

Publicato il 14/07/2022

N. 05991/2022REG.PROV.COLL.
N. 07285/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7285 del 2021, proposto da Comi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, 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 legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Anna Mazzoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1052/2021.

Visti il ricorso in appello e 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 3 marzo 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e Sbrana;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Comi s.r.l. è risultata aggiudicataria della gara indetta dal Comune di Zibido San Giacomo per l'affidamento dei lavori di realizzazione della Nuova Scuola Secondaria di I grado - Via Quasimodo/Via Longarone, per un importo a base d'asta di € 4.013.933,19 di cui € 3.913.933,19 soggetti a ribasso ed € 100.000, per oneri di sicurezza.
2. L'aggiudicazione è divenuta definitiva dal 26 giugno 2020, dopo che il RUP ha verificato il possesso di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi della Comi s.r.l.
3. Riferisce l'appellante che il Comune ha lasciato decorrere inutilmente il termine di 60 giorni prescritto per la sottoscrizione del contratto dall'art. art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 e dall'art. 23 del bando di gara.
4. Dopo circa tre mesi, con nota del 21 settembre 2020, il RUP ha indicato alla aggiudicataria le possibili date per la stipula, allegando la bozza di contratto.
5. Riferisce ancora l'appellante che la Stazione appaltante, nello schema negoziale, non aveva considerato le sopravvenute e mutate condizioni causate dalla crisi pandemica da Covid-19, comportanti l'obbligo di osservare, anche per l'appalto *de quo*, la normativa emergenziale per la prevenzione e contenimento del contagio, con tutti i necessari maggiori costi ed oneri, non previsti e non preventivabili al momento della presentazione delle offerte.
6. Comi s.r.l. ha quindi comunicato di non ritenere più né remunerativo né sostenibile l'appalto (nota pec del 22.9.2020) ma di poter eventualmente

sottoscrivere il contratto, se previamente adeguato alle sopravvenute normative emergenziali, espressamente rappresentando di non potersi gravare l'aggiudicataria di ulteriori costi ed oneri non computati e non conoscibili al momento della offerta, e derivanti dal rispetto delle misure anti contagio, in forza di un evento (pandemia) straordinario, impreveduto ed imprevedibile al momento della formulazione dell'offerta economica, certamente non imputabile alla medesima Comi s.r.l. (causa maggiore e/o stato di necessità).

7. Comi s.r.l. ha quindi invitato l'Amministrazione a prevedere:

a) l'aggiornamento del Piano di sicurezza e Coordinamento (PSC), con la individuazione delle misure integrative necessarie, dei relativi costi, del reperimento delle somme e delle modalità di liquidazione delle stesse (ex art. 8, comma 4, lett. b), L. 120 dell'11.9.2020, di conversione del d.l. 76/2020);

b) l'aumento dell'anticipazione sui lavori eseguiti dal 20% al 30% (ex art. 207 d.l. 34/2020, convertito con modificazioni nella L. 77/2020).

8. Il Comune ha mantenuto invariato lo schema contrattuale.

9. La Comi s.r.l. con nota pec del 3 novembre 2020 ha comunicato all'Amministrazione di considerare decaduto il vincolo dell'offerta.

10. Il Responsabile del Settore Lavori Pubblici ha quindi comunicato l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, con incameramento della cauzione e segnalazione del provvedimento all'Anac se la Comi s.r.l. non avesse sottoscritto il contratto.

11. La Comi s.r.l. ha quindi inviato osservazioni con le quali, oltre ad aver ribadito che alcuna responsabilità avrebbe potuto mai esserle imputata per la mancata stipula del contratto, ha ancora invitato l'Amministrazione, qualora avesse voluto mantenere in essere il rapporto, ad accogliere le richieste di adeguamento o, in alternativa, a differire la stipula del contratto fino al cessare dello stato d'emergenza, ovvero, in via subordinata, a presentare istanza congiunta di parere all'Anac, per evitare l'insorgere di controversie.

