

Publicato il 05/07/2021

N. 05107/2021REG.PROV.COLL.
N. 07116/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7116 del 2020,
proposto da

Unyon Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dall'avvocato Raimondo Alaimo, con domicilio digitale
come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di Villafranca di Verona, in persona del Sindaco in carica,
rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Gattamelata e Riccardo Ruffo,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Gattamelata in Roma,
via di Monte Fiore, 22;

nei confronti

Impresa Co.Ant. s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione
Prima) n. 00576/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Villafranca di Verona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2021 il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza degli avvocati Raimondo Alaimo, Riccardo Ruffo e Stefano Gattamelata.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera di Giunta comunale del 17 ottobre 2014, n. 173 il Comune di Villafranca di Verona approvava lo studio preliminare/generale dei lavori di riqualificazione della pubblica illuminazione sul territorio comunale e con successiva delibera di Giunta comunale del 26 agosto 2015, n. 132 il progetto definitivo dei lavori relativi al c.d. primo stralcio.

Il progetto esecutivo, corredato dall'elenco dei prezzi unitari e l'analisi dei prezzi, veniva posto a gara ed aggiudicato con determina dirigenziale del 27 novembre 2015 n. 611, per essere completamente eseguito nei tempi previsti.

1.1. Con successiva delibera giuntale del 5 novembre 2018, n. 3199 era affidato al per. ind. Jacopo Tortelli l'incarico di elaborare la progettazione esecutiva dei lavori rientranti nel c.d. secondo stralcio; redatto il progetto definitivo-esecutivo, lo stesso veniva approvato con delibera di Giunta del 14 dicembre 2018, n. 219. Tra gli allegati al progetto vi era l'Elenco prezzi unitari.

1.2. Il Comune indiceva una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo ex art. 94, comma 4, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016, per l'aggiudicazione dei lavori di *“riqualificazione pubblica illuminazione del territorio comunale – 2° stralcio”*; l'importo complessivo dei lavori era di € 460.000,00 di cui € 310.000, oltre Iva per lavori posti a base d'asta e € 150.000,00 per *“somme a disposizione”*.

All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale 3 maggio 2019, n. 1303 il contratto era aggiudicato alla Unyon Consorzio stabile s.c.ar.l.

che aveva presentato la miglior offerta avendo proposto un ribasso di 21,339% pari a € 239.018,25 di cui € 232.876,39 per lavori e € 6.142,05 per oneri per la sicurezza.

1.3. Con nota del 26 maggio 2019 la ditta Clamar di Bongiorno Calogero, designata dal Consorzio quale esecutrice dei lavori, richiedeva al Comune chiarimenti sulla formulazione di taluni prezzi unitari ritenuti palesemente antieconomici e, in assenza di riscontro da parte dell'amministrazione, con nota del 12 giugno 2019, domandava l'indizione di una conferenza di servizi *“al fine di chiarire alcuni aspetti operativi dell'appalto”*. Il Comune, con nota del 14 giugno 2019, prot. 25506, precisato di non ritenere necessario alcun incontro, domandava (nuovamente: lo aveva già fatto con nota 24 maggio 2019 prot. 22584) la trasmissione della documentazione richiesta per la stipula del contratto d'appalto entro il termine del 28 giugno 2019, a pena di decadenza dall'aggiudicazione, fissando giorno e sede della stipula.

1.4. Dopo ulteriore scambio di note rivolte a ribadire le proprie posizione, il Comune di Villafranca, con determinazione dirigenziale del 30 luglio 2019, n. 2418 dichiarava la decadenza della Unyon Consorzio stabile s.c.a r.l. dall'aggiudicazione, disponeva l'incameramento della cauzione provvisoria e di dava comunicazione della disposta decadenza ad A.N.A.C.; con il medesimo provvedimento procedeva allo scorrimento della graduatoria finale.

