

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Decadenza disposta dalla P.A. - Per asserito ingiustificato rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto - Nel caso di inoltro della richiesta dell'Amministrazione di sottoscrizione del contratto dopo la scadenza del termine ex art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - Illegittimità - Ragioni.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 254

“[...] L'art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che “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, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto [...] 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, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate [...]” (comma 8).

La norma è posta a tutela dell'aggiudicatario, il quale deve poter calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi, e perciò gli attribuisce la facoltà di svincolarsi dalla propria offerta, in alternativa all'azione avverso il silenzio, di cui agli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo, per ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere.

Nel caso di specie l'aggiudicazione, disposta con determinazione del 23 maggio 2022, è divenuta efficace in data 25 maggio 2022.

Il termine di sessanta giorni entro il quale il contratto avrebbe dovuto essere stipulato scadeva dunque domenica 24 luglio 2022.

Anche a volere considerare il termine prorogato al lunedì successivo, non può comunque attribuirsi rilievo alla nota dell'amministrazione del 25 luglio 2022, cui è stata allegata la bozza del contratto per la sottoscrizione: tale nota risulta essere stata protocollata in data 25 luglio 2022 ma è stata ricevuta alla ricorrente solamente il 28 luglio, dunque oltre il termine entro il quale doveva avere luogo la stipula (senza che la difesa dell'amministrazione resistente abbia chiarito di ragioni che hanno portato a un ritardo nell'invio della nota mediante posta elettronica certificata).

La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto considerare che, alla data in cui ha chiesto alla Mod. All. s.r.l. di sottoscrivere il contratto, il termine previsto all'art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 era ormai spirato ed era dunque facoltà dell'aggiudicatario sciogliersi da ogni vincolo [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Como;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2023 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione dirigenziale n.1052 del 23.5.2022 il Comune di Como ha aggiudicato alla Mod. All. s.r.l. i lavori di recupero di unità abitative adibite a servizi abitativi pubblici non assegnabili per carenze manutentive (lotto 1).

Dopo avere chiesto alla società la presentazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto, con pec del 28.7.2022, il Comune ha trasmesso alla Mod. All. s.r.l. la bozza del contratto per la sottoscrizione.

Con nota del 1°.8.2022 la società ha manifestato al Comune "la formale volontà di avvalersi della facoltà riconosciuta per legge di sciogliersi da ogni vincolo afferente la gara in oggetto, stante la previsione dell'art.32, c. 8, d.lgs. 50/2016".

Con determinazione n. 1787/2022 del 22.8.2022, il Comune di Como ha ritenuto insussistenti i presupposti per l'esercizio della facoltà di cui all'art. 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016, ritenendo che non fosse spirato il termine di sessanta giorni previsto dalla legge, decorrente dalla data del 25 maggio 2022, in cui la determina di aggiudicazione era divenuta efficace; inoltre, la pretesa della Mod.All s.r.l. è stata giudicata pretestuosa poiché la stazione appaltante si era immediatamente attivata, chiedendo all'operatore la documentazione necessaria per la stipula del contratto e poiché quest'ultimo ha prontamente ottemperato a tali richieste.

Il Comune ha quindi dichiarato la decadenza della Mod. All s.r.l. dall'aggiudicazione per rifiuto di stipulare il contratto, riservandosi di chiedere all'operatore il risarcimento del danno derivante da tale rifiuto.

La Mod. All. s.r.l. ha impugnato il provvedimento, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione e falsa applicazione dell'art.32, d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art.97 Cost. – violazione del giusto procedimento in tema di affidamento di appalti pubblici – violazione del principio di leale e corretta collaborazione pubblico/privato – eccesso di potere per inesistenza e falsità dei presupposti – travisamento dei fatti – mancata ponderazione della fattispecie concreta – difetto di motivazione – illogicità ed irrazionalità manifesta – perplessità: la stazione appaltante avrebbe dovuto riscontrare la nota del 1°.8.2022 con cui la ricorrente ha manifestato la volontà di avvalersi della facoltà prevista all'art.32, co.8, d.lgs. n. 50/2016, rappresentare le proprie

ragioni, instaurare un contraddittorio e diffidare la ricorrente alla stipula del contratto; solo un eventuale rifiuto dell'aggiudicataria avrebbe legittimato l'adozione del provvedimento di decadenza;

II. – violazione di legge (artt. 7, 10 e 10 bis e ss. legge 7.8.1990 n.241) – violazione del giusto procedimento. Violazione delle garanzie partecipative: ove la stazione avesse instaurato un contraddittorio con la ricorrente quest'ultima, piuttosto che incorrere in un provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, avrebbe dato corso alla stipula del contratto di appalto;

III. violazione e falsa applicazione dell'art.32, d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art.97 Cost. – eccesso di potere per inesistenza e falsità dei presupposti – travisamento dei fatti – mancata ponderazione della fattispecie concreta – difetto di motivazione – illogicità ed irrazionalità manifesta – perplessità: l'amministrazione non avrebbe rispettato il termine di sessanta giorni previsto all'art. 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 per la stipula del contratto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Como, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, la sua improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, per mancata impugnazione del provvedimento di nuova aggiudicazione della gara.