12. Il Responsabile del Settore Lavori Pubblici ha adottato la determinazione n. 88 del 27 novembre 2020 con la quale ha, contestualmente: revocato

l'aggiudicazione, disposto l'incameramento della cauzione provvisoria, richiesto il rimborso delle spese per la pubblicazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.M. 2.12.2016, disposto la segnalazione del provvedimento all'Anac, con riserva di ogni ulteriore valutazione ai fini del risarcimento del danno. In data 30 novembre 2020 ha adottato i provvedimenti consequenziali di incameramento della cauzione provvisoria (prot. n. 20519/2020), di segnalazione all'Anac (prot. n. 20547/2020) e di invito al pagamento delle somme di pubblicazione del bando e della aggiudicazione (prot. n. 20547/2020).

13. Avverso i provvedimenti sopra menzionati la Comi s.r.l. ha proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al T.A.R. Lombardia, Milano (R.G. n. 2239/2020) affidato ai seguenti motivi: “*I- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 21 –QUINQUIES E ART. 3 L. 241/90; ART. 32, COMMA 8, D.LGS. 50/2016, ART. 23 DEL BANDO DI GARA; ART. 91 D.L. 17.3.2020 n. 18, CONV. IN L. 24.4.2020 n. 27; ART. 97 COST.); ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI- DIFETTO DI ISTRUTTORIA- MOTIVAZIONE APPARENTE ARBITRARIETÀ – PERPLESSITÀ- SVIAMENTO); VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA- PROPORZIONALITÀ- ADEGUATEZZA- BUONA FEDE LEGITTIMO AFFIDAMENTO- CORRETTEZZA E COERENZA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO; II- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 21 – QUINQUIES E ART. 3 L. 241/90; ART. 32, COMMA 8, D.LGS. 50/2016, ART. 23 DEL BANDO DI GARA; ART. 91 D.L. 17.3.2020 n. 18, CONV. IN L. 24.4.2020 n. 27; ART. 97 COST.); ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI- DIFETTO DI ISTRUTTORIA- MOTIVAZIONE APPARENTE ARBITRARIETÀ – PERPLESSITÀ- SVIAMENTO); VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA- PROPORZIONALITÀ- ADEGUATEZZA- BUONA FEDE LEGITTIMO AFFIDAMENTO-*

CORRETTEZZA E COERENZA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO;
III- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 21 –QUINQUIES E ART. 3 L. 241/90; ART. 32, COMMA 8, D.LGS. 50/2016, ART. 23 DEL BANDO DI GARA; ART. 91 D.L. 17.3.2020 n. 18, CONV. IN L. 24.4.2020 n. 27; ART. 97 COST.); ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI- DIFETTO DI ISTRUTTORIA- MOTIVAZIONE APPARENTE ARBITRARIETÀ – PERPLESSITÀ- SVIAMENTO); VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA- PROPORZIONALITÀ- ADEGUATEZZA- BUONA FEDE LEGITTIMO AFFIDAMENTO- CORRETTEZZA E COERENZA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO; IV- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 21 –QUINQUIES E ART. 3 L. 241/90; ART. 32, COMMA 8, D.LGS. 50/2016, ART. 23 DEL BANDO DI GARA; ART. 91 D.L. 17.3.2020 n. 18, CONV. IN L. 24.4.2020 n. 27; ART. 97 COST.); ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI- DIFETTO DI ISTRUTTORIA- MOTIVAZIONE APPARENTE ARBITRARIETÀ – PERPLESSITÀ- SVIAMENTO); VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA- PROPORZIONALITÀ- ADEGUATEZZA- BUONA FEDE LEGITTIMO AFFIDAMENTO- CORRETTEZZA E COERENZA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO”.

14. Il TAR Lombardia, Milano Sez. I, con sentenza n. 1052 del 27 aprile 2021, ha respinto il ricorso.

15. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Comi S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di tre articolati motivi, rubricati: “I- ERROR IN IUDICANDO E IN PROCEDENDO- OMISSIONE DI PRONUNCIA- MOTIVAZIONE APPARENTE- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 32, COMMA 8, D.LGS. 50/2016, ART. 23 DEL BANDO DI GARA; ART. 21 –QUINQUIES E ART. 3 L. 241/90; ART. 64, COMMA 2, C.P.A.)- TRAVISAMENTO-

ERRONEITÀ- ILLOGICITÀ MANIFESTA; II- STESSA RUBRICA; III- STESSA RUBRICA”.

16. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, il Comune di Zibido San Giacomo che ha anche proposto appello incidentale affidato a due motivi rubricati: *“I. Error in iudicando: Erroneo rigetto dell’eccezione di difetto di giurisdizione. Erronea valutazione del presupposto e contraddittorietà”*; *II. Error in iudicando: erronea qualificazione del provvedimento impugnato come provvedimento di revoca ex art. 21 quinquies L. n. 241/1990”.*

17. Alla udienza pubblica del 3 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

18. Va preliminarmente esaminato l’appello incidentale proposto dal Comune di Zibido San Giacomo che ha sollevato due questioni:

- a) ha impugnato il capo della sentenza che ha respinto l’eccezione di difetto di giurisdizione;
- b) ha impugnato il capo della sentenza che ha qualificato come revoca ex art. 21 *quinquies* L. n. 241/1990 il provvedimento di decadenza impugnato da Comi s.r.l.

19. Quanto al primo profilo (la questione di giurisdizione) le argomentazioni del Comune non possono essere condivise.

19.1. Il TAR ha respinto l’eccezione già sollevata in primo grado sulla base del condivisibile assunto per cui 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, comma 8 del Codice dei contratti.

19.2. Questa Sezione ha più volte chiarito che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all’impugnazione dell’aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva fase contrattuale, concernente

l'esecuzione del rapporto (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171).

19.3. Nel caso che qui occupa il Collegio la determinazione n. 88 del 27 novembre 2020, intervenuta prima della stipula contrattuale, è sicuramente espressione di esercizio di potere che radica la giurisdizione del giudice amministrativo. Nei rapporti fra privato e amministrazione, allorché non vi sia una norma che attribuisce un diritto, l'esercizio di potere si specchia nell'interesse legittimo e non può che confrontarsi con la giurisdizione amministrativa.

20. Quanto al secondo profilo il Comune, da un lato condivide la sentenza, nella parte in cui essa ha affermato che il rifiuto alla stipula da parte di Comi s.r.l. è ingiustificato in ragione dell'insussistenza di un diritto alla modifica del contratto e ne chiede la conferma, dall'altro contesta la qualificazione del provvedimento impugnato in termini di revoca ex art. 21 *quinquies* L. n. 241/1990.

21.1. Anche questa censura, a parte la difficoltà di comprendere l'interesse alla sua coltivazione, è radicalmente infondata.

21.2. Il TAR ha correttamente qualificato il provvedimento adottato dal Comune come revoca e, d'altronde, non si vede come esso dovrebbe essere qualificato.

21.3. Anche in questo caso vi è giurisprudenza puntuale di questa Sezione che ha già avuto modo di affermare che nelle gare pubbliche è legittima la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto disposta dalla stazione appaltante a seguito del rifiuto, da parte dell'aggiudicatario, di stipulare il relativo contratto d'appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3054).

22. L'appello incidentale è pertanto infondato e si può passare all'esame dell'appello principale.

23. Quest'ultimo è affidato a tre motivi che possono essere di seguito sintetizzati.

24. Con il primo motivo l'appellante afferma che la sentenza sarebbe erronea, in fatto e in diritto, ma, prima ancora, sarebbe inficiata da omissione di pronuncia su un punto decisivo ai fini del giudizio.

24.1. Come emerge dalla riproposizione del ricorso introduttivo, il TAR era stato interessato dalla richiesta di annullamento di una "singolare" revoca sanzionatoria dell'aggiudicazione (determinazione n. 88 del 27.11.2020), con i consequenziali provvedimenti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Anac, comminata dal Rup di Zibido San Giacomo nei confronti della aggiudicataria Comi s.r.l., per asserito rifiuto di quest'ultima di sottoscrivere il contratto.

