Pubblicato il 27/04/2021

N. 01052/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02239/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2239 del 2020, proposto da Società Comi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Zibido San Giacomo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via della Posta, 8;

nei confronti

Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L; non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n. 88 del 27.11.2020, pervenuta a mezzo pec, in pari data, del Responsabile del Settore Lavori Pubblici e Manutenzione Straordinaria del Comune di Zibido San Giacomo, di revoca dell'aggiudicazione dei lavori di

realizzazione Nuova Scuola Secondaria di I grado- Via Quasimodo/Via Longarone, disposta con determinazione n. 43 del 22.04.2020, in favore dell'impresa COMI S.r.l. con sede in Via San Leonardo , 52- Salerno P.IVA 03577530656, di incameramento della cauzione provvisoria presentata dall'impresa ai sensi dell'art. 93, comma 5, D.lgs. 50/2016, di richiesta di rimborso delle spese per la pubblicazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.M. 2.12.2016, di segnalazione del provvedimento all'ANAC, e di riserva di ogni ulteriore valutazione ai fini del risarcimento del danno.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Zibido San Giacomo;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2021 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Visto l'art. 25 D.L. 28.10.2020, n. 137, convertito con L. 18.12.2020, n. 176;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I.1) Con determina n. 26 del 19.02.2020, il Comune di Zibido San Giacomo ha indetto una procedura per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una nuova scuola secondaria in Via Quasimodo/Via Longarone, per un importo a base d'asta di € 4.013.933,19, aggiudicata all'odierna ricorrente, con un ribasso del 25,353% sull'importo a base di gara (determinazione n. 43 del 22.04.2020).
I.2) Con note del 22.9, del 9 e del 15.10.2020, quest'ultima ha subordinato la propria diponibilità a stipulare il contratto, a talune modifiche, a suo dire, rese necessarie da sopravvenienze normative legate all'emergenza sanitaria.

In particolare, la ricorrente ha evidenziato come la bozza del contratto non recasse alcun riferimento all'art. 207 del D.L. n. 34/2020, convertito con modifiche dalla L. n. 77/2020, che ha innalzato la percentuale dell'anticipazione, dal 20 al 30%, e sotto altro profilo, ha chiesto che le fossero riconosciuti ulteriori costi della sicurezza previsti dall'art. 8 c. 4 lett b) del D.L. n. 76/2020.

I.3) Con nota del 3.11.2020, la ricorrente ha comunicato alla stazione appaltante lo scioglimento dal vincolo dell'offerta, ai sensi dell'art. 31 c. 8 D.lgs. 50/2016, evidenziando come "la recrudescenza del contagio relativo all'emergenza sanitaria in atto, abbia comportato impossibilità oggettiva di attendere, nella dovuta serenità, alla realizzazione dell'appalto aggiudicato", che "a causa delle misure di protezione e contenimento già varate dal governo e di quelle di prossima emissione, si è concretata, anche tenendo conto della distanza interregionale, un'alterazione delle previsioni economiche e finanziarie che avevano condotto a produrre l'offerta", e che "conseguentemente, anche ai sensi dell'art. 91 c. 1 del D.L. n. 18/2020, convertito nella L. n. 27/2020, la Comi S.r.l. dichiara di ritenere non più attuabile tale offerta, stante la palmare eccessiva onerosità sopravvenuta di rendere la prestazione che rende, per l'effetto, l'appalto, non più congruo e remunerativo".

I.4) Con la determinazione impugnata, la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione, incamerato la cauzione provvisoria, richiesto il rimborso delle spese per la pubblicazione, e provveduto alla segnalazione all'ANAC.

II.1) Con il primo motivo, l'istante deduce la violazione dell'art. 32 c. 8 D.Lgs. 50/2016, nella parte in cui prevede che "se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto". Nel caso di specie, essendo l'aggiudicazione divenuta efficace il 26.6.2020, il termine di 60 giorni di cui all'art. 32 c. 8 cit., per la sottoscrizione del contratto e per la

vincolatività dell'offerta, è scaduto il 25.8.2020, ciò che, a suo dire, avrebbe precluso l'adozione della revoca impugnata.

II.2) Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta l'illiceità dell'operato tenuto dalla stazione appaltante, nella parte in cui non ha accolto le sue richieste di modifica del contratto, in particolare, come rappresentate nelle citate note del 22 settembre, del 9, e del 15 ottobre 2020.

II.3) Con il terzo motivo, l'istante censura l'illegittimità della determina n. 88/2020, nella parte in cui fa riserva di valutare l'eventuale azione risarcitoria nei suoi confronti, e con l'ultimo, in via derivata, l'invalidità dei provvedimenti consequenziali alla revoca, di incameramento della cauzione provvisoria, della richiesta di rimborso delle spese per la pubblicazione, e della segnalazione ad Anac.

III) In via preliminare, il Collegio dà atto di avere giurisdizione nella presente controversia, che ha ad oggetto un provvedimento di autotutela, e gli atti consequenziali allo stesso, a fronte del quale, la posizione del privato, è di interesse legittimo.

Per giurisprudenza costante, la fase che precede la stipula del contratto, e la sua esecuzione, resta infatti nel campo della giurisdizione del g.a. anche dopo l'aggiudicazione, che non equivale ad accettazione dell'offerta, e la cui efficacia, è comunque subordinata alla verifica del possesso dei requisiti (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7.6.2018, n. 3809).

Le vicende che precedono la stipulazione del contratto, appartengono ancora alla fase pubblicistica, ed in presenza dei presupposti, legittimano, l'attivazione dei poteri di autotutela fatti salvi dall'art. 32, c. 8, D.Lgs. n. 50/2016, posto a fondamento del provvedimento oggetto del presente giudizio, spettando al g.a. la cognizione della controversia sull'impugnazione dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione, emanati allorché il contratto non sia stato ancora concluso (T.A.R. Veneto, Sez. I, 16.10.2020, n. 952).

IV) Il primo motivo, con cui l'istante deduce la violazione dell'art. 32 c. 8 cit., è infondato.

In base a detta norma, "divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni (…). Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo".

Diversamente da quanto sostenuto dall'istante, detta norma si limita a riconoscere all'aggiudicatario la facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, nel termine ivi indicato, senza invece imporre alla stazione appaltante alcun divieto di revoca dell'aggiudicazione.

Al contrario, il tenore letterale dell'art. 32 c. 8 cit. è inequivoco nel fare salvo "l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti", che a loro volta, con riferimento a quanto disposto dall'art. 21 quinquies L. n. 241/90, consentono la revoca "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

Parimenti, il riconoscimento del potere di revoca dell'aggiudicazione definitiva, esercitato prima della stipula del contratto, è un dato incontestato anche in giurisprudenza (C.S. Sez. V, 31.12.2014, n. 6455, 13.3.2017 n. 1138, 22.8.2019, n. 5780).

V) Chiarito quanto precede, con lo scrutinio del secondo motivo, il Collegio è chiamato a valutare se la ricorrente avesse o meno titolo ad ottenere la modifica del contratto, in conseguenza della normativa emergenziale entrata in vigore successivamente all'aggiudicazione, ed in sostanza, la sussistenza dei presupposti

del provvedimento di revoca sanzionatoria oggetto del presente giudizio, adottato in conseguenza del suo rifiuto alla stipula.

V.1) Sotto un primo profilo, l'istante invoca il contenuto dell'art. 8, c. 4 lett. b), L. 11.9.2020 n. 120, di conversione del D.L. 16.7.2020 n. 76, secondo cui, vanno riconosciuti i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento.

Sotto altro aspetto, la ricorrente richiama l'art. 207 del D.L. 19.5.2020 n. 34, convertito con modificazione nella L. n. 77/2020, invocando la corresponsione dell'importo dell'anticipazione del prezzo al 30%, già previsto dall'art. 35 c. 18 del Codice dei Contratti al 20%.

Da ultimo, l'istante invoca l'art. 91 del D.L. 17.3.2020 n. 18, che all'art. 3 del D.L. 23.2.2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla L. 5.3.2020, n. 13, ha inserito il comma 6-bis, secondo cui "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

V.2) Osserva il Collegio che, in primo luogo, il comma 4 dell'art. 8 cit. subordina il riconoscimento die maggiori costi ivi indicati, "ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore" del D.L. n. 76/2020, e cioè, al 16.7.2020, non essendo quindi applicabile alla fattispecie per cui è causa.

Quanto all'incremento dell'anticipazione del prezzo da corrispondere all'appaltatore, di cui all'art. 207 cit., lo stesso non configura un suo diritto, quanto invece, una facoltà esercitabile dalla stazione appaltante ("può essere incrementato"), "nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziate per ogni singolo intervento a disposizione". La ricorrente non ha peraltro documentato, e neppure affermato, che la mancata tempestiva disponibilità delle

maggiori somme che, a suo dire, le avrebbero dovuto essere riconosciute dalla stazione appaltante, pari ad un incremento del 10% dell'anticipazione del prezzo, sia stata determinante, al fine di rendere antieconomica la stipulazione del contratto.

Da ultimo, neppure con riferimento a quanto previsto nel comma 6-bis della L. n. 13/2020, la ricorrente ha offerto alcun dato obiettivo da cui desumere, in conseguenza dell'emergenza sanitaria, un peggioramento della propria condizione patrimoniale, tale da precluderle l'esecuzione del contratto, limitandosi invece, del tutto genericamente, a richiamare lo stato di emergenza sanitario, ciò che tuttavia contravviene il principio secondo cui ciascuna delle parti ha l'onere di provare i fatti che allega e dai quali pretende far derivare conseguenze giuridiche a suo favore, e pertanto, l'eccessiva onerosità sopravvenuta che ha alterato il rapporto di proporzionalità tra le reciproche prestazioni.

VI) In conclusione, il rifiuto alla stipulazione del contratto da parte della ricorrente, è stato correttamente ritenuto ingiustificato dalla stazione appaltante, che ha conseguentemente dovuto revocare l'aggiudicazione, e procedere all'adozione degli atti consequenziali.

Anche il terzo ed il quarto motivo, in quanto contenenti censure proposte in via derivata, sono pertanto infondati, dovendosi in conclusione respingere il presente ricorso.

Quanto alle spese, sussistono giusti motivi per compensare le stesse tra le parti, in considerazione della novità delle questioni dedotte nel presente giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Mauro Gatti	**Domenico Giordano**

IL SEGRETARIO