1.5. Il provvedimento decadenziale era motivato per il rifiuto dell'aggiudicataria di procedere alla stipulazione del contratto quale dimostrato dalla mancata presentazione nel giorno fissato giustificato da ragioni ritenute *“del tutto pretestuose e immotivate”*; assumeva, infatti, l'amministrazione che aver acquisito, a provvedimento di aggiudicazione adottato, consapevolezza della antieconomicità della propria offerta era circostanza ascrivibile esclusivamente alla negligenza del Consorzio che aveva dichiarato nella domanda di partecipazione di aver preso visione e di accettare tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara e tutti gli elaborati progettuali, compreso il computo metrico. Aggiungeva, inoltre, che

l'aggiudicataria non aveva trasmesso nel termine stabilito la documentazione richiesta per la stipulazione del contratto.

2. Unyon Consorzio Stabile s.c.a r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con il quale domandava l'annullamento del provvedimento dirigenziale che aveva dichiarato la sua decadenza dall'aggiudicazione, nonché "*per quanto di interesse*" tutti gli atti del Comune che avevano preceduto l'indizione della procedura di gara.

2.1. Il ricorso era articolato in due motivi.

Con il primo motivo la ricorrente lamentava eccesso di potere e violazione dell'art. 26, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: contestava, in particolare, alla stazione appaltante di essere incorsa "*in gravi errori e violazioni*" per non aver seguito lo sviluppo della progettazione delineato dall'art. 26, comma 3, del codice dei contratti pubblici, tale per cui, elaborato il progetto preliminare e definitivo per la complessiva opera di riqualificazione dell'illuminazione pubblica cittadina ed eseguiti i lavori relativi al primo stralcio, si sarebbe dovuto solo procedere con la progettazione esecutiva dei lavori del secondo stralcio, ed aver invece acconsentito alla redazione di un nuovo progetto definitivo elaborato dal per. ind. Tortelli con riflessi rilevanti rispetto ai costi dell'appalto relativi al 2° stralcio perché paradossalmente diversi da quelli individuati per il 1° stralcio, e dunque con ricadute non indifferenti sulla fattibilità dell'opera.

Con il secondo motivo di ricorso lamentava la violazione dell'art. 23, commi 7, 8, 12 e 16, dell'art. 26, commi 1 e 4 e dell'art. 216, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché la violazione dell'art. 7, comma 2, del capitolato speciale di appalto allegato al progetto per varie ragioni: - il progetto definitivo ed esecutivo non erano stati redatti tenendo conto del prezzario regionale; - non era stata rispettata la prescrizione secondo cui è preferibile che lo svolgimento delle diverse fasi di un progetto sia affidato allo stesso soggetto, previa comunque verifica della coerenza tra le varie fasi della progettazione; - la determinazione dei prezzi unitari delle singole categorie di

lavoro, così come la determinazione del complessivo costo dell'appalto, non trovavano giustificazione, perché non erano stati formati con riferimento al prezzario regionale vigente per la Regione Veneto o comunque attraverso apposite analisi dei prezzi.

La ricorrente sosteneva, in conclusione, che, adottando atti prodromici alla procedura di gara illegittimi, la stazione appaltante aveva violato i suoi oneri di diligenza e correttezza, donde la sua responsabilità precontrattuale ed il conseguente obbligo di risarcimento dei danni che le aveva cagionato per aver incolpevolmente confidato nella correttezza degli atti preparatori.

2.2. Resistente il Comune di Villafranca di Verona, il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione prima, 8 luglio 2020, n. 576, dichiarava il ricorso in parte irricevibile per tardività e in parte infondato.

Precisamente, il ricorso era ritenuto irricevibile quanto alla domanda di annullamento del bando, del disciplinare di gara e di tutti gli atti preparatori della gara: essi non erano, come argomentato dalla ricorrente atti preparatori al provvedimento di decadenza e per questo impugnabili unitamente ad esso, ma atti appartenenti ad autonome sequenze procedimentali che non figuravano tra i presupposti del provvedimento di decadenza derivando quest'ultimo da vicende intervenute successivamente all'aggiudicazione imputabili alla condotta della stessa ricorrente che aveva rifiutato la sottoscrizione del contratto.