24.2. La denunciata "singolarità" è stata dedotta con articolate censure (I motivo di ricorso) sotto i profili del difetto assoluto dei presupposti, violazione di legge (art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 e art. 23 del bando) ed eccesso di potere per sviamento, in ragione, innanzitutto, delle particolari circostanze in cui il provvedimento impugnato è maturato ed è stato adottato, tali da escludere in radice e *de jure* qualsivoglia ipotesi di rifiuto imputabile alla Comi s.r.l. come di qualsivoglia altra ipotesi di inadempimento colpevole, ai sensi di legge e del bando.

24.3. L'aggiudicazione è divenuta efficace in data 26 giugno 2020, come attestato dallo stesso RUP, che ha verificato il possesso di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi della Comi s.r.l. Da tale data, decorreva, pertanto, il termine di 60 giorni per la sottoscrizione del relativo contratto, come prescritto dall'art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 e dallo stesso bando di gara (art. 23), con scadenza al 25 agosto 2020.

24.4. Il Comune, senza giustificare il suo operato, ha lasciato spirare interamente il termine di legge, senza invitare l'aggiudicataria alla sottoscrizione del contratto. Soltanto dopo che era passato un altro mese dalla scadenza del 25 agosto 2021, il RUP, con pec del 21 settembre 2020 ha indicato le possibili date per una stipula. Ma a questo punto, secondo l'appellante, essa non era più tenuta a concludere il contratto, e men che mai

un obbligo siffatto poteva esserle imposto, ben oltre il termine di legge, a mezzo di un atto amministrativo. Di tutto questo, secondo l'appellante, il TAR nulla avrebbe detto.

24.5. Il TAR non avrebbe fatto cenno:

a) del tardivo invito formulato dal RUP soltanto in data 21 settembre 2020, a termine ampiamente scaduto, ex art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 e art. 23 del bando;

b) dell'inutile decorso del termine, dopo la efficacia dell'aggiudicazione non imputabile alla aggiudicataria;

c) dell'inerzia immotivata ed ingiustificata del RUP che ha lasciato inutilmente spirare il termine del 25 agosto 2020 senza la sottoscrizione del contratto.

24.6. L'appellante prosegue nella sua lunghissima esposizione affermando che la Comi s.r.l., spirato il termine vincolante di legge, ha liberamente valutato i presupposti per esercitare la facoltà (*recte*: diritto potestativo) di sciogliersi da ogni vincolo, come poi ha fatto con la nota pec del 3 novembre 2020.

24.7. Anche qui il TAR avrebbe omesso ogni pronuncia nonostante la decisività e l'assorbimento delle censure (in ciò ravvisandosi antiggiuridicità della sentenza appellata per violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 64, comma 2, c.p.a.).

24.8. Prosegue ancora l'appellante, con argomenti talora ripetitivi, che l'omissione di pronuncia del TAR si riscontrerebbe per *tabulas*. L'inutile decorso del termine per la stipula del contratto è un fatto giuridico al verificarsi del quale l'ordinamento ricollega la produzione di un determinato effetto giuridico. alcuna ulteriore formalità è necessaria, se non quella prescritta dalla norma e, cioè, che la volontà dello scioglimento del vincolo sia manifestata per iscritto e con atto portato a conoscenza del destinatario. Ed è, appunto, quel che sarebbe avvenuto, nella specie, con la nota pec del 3 novembre 2020.

24.9. Soltanto dopo aver ricevuto la pec del 3 novembre 2020 il RUP ha preso atto della volontà della Comi s.r.l. di non sottoscrivere il contratto.