All'udienza del 18 gennaio 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

L'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'amministrazione resistente è infondata.

La mancata impugnazione del provvedimento con cui la stazione appaltante ha nuovamente aggiudicato la gara determina il venire meno, in capo alla ricorrente, dell'interesse a conseguire l'aggiudicazione ma non dell'interesse a vedere accertata la legittimità del provvedimento di decadenza, e, in particolare del presupposto dell'ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto: ciò, oltre che per il rilievo che la vicenda potrebbe avere sull'affidabilità professionale dell'operatore, per l'espressa riserva dell'amministrazione, indicata nel provvedimento impugnato e ribadita nelle memorie depositate in giudizio, di chiedere il risarcimento dei danni derivanti dal comportamento tenuto dalla ricorrente.

Si può quindi esaminare il merito del ricorso.

Con il terzo motivo viene contestata la sussistenza di un ingiustificato rifiuto alla stipula del contratto, da parte dell'operatore, stante il superamento del termine di sessanta giorni previsto all'art. 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 alla data in cui la Mod. All. s.r.l. ha ricevuto la pec con cui le veniva chiesto di sottoscrivere il contratto.

La censura è fondata.

L'art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che *“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, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto [...] 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, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate [...]" (comma 8).

La norma è posta a tutela dell'aggiudicatario, il quale deve poter calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi, e perciò gli attribuisce la facoltà di svincolarsi dalla propria offerta, in alternativa all'azione avverso il silenzio, di cui agli articoli 31 e 117 del codice del processo amministrativo, per ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere.

Nel caso di specie l'aggiudicazione, disposta con determinazione del 23 maggio 2022, è divenuta efficace in data 25 maggio 2022.

Il termine di sessanta giorni entro il quale il contratto avrebbe dovuto essere stipulato scadeva dunque domenica 24 luglio 2022.

Anche a volere considerare il termine prorogato al lunedì successivo, non può comunque attribuirsi rilievo alla nota dell'amministrazione del 25 luglio 2022, cui è stata allegata la bozza del contratto per la sottoscrizione: tale nota risulta essere stata protocollata in data 25 luglio 2022 ma è stata ricevuta alla ricorrente solamente il 28 luglio, dunque oltre il termine entro il quale doveva avere luogo la stipula (senza che la difesa dell'amministrazione resistente abbia chiarito di ragioni che hanno portato a un ritardo nell'invio della nota mediante posta elettronica certificata).

La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto considerare che, alla data in cui ha chiesto alla Mod. All. s.r.l. di sottoscrivere il contratto, il termine previsto all'art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 era ormai spirato ed era dunque facoltà dell'aggiudicatario sciogliersi da ogni vincolo.

Né, in assenza di un comportamento da parte dell'operatore che si ponga in contrasto con i doveri di correttezza e buona fede di cui all'articolo 1337 del codice civile e che incida sul mancato rispetto del termine previsto all'art. 32, può attribuirsi rilievo alla sola circostanza che la stazione appaltante si sia comunque tempestivamente attivata, chiedendo all'operatore la documentazione necessaria alla stipula del contratto. Che, nel caso di specie, la Mod.All. s.r.l. non abbia violato le regole di correttezza si evince da quanto viene affermato nello stesso provvedimento impugnato, in cui viene dato atto che la stessa – pur avendo formulato osservazioni inerenti i costi posti a base di gara – ha sempre celermente ottemperato alle richieste formulate dalla stazione appaltante.

Il provvedimento di decadenza, adottato sul presupposto della illegittimità del rifiuto della Mod. All. s.r.l. di stipulare il contratto, è pertanto viziato per violazione dell'art. 32, d.lgs. n. 50/2016.

Per le ragioni esposte la domanda di annullamento è fondata e deve essere, pertanto, accolta. Le ulteriori censure dedotte possono essere assorbite. Il provvedimento di decadenza deve essere conseguentemente annullato nei limiti del residuo interesse della ricorrente.

La domanda volta a ottenere il risarcimento del danno in forma specifica va respinta stante il provvedimento di nuova aggiudicazione, non impugnato dalla ricorrente. La domanda di risarcimento per equivalente è inammissibile e comunque infondata in quanto formulata – nell'epigrafe del ricorso – in maniera del tutto generica, senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi.

In considerazione della reciproca soccombenza e della peculiarità della vicenda le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

accoglie la domanda di annullamento e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;

respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

IL SEGRETARIO