2.3. Era, invece, ritenuta infondata sia la domanda di annullamento del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione per essere questo *“la diretta e vincolata conseguenza della condotta della stessa ricorrente che ha rifiutato di sottoscrivere il contratto”* e giustificato, altresì, dal fatto che la ricorrente non aveva prodotto la documentazione richiesta a seguito dall'aggiudicazione, sia la domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale per mancanza dei presupposti di essa come definiti dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 5 del 2018; in particolare l'assunto della ricorrente secondo cui il prezzo a base d'asta sarebbe antieconomico e i lavori irrealizzabili a causa di un

comportamento colpevole dell'amministrazione sarebbe rimasto completamente indimostrato ed anzi evidentemente contraddetto da circostanze varie, tra le quali, in particolare, la significativa risposta del mercato dimostrata dalla presentazione di svariate offerte da parte di operatori economici.

Per aver, inoltre, avuto modo di conoscere tutti gli elementi rilevanti per la procedura di gara – ed in particolare, i prezzi unitari posti a base di gara dai quali desumere la complessiva remuneratività dell'appalto – e di valutarne l'effettiva convenienza, era da escludere che la sua condotta fosse supportata da una condizione di buona fede soggettiva ovvero di incolpevole affidamento circa l'esistenza dei presupposti sui quali fondare la sua offerta.

2.4. Il giudice di primo grado, ad ogni modo, escludeva profili di negligenza nella condotta dell'amministrazione prodromica all'indizione della gara, in quanto, da un lato, l'aggiornamento del progetto di fattibilità del secondo stralcio era stato giustificato dall'intervenuta modifica della normativa tecnica successivamente all'esecuzione dei lavori del primo stralcio e indotto dalle indicazioni dell'A.r.p.a.v. incidenti sui lavori da realizzare, e, dall'altro, per essere stata la fissazione della base d'asta effettuata sulla base delle effettive condizioni di mercato quali definite dalle analisi compiute nel 2015 in occasione del primo stralcio e dei ribassi ottenuti in quella sede.

3. Propone appello Unyon Consorzio stabile s.c. a r.l.; si è costituito il Comune di Villafranca di Verona; è rimasto intimato, come già in primo grado, la nuova aggiudicataria Impresa Co.Ant. s.r.l..

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm. cui è seguita replica del Comune.

All'udienza del 17 giugno la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello di Unyon Consorzio stabile s.c. a r.l. è articolato in tre motivi e, successivamente ad essi, nella riproposizione dei motivi del ricorso di primo grado.

1.1. Con il primo motivo l'appellante si duole della dichiarata tardività dell'impugnazione del bando, del disciplinare e di tutti gli atti preparatori della gara d'appalto; a suo dire il giudice non avrebbe adeguatamente considerato che, come espressamente precisato in ricorso, la loro impugnazione, quali atti presupposti del provvedimento decadenziale, era finalizzata al solo accertamento della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per violazione delle regole di correttezza e buona fede.

In sostanza quegli atti erano stati oggetto di impugnazione per dimostrare, dando prova della loro illegittimità, che la stazione appaltante aveva violato la sua libertà di autodeterminazione negoziale avendo bandito una gara in assenza di compiuta, preventiva e legittima istruttoria circa la fattibilità del progetto e sottoposto ai concorrenti un progetto non eseguibile.

In conclusione, precisa l'appellante, quella proposta in primo grado era una autonoma domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale "pura" della pubblica amministrazione in relazione alla quale andava vagliata la legittimità degli atti della procedura oggetto di impugnazione.

1.2. Nel successivo motivo d'appello, rivolto a far valere l'erroneità della sentenza per "*intrinseca illogicità della motivazione - violazione di legge (articoli 23,20 4,26 32,33 41 e 216 del d.lgs. 50/2016) - omessa valutazione della documentazione acquisita al processo*", la Unyon Consorzio stabile sostiene che il giudice si sarebbe limitato a dire il suo rifiuto a stipulare il contratto illegittimo per mancata produzione della documentazione richiesta dal Comune, senza considerare però che quel rifiuto trovava giustificazione proprio nella condotta tenuta dall'amministrazione nella fase di redazione del progetto e, precisamente, per l'avvenuta violazione delle disposizioni codicistiche in materia di determinazione e formazione dei prezzi contrattuali.