24.10. La trama argomentativa dell'appellante prosegue ancora, ribadendo concetti già più volte espressi (anche nella esposizione in fatto) e stigmatizza quello che sarebbe un provvedimento viziato del Comune che, invece di adeguare il PSC, come era suo dovere (ex art. 92, comma 1 lett. b) d.lgs. 81/2008), al fine di correttamente individuare ed allocare i maggiori costi ed oneri per la sicurezza e di introdurre i meccanismi correttivi previsti a sostegno delle imprese (aumento della anticipazione sui lavori eseguiti dal 20% al 30%, ex art. 207 d.l. 34/2020, convertito con modificazioni nella L. 77/2020), ha imposto alla Comi s.r.l., sotto la comminatoria della revoca dell'aggiudicazione e delle conseguenti gravissime sanzioni a carico della società, la sottoscrizione del contratto (nota prot. n. 18904 dell'11 novembre 2020).

25. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

25.1. Il TAR ha ritenuto infondato il primo motivo di ricorso con il quale si deduceva violazione dell'art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016 perché la norma farebbe comunque salvo l'esercizio di poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti e, quindi, il potere di revoca ex art. 21 *quinquies* L. 241/90.

25.2. L'appellante afferma che il TAR sarebbe incorso ancora in palese errore, di fatto e di diritto, e in travisamento, perché non si sarebbe reso conto che, nella specie, si era ben al di fuori del termine cogente di sottoscrizione del contratto, ex art. 32 comma 8, d.lgs. 50/2016 e art. 23 del bando (scaduto sin dal 25.8.2020, come detto). Ripete ancora una volta quanto già più volte ribadito nell'atto di appello e cioè che la Comi s.r.l. aveva già manifestato la volontà di considerare ad ogni conseguente effetto decaduto il vincolo dell'offerta (e ancora una volta cita la nota pec del 3 novembre 2020).

25.3. Pur ribadendo i medesimi argomenti più volte spesi, l'appellante si sofferma poi su una questione nuova. Non sarebbe applicabile in questo caso la revoca ex art. 21 *quinquies* L. 241/90, perché seppure il presupposto è da individuarsi nella diversa valutazione dell'interesse pubblico, nondimeno, la

previsione di cui all'art. 32 comma 8, d.lgs. 50/2016 ha carattere di specialità, che precluderebbe il successivo intervento del RUP in autotutela.

25.4. L'esercizio del diritto potestativo di sciogliersi da ogni vincolo, che l'art. 32 comma 8, d.lgs. 50/2016 riconosce all'aggiudicataria, come avvenuto nella specie, produce *ex se* gli effetti della cessazione del rapporto negoziale, con la conseguenza che su di essi non potrà sovrapporre la sua valutazione il RUP, soprattutto se, come in questo caso, il fine, secondo l'appellante, è quello di ribaltare sull'incolpevole aggiudicataria le responsabilità per la mancata sottoscrizione del contratto nel termine di legge.

25.5. La determina impugnata non potrebbe legittimarsi nemmeno ai sensi dell'art. 21 *quinquies* L. 241/90, perché il RUP non ha dato contezza alcuna di una sola ragione di interesse pubblico né ha ponderato in alcun modo la rilevanza degli interessi facenti capo alla Comi s.r.l.

26. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

26.1. L'impugnato argomentativo della sentenza poggia sul ritenuto obbligo della Comi s.r.l. di sottoscrizione del contratto e della ritenuta inidoneità delle giustificazioni addotte a supporto del ritenuto rifiuto.

26.2. Il TAR avrebbe errato perché le ragioni in base alle quali l'offerente decide di sciogliersi dal vincolo dell'offerta, ex art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016, in conseguenza del superamento del termine di conclusione del contratto, non devono essere accettate e/o condivise dalla Stazione appaltante. Alcun sindacato sulla idoneità delle stesse a giustificare il (presunto) rifiuto di stipula poteva esser svolto dal RUP, prima, e dal TAR dopo.

26.3. Ancora una volta l'appellante ripete argomentazioni già in precedenza svolte, soffermandosi sulla circostanza per cui la Comi s.r.l. aveva già esercitato il suo diritto potestativo di sciogliersi dal vincolo dell'offerta, senza che potesse incorrere in sanzione alcuna, allorquando era già ampiamente scaduto il termine di legge per la sottoscrizione del contratto di appalto.

26.4. Nella complessa trama argomentativa si rinviene, anche in questo caso, un elemento nuovo. L'appellante afferma che il termine di 60 giorni per la stipula del contratto, stabilito dall'art. 32 d.lgs. 50/2016, e, nella specie, anche dall'art. 23 della stessa *lex specialis*, è previsto a favore dell'impresa aggiudicataria. Ciò detto, si sofferma ancora una volta sul fatto che non vi fosse più alcun obbligo cogente di stipulare il contratto.

26.5. Espone poi che non può comunque condividersi quanto afferma il TAR, per il quale l'art. 8 comma 4 lett. b), L. 11 settembre 2020 n. 120, di conversione del d.l. 16 luglio 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, non sarebbe applicabile alla fattispecie per cui è causa, perché subordina il riconoscimento dei 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. Gli adeguamenti richiesti, per la loro natura di modifiche imposte da norme sopravvenute, con efficacia *erga omnes*, devono ritenersi ammissibili anche in corso di stipula.

26.6. Erroneo sarebbe anche il rilievo negativo della sentenza in ordine alla ritenuta non ammissibilità dell'anticipazione del prezzo al 30% prevista dall'art. 207 del Decreto Legge 34/2020, cd. “Rilancio”, convertito con modificazioni nella Legge 77/2020. Non vi sarebbe dubbio, invece, della doverosità di tale riconoscimento, su richiesta della aggiudicataria, in coerenza con la stessa *ratio legis* sottesa alla introduzione di tale misura con la finalità di dare liquidità alle imprese appaltatrici al fine di attenuare le difficoltà economiche determinate dall'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del contagio da Covid-19.

26.7. Con riferimento, poi, al presunto mancato assolvimento dell'onere della prova, in relazione alla previsione dell'art. 91 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (cd. “Cura Italia”), convertito in L. 24.4.2020 n. 27, che ha inserito il comma 6-bis all'art. 3 L. n. 13 del 5.3.2020, la sentenza appellata sarebbe erronea.

26.8. Diversamente da quanto affermato dal TAR, infatti, la norma ha carattere eccezionale, ed è posta a tutela del debitore, evitando che questi possa subire gli effetti negativi di impedimenti non imputabili alla propria sfera di rischio, prevenendo azioni e richieste di creditori insoddisfatti. Il debitore non deve provare il carattere della straordinarietà e della imprevedibilità dell'evento impeditivo. La norma, anzi, esclude l'onere documentale che invece ha richiesto il TAR.

26.9. Prosegue l'appellante, ripetendo ancora una volta, che le affermazioni del TAR sarebbero tutte *contra legem*, atteso che la Comi s.r.l. non era tenuta a giustificare il suo scioglimento da ogni vincolo, ex art. 32 comma 8 d.lgs. 50/2016, dopo che il RUP ha fatto scadere il termine di sottoscrizione del contratto, come risulta per *tabulas*.

27. Le censure, così ricostruite, possono a questo punto essere esaminate.

28. Partiamo da una questione preliminare, utile per fare ordine in tutta la complessa problematica sottoposta al Collegio. Da pagina 6 a pagina 21 dell'atto di appello la Comi s.r.l. riporta i motivi del ricorso di primo grado. Come noto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a. il ricorrente ha l'onere di specificare i motivi di appello, non potendo limitarsi a un generico richiamo delle ragioni già presentate dinanzi al giudice di primo grado, dovendo contestare specificamente sul punto la sentenza impugnata. Il fatto che l'appello sia un mezzo di gravame ad effetto devolutivo, non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nell'atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e, inoltre, i motivi per i quali le conclusioni del primo giudice non sono condivisibili, non potendo il ricorso in appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1308).

28.1. Va però precisato che l'appellante, dopo aver riportato i motivi dedotti in primo grado, ha poi diligentemente censurato la sentenza con plurimi motivi di appello che, da un lato, ripercorrono le argomentazioni svolte nel

giudizio di primo grado, dall'altro, contengono puntuali critiche alla sentenza gravata.

28.2. Fatta questa premessa, necessaria per individuare con precisione le questioni sottoposte al Collegio, si può passare ad esaminare congiuntamente i motivi di appello, che sono infondati.

28.3. Si deve partire precisando che l'infruttuoso decorso del termine di cui all'art. 32, comma 8, del d.gs. n. 50/2016 previsto per la sottoscrizione del contratto di appalto, più volte richiamato dall'appellante, non preclude affatto la possibilità di stipularlo, stante la natura meramente ordinatoria dello stesso.

28.4. Va poi ricordato che la giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel senso di ritenere che negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833).

28.5. Altra questione su cui fare chiarezza è che è vero quel che afferma ripetutamente l'appellante, e cioè che l'art 32 del codice dei contratti è posto a tutela dell'aggiudicatario, il quale deve poter calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi. Da questa corretta premessa, tuttavia, la Comi s.r.l. non trae una valida conclusione.

28.5.1. Di fronte all'inerzia dell'amministrazione che si sottrae all'obbligo di stipulare il contratto, l'operatore economico ha di fronte a sé due opzioni:

a) svincolarsi dalla propria offerta;

b) proporre azione avverso il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010 al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione pubblica a provvedere.

28.5.2. In entrambe i casi, il presupposto legittimante è l'inerzia dell'amministrazione, inerzia che qui non vi è stata.

28.6. Quel che è accaduto è ben altro e cioè che la Comi s.r.l. si è aggiudicata la gara pretendendo poi di stipulare un contratto diverso rispetto a quello scaturito dalla procedura ad evidenza pubblica. Prova di questo atteggiamento è il lungo carteggio intercorso tra l'appellante e il Comune, rivelatore di lunghe trattative (cui peraltro il Comune non era obbligato ad aderire) volte alla stipula di un contratto conforme alle richieste dell'operatore economico.

28.7. L'art. 32 comma 8 del Codice dei contratti, che l'appellante richiama a sostegno delle proprie ragioni, è una disposizione che si applica quando il contratto che l'amministrazione rifiuta di stipulare è quello scaturito dalla procedura di gara, non quello che l'operatore economico pretende di stipulare dopo le modifiche cui aspira.

28.8. La ripetuta manifestazione di volontà di addivenire alla stipula con condizioni contrattuali frutto di rinegoziazione tra le parti è del tutto incompatibile con quella di sciogliersi dal vincolo contrattuale con inesorabile inapplicabilità del più volte richiamato art. 32 comma 8 che, nella fattispecie, è del tutto inconferente.

28.9. Se si seguisse il ragionamento dell'appellante allora si dovrebbero ammettere alle gare persino offerte condizionate che, come noto, sono inammissibili. Secondo la consolidata giurisprudenza, ricorre l'offerta condizionata nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante: in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della *par condicio* e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento predisposto

dalla Stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato. Detta conformità non sussiste allorché il concorrente subordini appunto la sua adesione al contratto a condizioni non univoche ed estranee all'oggetto del procedimento o ad elementi non previsti nelle norme di gara o al capitolato (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3226). In questo caso, il concorrente ha presentato un'offerta e ha ottenuto l'aggiudicazione per poi condizionare la stipula contrattuale alla pretesa di modifiche alla stessa.

28.10. Va per inciso specificato che le modifiche contrattuali sono perfettamente ammissibili, ai sensi dell'art. 106 del codice dei contratti, naturalmente dopo la stipula contrattuale e ricorrendone i presupposti.

28.11. Le statuizioni del primo Giudice sono quindi da condividere poiché, in realtà, il comportamento dell'appellante si è risolto in un sostanziale rifiuto, contrario a buona fede, di sottoscrivere il contratto in termini congruenti con l'offerta presentata in sede di gara. Va peraltro precisato che l'appellante ribadisce più volte che il giudice di primo grado sarebbe incorso in una omessa pronuncia (lo ripete nell'atto di appello, a pagina 2 della memoria depositata il 5 ottobre 2021 e a pagina 4 della memoria depositata il 15 febbraio 2022). Ma non vi è alcuna omessa pronuncia. Come noto, il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado è configurabile e costituisce un tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione dell'art. 112 c.p.c., ma deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, così che esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo di impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2020, n. 6973).

28.12. Prive di fondamento sono poi in concreto le pretese di Comi s.r.l.

Partiamo da quella relativa ai maggiori costi derivanti dall'adeguamento del piano di sicurezza alle misure di contenimento dell'emergenza Covid. L'art. 8, comma 4, lett. b) del d.l. n. 76/2020, norma speciale, riferendosi "*ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del presente decreto*" presuppone l'avvenuta stipula contrattuale.

28.11. Come noto, una norma speciale può, secondo i casi, costituire una specificazione della norma generale, o invece fare eccezione alla norma generale. Una norma speciale che specifichi una norma generale non configura una antinomia (semmai una ridondanza). L'antinomia si presenta allorché, come in questo caso, la norma speciale fa eccezione alla norma generale.

Una norma speciale fa eccezione ad una norma generale allorché dispone, per una o più fattispecie incluse nel campo di applicazione della norma generale, una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale. In casi come questi, in realtà, non di norme speciali si dovrebbe parlare, ma più precisamente di norme eccezionali. Tale è l'art. 8 comma 4 d.l. 76/2020 che, difatti, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata in via analogica. Né può essere chiamata a sostegno una impraticabile interpretazione estensiva in questo caso dato che:

a) si fa interpretazione estensiva allorché si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale più immediato, ovvero lo si estende fino a coprire anche fattispecie che ricadono entro quella che viene definita un'area "di penombra";

b) si fa applicazione analogica allorché si applica una norma ad un caso che si riconosce come escluso dal suo campo di applicazione il che non è cosa diversa dall'elaborare una norma nuova inespressa (che è quello che in sostanza chiede l'appellante).

28.13. Veniamo alla non meno infondata pretesa relativa alla anticipazione del prezzo. L'art. 207 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni nella L. n. 77/2020, rubricato "*Disposizioni urgenti per la liquidità delle imprese*

appaltatrici?” non attribuisce alcun diritto all’operatore economico bensì una facoltà volta ad incrementare l’importo dell’anticipazione prevista dall’articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 30 per cento, *“nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante”*. Si tratta di una norma permissiva per l’amministrazione che rimuove un precedente obbligo (quello di limitare al 20% l’importo dell’anticipazione del prezzo dell’appalto prevista dall’art. 35, comma 18, del codice dei contratti).

28.14. Del tutto inconferente è poi il richiamo all’art. 3 comma 6-bis del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (comma introdotto dall’art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 *“Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici?”*, in vigore dal 30 aprile 2020, che così recita: *“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”*).

28.14.1. La disposizione, come noto, impone al Giudice di considerare gli inadempimenti contrattuali come non imputabili, e quindi tali da comportare l’esonero da responsabilità.

Tale esonero da responsabilità, che peraltro in questo caso non è applicabile perché si versa in una fase antecedente alla stipula contrattuale, deve essere valutato di volta in volta alla luce delle specificità del caso concreto, come correttamente statuito dal giudice di primo grado. Va peraltro precisato che, in ogni caso, l’applicazione della norma invocata richiede la valutazione del comportamento del creditore, il quale dovrà essere sempre e comunque improntato al principio della buona fede.

29. In definitiva, il rifiuto di stipulare il contratto a seguito di aggiudicazione di gara pubblica costituisce un fatto che, all’evidenza, può giustificare, come è avvenuto in questo caso, la revoca dell’aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato,

Sez. V, 22 agosto 2019, n. 5780) nonché l'escussione della garanzia provvisoria che può essere disposta qualora non si proceda alla stipula del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario. Quanto alla segnalazione ad Anac, trattandosi di un atto prodromico ed endoprocedimentale, esso non è impugnabile, poiché non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2022, n. 2518).

30. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello, esaminati anche i motivi riproposti, debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1052/2021.

31. Le spese del grado di giudizio possono essere compensate vista la novità di alcune delle questioni sottoposte al Collegio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale e l'appello principale e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1052/2021.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO