenuto nell'art. 18 del contratto,

avrebbe imposto un analogo puntuale rispetto della procedura stabilita dall'art. 240 del Codice. L'Autorità, si evidenzia, si è più volte espressa circa la necessità di attivazione del procedimento, qualora, a seguito dell'iscrizione di riserve, l'importo economico dell'opera possa variare in misura non inferiore al 10%.

Con determinazione n.5 del 30.5.2007, l'Autorità ha evidenziato come il responsabile del procedimento, a tal fine, debba "valutare con attenzione, prima di attivare il procedimento dell'accordo bonario, la fondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale, avvalendosi anche di supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda", precisando, quindi, come l'attivazione del procedimento sia sottoposta a preliminare valutazione del responsabile del procedimento e non sia, pertanto, automatica o obbligatoria in base al mero importo delle richieste avanzate dall'impresa. Tuttavia, con deliberazione n. 249 del 17.9.2003 (Linee guida, conformi alle norme e ai principi, necessarie per assicurare l'esercizio dell'attività di accordo bonario), l'Autorità ha anche evidenziato come il responsabile del procedimento debba valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve "con la celerità che si conviene allo spirito di tale procedura".

Pur registrandosi come il responsabile del procedimento, con propria nota del 10.3.2010, avesse già respinto l'avvenuta fatturazione dell'ATI di parte delle somme richieste a risarcimento delle riserve iscritte, fornendo riscontro della posizione della Committenza, il comportamento dello stesso, al ripetersi delle contestazioni dell'impresa, mostra alcune carenze nella mancanza di adeguata celerità nell'esame delle ulteriori contestazioni avanzate dall'ATI e di tempestività nel riscontro alla stessa; le considerazioni del RUP ai sensi dell'art.240, comma 4 del D.Lgs. 163/2006 fanno riferimento ad un aggiornamento alla data "giugno 2010" e sono state rese disponibili per l'ATI solo in data 8.8.2010. Nel merito delle contestazioni avanzate dall'ATI, si riscontra come le stesse siano state formulate con riferimento all'enorme ritardo con la quale si è sviluppata l'esecuzione dell'opera, che avrebbe conseguentemente determinato una imprevedibile estensione temporale della prestazione a carico dell'ATI, nonché sullo stravolgimento del programma di esecuzione dei lavori (interessati da varianti e riserve), che avrebbe reso maggiormente onerosa la prestazione di construction management in argomento, contemplando anche attività di project management e project control, delle quali non era stata prevista la remunerazione.

Con il documento predisposto ai sensi del comma 4 dell'art. 240, il Responsabile del procedimento ha ritenuto di valutare tali contestazioni quali infondate, richiamando le previsioni contrattuali che legano il corrispettivo all'importo dei lavori eseguiti e non alla durata degli stessi.

Al riguardo, si evidenzia come l'attività dell'Autorità nella fase di esecuzione dei contratti pubblici sia mirata essenzialmente ad assicurare la economicità ed efficiente esecuzione degli stessi, verificando a tal fine la corretta attuazione delle procedure previste dal D.lgs. n.163/2006 e dalle ulteriori disposizioni in materia; esula, invece, dalle competenze dell'Autorità l'espressione di pareri sulle questioni oggetto di contenzioso in corso di esecuzione, ove non strettamente correlata alle finalità di cui sopra.

Pertanto, accertato, sia pure con le osservazioni di cui sopra, che il responsabile del procedimento ha dato attuazione ai compiti attribuitigli dall'art. 240 del D.lgs. 163/2006, non si ravvisano ulteriori margini di intervento per l'Autorità.

Nel caso specifico, inoltre, si riscontra che, a seguito della sentenza del TAR Lazio - Sez. Terza Bis, n.12075/2009 del 22.10.2009, la stazione appaltante ha preso atto della caducazione del contratto con l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A.

Infatti, il TAR Lazio, con la citata sentenza, ha accolto il ricorso proposto dall'ATI Coteba S.a.s./ Progetti Europa Global, contro Eur S.p.A. e nei confronti dell'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A., per l'annullamento del provvedimento in data 11.1.2008, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione del servizio di Construction Management in argomento e di tutti gli atti, presupposti e comunque collegati.

Il dispositivo della sentenza condanna l'amministrazione appaltante al risarcimento dei danni a favore dell'ATI ricorrente nella misura e con le modalità indicate nelle motivazioni, ove viene disposto e quantificato il risarcimento del danno per equivalente.

Secondo l'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. il TAR avrebbe, in tal modo, rigettato la domanda della ricorrente tendente a conseguire il risarcimento del danno in termini di reintegrazione in forma specifica e, quindi, a subentrare nell'espletamento della residua parte del servizio; ciò determinerebbe, pertanto, la prosecuzione del rapporto in essere tra la stessa ed EUR S.p.A..

Dalla lettura dell'intero corpo della sentenza si rileva (punto 2.7) come la domanda di risarcimento dei danni sia stata avanzata dal ricorrente dapprima sotto forma di equivalente pecuniario e poi, con la memoria conclusiva, in termini di reintegrazione in forma specifica, sotto forma di subentro nell'esecuzione, in ragione del fatto che "alla fine di maggio 2009 risultano realizzate opere minimali".

Il Collegio, al riguardo, non ha ritenuto di poter accordare la misura risarcitoria nella modalità rivendicata dal ricorrente atteso che la *regula juris* ex art. 2058 c.c., pur rimettendo al danneggiato la scelta tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente, riserva tuttavia al giudice la possibilità che il risarcimento avvenga solo per equivalente se la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore.

Tale risulterebbe il caso di specie, afferma il Collegio, in quanto, poiché si è comunque dato luogo all'esecuzione dei lavori, non può escludersi "in via probabilistica, che nell'attualità detti lavori si trovino in un più significativo stato di avanzamento".

Si rileva, pertanto, come la sentenza rigetti la richiesta del ricorrente di reintegrazione in forma specifica avanzata con la memoria conclusiva a tutela dell'amministrazione, atteso che questa, in ragione del tempo trascorso, potrebbe risultare eccessivamente onerosa; tuttavia, la decisione, per le motivazioni addotte, non appare di conferma alla prosecuzione del rapporto in essere.

Il giudice amministrativo ha, infatti, in primo luogo accertato la carenza in capo all'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A. dei requisiti di esperienza professionale ritenuti dalla S.A. necessari per lo svolgimento del servizio e stabiliti nel bando di gara; il proseguo del servizio, pertanto, non risulterebbe coerente con tale esigenza.

Inoltre, il giudice amministrativo ha posto in evidenza come l'ATI, in quanto già aggiudicataria del servizio di supporto al responsabile unico del procedimento non avrebbe potuto essere destinataria del servizio di supporto alla direzione dei lavori per l'esecuzione della medesima opera.

Ciò non solo per quanto evidenziato dal ricorrente circa il fatto che l'incarico di supporto al responsabile del procedimento deve ritenersi aver interessato anche la fase di elaborazione degli atti di gara per il servizio di direzione dei lavori e di indizione della stessa, gara poi aggiudicata al medesimo soggetto di supporto al responsabile del procedimento; il TAR ha, infatti, evidenziato che "l'attività del responsabile del procedimento si correla necessariamente a quella del direttore dei lavori, nel senso che l'esercizio dei poteri del primo postula il preventivo svolgimento delle attività e delle funzioni del secondo, donde la necessità dell'attribuzione di dette funzioni a soggetti distinti". Al riguardo, l'art. 119, comma 2, del d.lgs. n.163/2006 prevede, per i lavori, che il regolamento di cui all'art. 5 del medesimo d.lgs. stabilisce le tipologie e gli importi massimi per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il direttore dei lavori.

L'art. 7, comma 4 del Regolamento (D.P.R. 554/99) stabilisce che le due figure possano coincidere solo per interventi di importo non superiore a 500.000,00 euro.

Il TAR ha convenuto, pertanto, che "ad un medesimo soggetto non possa attribuirsi la contestuale veste di supporto al responsabile del procedimento e di direttore dei lavori, pena la rilevata commistione di funzioni foriera di un possibile conflitto di interessi, atteso...che il soggetto chiamato a vigilare sulla direzione dei lavori si avvale per tale attività del medesimo soggetto di cui si avvale il direttore dei lavori per le attività sottoposte alla vigilanza del responsabile del procedimento".

Le disposizioni richiamate pongono in evidenza l'obbligatorietà, per interventi di non modesta entità, di soggetti distinti per lo svolgimento dei compiti di responsabile del procedimento e di direttore dei lavori; le disposizioni, come evidenziato anche dal TAR, trovano motivazione in esigenze concrete per una corretta esecuzione dei lavori, atteso che al responsabile del procedimento e al direttore dei lavori sono attribuiti compiti diversi ma complementari.

E' noto, infatti, che talune circostanze tipiche dell'esecuzione degli appalti presuppongono iniziative da parte della direzione dei lavori, alle quali corrispondono valutazioni e conseguenti provvedimenti del responsabile del procedimento. Può farsi riferimento, a titolo meramente esemplificativo, al caso in cui si renda necessaria una variante in corso d'opera: mentre è rimesso al direttore dei lavori il compito di promuovere la redazione della variante, al responsabile del procedimento è demandato di accertare le cause, le condizioni e i presupposti che, a norma di legge, consentono di disporre tale variante (art. 134 D.P.R. 554/99).

In definitiva, la deliberazione con cui Eur S.p.A. ha preso atto della caducazione del contratto trova fondamento nelle motivazioni della sentenza del giudice amministrativo, per cui, anche in relazione a tale circostanza, non si ravvisano margini di intervento per l'Autorità.

Si rileva, infine, come l'esponente abbia richiamato, funzionalmente alle proprie contestazioni, criticità dell'appalto dei lavori in corso; in particolare:

- l'esecuzione dell'opera si è sviluppata con enorme ritardo, tant'è che si registra un avanzamento dei lavori di circa il 30%, pur essendo quasi trascorso il tempo stabilito per il completamento delle opere;
- l'appaltatore ha formulato 45 riserve per un importo di 73 milioni di euro ed ha proposto due varianti c.d. "migliorative";

- la S.A. ha imposto altre due varianti (una contrattualizzata e una in corso di definizione da oltre nove mesi) ed ha sospeso gran parte dei lavori.

Inoltre, si è potuto appurare come il TAR Lazio, nell'accogliere il ricorso proposto dall'ATI Coteba S.a.s./ Progetti Europa Global, contro Eur S.p.A. e nei confronti dell'ATI Drees & Sommer A.G. / Ecosfera S.p.A., abbia condannato l'amministrazione appaltante al risarcimento dei danni a favore dell'ATI ricorrente per un importo pari al 5% dell'importo offerto dal ricorrente (oltre interessi e 50% delle spese di lite).

In ragione di quanto sopra, pur rilevando l'assenza di ulteriori margini di intervento per le specifiche circostanze segnalate dall'esponente, si ravvisa l'opportunità di specifici accertamenti da parte della Direzione Vigilanza Lavori relativamente ai lavori di esecuzione del Centro Congressi dell'EUR.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- non ravvisa margini di intervento in relazione alle specifiche questioni di interesse dell'esponente;
- in relazione alle criticità nell'esecuzione dei lavori segnalate dall'esponente dispone specifici accertamenti da parte della Direzione Vigilanza Lavori.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2010

Il Segretario : Maria Esposito