Contesta, poi, le considerazioni che hanno indotto il giudice di primo grado a dire corretto l'operato dell'amministrazione in fase di preparazione della gara: la modifica della normativa di riferimento prima dell'approvazione del

progetto relativo al secondo stralcio, come pure le indicazioni degli enti competenti, non avevano apportato alcuna variazione significativa alle norme vigenti alla data di approvazione del progetto generale ed esecutivo del primo stralcio, per cui la determinazione dei prezzi relativi al secondo stralcio non avrebbe potuto discostarsi da quelli posti a base del progetto relativo al primo stralcio.

Allo stesso modo, l'asserita fissazione della base d'asta alla luce delle condizioni di mercato come individuate nel 2015 in occasione dei lavori per il primo stralcio e dei ribassi ottenuti in quella sede si porrebbe in aperto contrasto con le disposizioni del codice degli appalti nella parte in cui stabiliscono le modalità con le quali debbono essere individuati i prezzi unitari per i lavori oggetto dell'appalto.

1.3. Con il terzo motivo d'appello, infine, oggetto di contestazione (per *“intrinseca illogicità della motivazione e per omessa valutazione del materiale probatorio acquisito al processo – violazione di legge per falsa applicazione (sotto altro profilo) degli artt. 23, 24, 26, 32, 33, 41 e 216 del Codice dei contratti pubblici vigente e violazione e falsa applicazione dell’art. 1229 c.c.”*) è il capo di sentenza nel quale si afferma indimostrata la colpa dell'amministrazione comunale nella predisposizione degli atti di gara: sostiene l'appellante di aver fornito prova del comportamento colpevole addebitabile all'amministrazione consistito nella violazione delle regole imposte dal codice dei contratti pubblici per la elaborazione progettuale e la determinazione dei prezzi, con conseguente lesione del suo affidamento legittimo nel buon operato dell'amministrazione ossia nella conformità del progetto posto a gara al progetto definitivo/generale come pure nella sua eseguibilità in senso economico.

Sarebbe in particolare illegittimo ed imputabile a colpa l'impiego delle percentuali di ribasso praticate in una gara precedente per la determinazione dei prezzi né si potrebbe ritenere che la colpevolezza dell'amministrazione venga meno per il fatto che il ricorrente abbia sottoscritto la clausola

dichiarativa della remuneratività dell'offerta economica in presenza di una palese violazione delle regole giuridiche imposte dal codice.

La condotta colpevole dell'amministrazione sarebbe ancor più dimostrata dal fatto che la nuova aggiudicazione era avvenuta in favore del concorrente ottavo in graduatoria in seguito al rifiuto espresso dei precedenti graduati e per il fatto che non era stata data prova della contrattualizzazione dell'esecuzione dei lavori e che si fosse dato corso ad essi.

2. I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati per la stretta connessione delle argomentazioni a sostegno delle censure proposte, sono infondati.

2.1. Con il primo motivo Unyon Consorzio stabile sostanzialmente assume vi sia stato un errore di qualificazione della domanda proposta: non aveva inteso proporre domanda di annullamento degli atti di gara (il bando, il disciplinare e le delibere giuntali che avevano preceduto l'indizione della gara), ma una autonoma domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della stazione appaltante e l'impugnazione degli atti prodromici alla gara era avvenuta in quanto la loro illegittimità integrava un presupposto – il comportamento negligente e colpevole dell'amministrazione – di tale forma di responsabilità; il giudice non avrebbe dovuto vagliarne la tempestività per rispetto del termine decadenziale in quanto autonomamente proponibile nel termine di cui all'art. 30 cod. proc. amm..

2.2. Senonché, l'errore di qualificazione della domanda proposta, seppure v'è stato, è imputabile alla condotta processuale del ricorrente, e, comunque, non ha comportato vizio di pronuncia per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 cod. proc. civ..

Dal primo punto di vista, occorre, infatti, considerare che, tanto nell'epigrafe del ricorso quanto nelle sue conclusioni, la ricorrente domandava al giudice di *“annullare gli atti impugnati previa loro sospensione per i motivi sopra esposti”*, così manifestando la volontà di proporre una domanda di annullamento, e che il giudice dava atto in sentenza del fatto che *“l'affermata mancanza di interesse ad*

ottenere l'annullamento degli atti impugnati...”, - evidentemente avvenuta successivamente alla proposizione del ricorso, non è specificato – non s’era tradotta in un “*apposito atto processuale di rinuncia all’impugnazione*”.

È sulla base di tali argomentazioni che il giudice ha ritenuto dovuta la pronuncia sulla domanda di annullamento degli atti di gara e ad essa prodromici e, prima d’ogni altra cosa, necessario vagliarne la tempestività, giungendo a concludere per l’irricevibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto.

2.3. Specialmente, però, è decisivo che il giudice abbia espressamente pronunciato sulla domanda di condanna dell’amministrazione comunale al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, dichiarandola infondata con ampie argomentazioni.

È questo che toglie concreto interesse alle critiche esposte dall’appellante: può ritenersi che egli abbia esposto i vizi di legittimità degli atti di gara e delle delibere giuntali nell’ambito dei fatti costitutivi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e, dunque, quale questione pregiudiziale in senso tecnico da risolvere per poter decidere la controversia, e che, dunque, non v’era da porsi la questione di rito dell’avvenuta impugnazione degli atti entro i termini decadenziale, ma quel che conta è che non vi sia stata omissione di pronuncia per erronea qualificazione della domanda, avendo il giudice di primo grado espressamente escluso ogni profilo di responsabilità in capo all’amministrazione.

2.4. E’ possibile, pertanto, esaminare il merito della controversia quale devoluta dagli ulteriori motivi di appello.

Si tratta, in sostanza, di verificare se, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, ricorrano profili di responsabilità nella condotta dell’amministrazione comunale che avrebbe elaborato i prezzi unitari dei lavori in affidamento in violazione delle regole imposte a tal fine dal codice dei contratti pubblici all’art. 23 del codice dei contratti pubblici; secondo l’appellante siffatta condotta, intervenuta nella fase precedente l’indizione

della gara e concretizzatasi poi negli atti di gara, darebbe luogo ad una responsabilità di natura precontrattuale rendendo giustificato il suo rifiuto di stipulare il contratto e dovuto il risarcimento del danno subito per aver preso parte alla procedura di gara.

2.5. Preliminarmente occorre riferire degli orientamenti consolidati in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5 ha fissato i seguenti punti:

- sussiste un dovere di correttezza e buona fede a carico dell'amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed anche per comportamenti che precedano la pubblicazione di un bando;
- il privato contraente non può limitarsi a dimostrare la buona fede soggettiva, intesa quale affidamento incolpevole sull'esistenza di un presupposto che avrebbe portato a maturare la scelta di compiere un'attività economicamente onerosa;
- deve invece dimostrare che la condotta dell'amministrazione, a prescindere dalla legittimità dei singoli atti, sia oggettivamente contraria a doveri di correttezza e lealtà;
- e che la stessa sia imputabile all'amministrazione in termini di dolo o di colpa;
- è necessario, infine, che dia prova del danno – evento (lesione della situazione soggettiva della libertà di autodeterminazione negoziale) e del danno – conseguenza (l'esistenza di perdite economiche) e che vi sia un rapporto di causalità tra l'uno e l'altro.

Le sentenze successive hanno ribadito tali concetti e fatto applicazione di essi in casi concreti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3458; V, 22 ottobre 2019, n. 7161; in caso di *project financing*: Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368; in caso di tardivo ritiro di un bando in autotutela quando

l'amministrazione era già da tempo a conoscenza dell'ineseguibilità dell'opera, cfr. Cons. giust. amm., sez. giuris., 23 novembre 2020, n. 1092; Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237).

In un caso è stata riconosciuta la responsabilità della stazione appaltante per aver messo a gara un progetto esecutivo di ristrutturazione di un'opera pubblica, rivelatosi, al momento dell'avvio del cantiere, assolutamente ineseguibile per il pregiudizio che ne sarebbe derivato alla stabilità stessa della *res*, così rendendo legittimo il rifiuto a stipulare il contratto espresso dall'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8731).

2.6. Unyon Consorzio stabile dice scorretta e contraria ai doveri di correttezza e lealtà la condotta tenuta dal Comune di Villafranca per aver individuato i prezzi unitari dell'opera, e, in base ad essi, il prezzo a base d'asta, in maniera tale da condurre gli operatori economici a formulare un'offerta antieconomica, e, d'altra parte, d'aver fatto incolpevole affidamento sul rispetto da parte della stazione appaltante delle regole fissate dal codice dei contratti pubblici per l'elaborazione dei prezzi per poi trovarsi, divenuta aggiudicataria, nell'impossibilità di eseguire l'opera con giusta remunerazione.

2.7. Ritiene, tuttavia, il Collegio che l'argomentazione esposta sia già in prospettiva poco persuasiva.

Ammesso pure che la stazione appaltante abbia indicato negli atti di gara un prezzo a base d'asta non remunerativo dell'attività prestata, non è certo incolpevole l'operatore economico che abbia partecipato alla gara con un'offerta al ribasso di detto prezzo.

Questi, infatti, è tenuto ad un dovere di correttezza e serietà non meno di quanto sia tenuta l'amministrazione e, dunque, a formulare la sua offerta in maniera consapevole e meditata; e quindi, prima di dichiarare il ribasso offerto, ad esaminare se le condizioni imposte dall'amministrazione consentano la effettiva remunerazione dell'attività svolta.

Non è un caso, infatti, che da tempo la giurisprudenza amministrativa – confermata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4 – abbia

specificato che, in deroga ai principi generali per i quali l'interesse ad impugnare il bando di gara sorge solo all'esito dell'altrui aggiudicazione poiché solo in quel momento l'operatore economico concorrente risulta aver definitivamente perduto il bene della vita cui aspirava (l'aggiudicazione del contratto), sia consentito, anche a chi non abbia presentato domanda di partecipazione, proporre impugnazione immediata del bando di gara qualora la stazione appaltante abbia ivi previsto condizioni tali da rendere impossibile proporre un'offerta remunerativa, data la natura immediatamente escludente di siffatte clausole (cfr. per ampie considerazioni sul tema Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004).

L'alternativa per l'operatore economico è quella di non partecipare affatto alla procedura di gara proprio perché consapevole di non essere in grado di proporre un'offerta realmente remunerativa.

Se, pertanto, l'operatore economico non impugna immediatamente il bando di gara (e gli ulteriori atti), ed anzi presenta la sua offerta con ribasso rispetto al prezzo posto a base di gara, non può poi lamentarsi, divenuto aggiudicatario, di non essere in grado di eseguire l'opera perché il corrispettivo che egli stesso ha domandato non lo remunera a sufficienza della attività svolta, senza incorrere in palese contraddizione che toglie credito alla serietà della sua condotta sin dal tempo della presentazione dell'offerta.

In ogni caso, poi, l'esistenza di un rimedio – l'immediata impugnazione del bando – il quale, se tempestivamente azionato consente di imporre all'amministrazione che mal abbia operato in sede di elaborazione degli atti di rivederne il contenuto, fa sì che l'operatore economico, che di esso non si sia servito, possa dirsi corresponsabile del danno che poi abbia a lamentare; circostanza rilevante ai fini del risarcimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm..

E' chiara, inoltre, la differenza tra l'odierna vicenda e quella precedentemente richiamata del progetto posto a base di gara che, alla cantierizzazione, risulti ineseguibile, e per il quale si è effettivamente riconosciuta la responsabilità

precontrattuale della stazione appaltante, poiché in questo caso l'operatore economico realmente si affida in maniera incolpevole sulla attività di progettazione che abbia preceduto la messa a bando dell'opera e, quando s'avvede, in fase esecutiva, dell'impossibilità di realizzazione dell'opera per carenze progettuali, altro non può fare che rifiutare la stipulazione del contratto.

2.8. Sarebbero sufficienti le considerazioni svolte ad escludere la fondatezza del motivo di appello; va, però, aggiunto che nel caso concreto neppure è provato che il prezzo a base d'asta fosse inidoneo a remunerare l'attività richiesta all'operatore concorrente.

Da questo punto di vista, la circostanza eclatante in senso contrario a quanto sostenuto dall'appellante, è proprio quella evidenziata dal giudice di primo grado: sono state presentate offerte da parte di moltissimi operatori ciascuno dei quali ha variamente articolato il ribasso offerto: la risposta del mercato, come ben si dice in sentenza richiamando precedenti anche di questa Sezione (la sentenza 14 settembre 2012, n. 4891 e la sentenza 14 febbraio 2011, n. 953 in cui è chiaramente spiegato che: *“non è né inconferente né trascurabile, in un contenzioso che tenda a dimostrare l'illegittimità per assoluta incongruenza del prezzo base, la circostanza che abbiano partecipato altre quattro imprese, proponendo ribassi e che l'offerta dell'aggiudicataria abbia superato la verifica dell'anomalia...”*), è la miglior prova della remuneratività delle condizioni economiche a base di gara.

2.9. Il Comune di Villafranca di Verona, per sua stessa ammissione – circostanza che esime da ogni approfondimento istruttorio in relazione ai singoli prezzi unitari – ha elaborato i prezzi contenuti nell'elenco dei prezzi senza seguire la regola dell'art. 23, comma 16, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impone di far riferimento ai prezzi regionali aggiornati annualmente, avendo deciso, infatti, di sviluppare i prezzi unitari per l'affidamento dei lavori relativi al primo stralcio alla luce dei ribassi offerti dagli operatori economici: tale condotta non è, di per sé sola, scorretta o contraria a lealtà e buona fede, ma anzi è ragionevole se è vero che il precedente appalto per lavori della

stessa tipologia aveva consentito all'amministrazione di aver chiare le attese del mercato circa la remunerazione di quelle attività a fronte di prezzi regionali non sempre aggiornati a tale, accertata in pratica, situazione del mercato.

In ogni caso la scelta dell'amministrazione non è fonte di responsabilità precontrattuale non potendosi, per quanto detto, ipotizzare un affidamento incolpevole dell'operatore che abbia presentato offerta economica al ribasso.

2.10. Quanto, poi, alla predisposizione di un nuovo progetto di fattibilità in vista dell'esecuzione dei lavori relativi al secondo stralcio, dopo che era già stato elaborato un progetto preliminare dell'intera opera di illuminazione pubblica da realizzare (e dunque anzichè, come richiesto dalla scansione dei livelli di progettazione prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 50 del 2016), si tratta di condotta che non può essere in alcun modo detta scorretta o connotata da mala fede, e che, comunque, alcuna incidenza negativa può avere sulla libertà negoziale dell'operatore concorrente: quali che siano le ragioni che possano aver indotto la stazione appaltante a ripetere precedenti fasi della progettazione – comunque, in maniera credibile indicate dall'amministrazione resistente nelle sopravvenienze regolative – è indubbio che il privato concorrente sia tenuto pur sempre a conformare la sua offerta al progetto posto a base di gara dall'amministrazione, quale che sia la via – tortuosa o lineare – attraverso cui si sia giunti alla sua elaborazione.

3. In conclusione, i motivi di appello vanno respinti e la sentenza di primo grado pienamente confermata.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Unyon Consorzio Stabile s.c. a r.l. al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore del Comune di Villafranca di Verona.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2021 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, primo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO