

N. 00155/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00099/2023 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 99 del 2023, proposto da  
Impresa Costruzioni Benussi & Tomasetti S.r.l., in persona del legale rappresentante  
pro tempore, in proprio e quale mandataria del RTI con Balsamini Impianti Società  
Benefit S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Cristiano Giovanni Gasparutti e  
Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Udine, in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Giangiacomo Martinuzzi e Claudia Micelli  
dell'Avvocatura comunale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia;

***per l'annullamento, previa sospensione cautelare***

- della determina dirigenziale prot. n. 2023/5720/53 del 2 febbraio 2023, notificata in data 10 febbraio 2023, con cui il Comune di Udine ha disposto: (i) l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lavori di "Restauro e riuso della palazzina di ingresso al complesso edilizio ex macello – Lotto A" al RTI costituito tra Impresa Costruzioni Benussi & Tomasetti S.r.l. (mandataria) e Balsamini Impianti Società Benefit S.r.l. (mandante), pretendendo di imputare in capo all'operatore economico ogni responsabilità per la mancata tempestiva stipula del contratto di appalto; (ii) l'escussione della cauzione provvisoria; (iii) la segnalazione della vicenda ad ANAC;

- di ogni altro atto presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso;

e per il conseguente accertamento

della non imputabilità della mancata tempestiva stipulazione del contratto d'appalto a fatti riconducibili all'operatore economico

ovvero, in via subordinata,

della sussistenza quanto meno di un concorso di colpa da parte dell'Amministrazione, insito nella protratta inerzia da essa serbata, tale da escludere in radice la ravvisabilità degli estremi dell'illecito professionale e dei presupposti per l'escussione della cauzione provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2023 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

L'impresa Costruzioni Benussi & Tomasetti s.r.l., in proprio e quale mandataria del RTI con Balsamini Impianti Società Benefit s.r.l., ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare, del provvedimento in epigrafe compiutamente indicato, nella parte in cui il Comune di Udine ha disposto: (i) la revoca, in autotutela, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d. lgs. 50/2016, dell'aggiudicazione dei lavori di "Restauro e riuso della palazzina di ingresso al complesso edilizio ex macello – Lotto A" precedentemente disposta a favore al RTI di cui è mandataria, addebitandole la responsabilità per la mancata tempestiva stipula del contratto di appalto; (ii) l'escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia dell'offerta presentata; (iii) la segnalazione delle imprese costituenti il RTI al Casellario informatico dei contratti pubblici istituito presso l'ANAC.

Ha chiesto, conseguentemente, l'accertamento della non imputabilità della mancata tempestiva stipulazione del contratto d'appalto ovvero, in via subordinata, della sussistenza quanto meno di un concorso di colpa da parte dell'Amministrazione.

Questi i motivi di ricorso:

1. *"ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO NELLA PARTE IN CUI VIENE IMPUTATA ALL'IMPRESA LA MANCATA TEMPESTIVA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO – Violazione degli art. 10 e 13 della Lettera di invito - Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 32, D.Lgs. 50/2016, dell'art. 8, co. 1, lett. a), DL 76/2020, nonché dei principi di buona fede e leale collaborazione (art. 1, co. 2-bis, L. 241/1990 e art. 1375 del Codice civile) - Eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, irragionevolezza e ingiustizia manifesta – Violazione del canone di proporzionalità";*

2. *“(IN VIA SUBORDINATA) L’IMPOSSIBILITÀ DI ADDEBITARE INTEGRALMENTE ALL’IMPRESA LA MANCATA TEMPESTIVA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO – Violazione dell’art. 3, L. 241/1990 - Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione (art. 1, co. 2-bis, L. 241/1990 e art. 1375 del Codice civile), anche sotto il profilo dell’omessa considerazione del concorso colposo dell’Amministrazione, ai sensi dell’art. 1227 del Codice civile – Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, irragionevolezza e ingiustizia manifesta – Violazione del canone di proporzionalità”.*

Il Comune di Udine, costituito, ha eccepito, in via preliminare, l’inammissibilità del ricorso a causa della mancata evocazione in giudizio delle società interessate allo scorrimento graduatoria, nonché laddove rivolto avverso la determinazione di segnalare le imprese costituenti il RTI al Casellario informatico dei contratti pubblici istituito presso ANAC, in quanto priva di autonoma lesività.

Ha, poi, contestato la fondatezza delle avverse censure, svolgendo argomentazioni a sostegno della ritenuta legittimità dell’attività provvedimento posta in essere, e concluso per la reiezione del ricorso e della preliminare istanza incidentale di sospensione del provvedimento gravato.

L’affare è stato chiamato e discusso, come da sintesi a verbale, all’udienza camerale del 5 aprile 2023, fissata per la trattazione dell’incidente cautelare, nel corso della quale il Presidente ha fatto espressa riserva di (immediata) definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata. E’, poi, è stato introitato per la decisione.

Il Collegio ritiene, in primo luogo, che sussistono i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 120, comma 6, e 60 del c.p.a., come rappresentato alle parti nel corso dell’odierna udienza, atteso che la causa è matura per la decisione in base agli atti sin

qui dimessi dalle parti stesse ed è di pronta e facile soluzione e, in quanto tale, sussumibile, per l'appunto, nelle ipotesi di cui all'art. 74, comma 1, c.p.a., cui il citato art. 60 inevitabilmente rinvia.

Premessa la sussistenza della giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. di questo giudice amministrativo a conoscere delle questioni oggetto di ricorso e ciò per le ragioni compiutamente esplicitate e/o ribadite dal Consiglio di Stato, sez. V, nella decisione n. 7217 del 27 ottobre 2021, cui si rinvia, va, innanzitutto, disattesa l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso per mancata evocazione in giudizio di almeno una delle società utilmente collocate in graduatoria, potenzialmente interessata allo scorrimento della graduatoria stessa.

Invero - in disparte il fatto che non consta (o per lo meno il Comune non ha offerto evidenza in questa sede) di avere portato effettivamente ad attuazione la manifestata intenzione di dare corso allo scorrimento di che trattasi – deve essere rilevato che:

- tale scorrimento si pone, sotto il profilo logico/temporale, necessariamente a valle della disposta revoca [che – si sottolinea – è stata decisa per ragioni che attengono a questioni insorte successivamente all'aggiudicazione e che non concernono i requisiti e/o le qualificazioni richieste per la partecipazione alla gara, ma esclusivamente i rapporti intercorsi tra aggiudicataria e stazione appaltante dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto (diversamente dal precedente giurisprudenziale invocato dalla difesa del Comune a supporto delle controdeduzioni svolte, ove viene, sostanzialmente, in rilievo l'interesse legittimo degli altri operatori economici partecipanti alla gara, utilmente collocati in graduatoria, alla correttezza delle operazioni di gara)], sì da indurre il Collegio a dubitare dell'effettiva e contestuale sussistenza, nel caso specifico, di interessi contrapposti, idonea ad originare in capo agli operatori utilmente collocati in

graduatoria una posizione di “*controinteresse*” diretto ed attuale, da tutelarsi mediante la loro necessaria evocazione in giudizio. E’, evidente, infatti che rispetto alla revoca che qui viene in rilievo (*rectius* rispetto alle specifiche ragioni che la sorreggono) gli stessi sono totalmente estranei e non vantano alcun interesse, di segno contrario a quello della ricorrente, meritevole di tutela, da dover difendere in giudizio;

- s’appalesa, in ogni caso, dirimente la considerazione che parte ricorrente non ha, in alcun modo, censurato la determinazione dirigenziale gravata, laddove, al pt. 6 del dispositivo, dispone, per l’appunto, di dare corso allo scorrimento della graduatoria di gara, non avendone, peraltro, in alcun modo interesse. Come si avrà modo di evidenziare anche in seguito, la parte stessa, con atto in data 4 ottobre 2022 (all. 021-21- fascicolo doc. ricorrente), di gran lunga antecedente all’adozione della determinazione dirigenziale che qui viene in rilievo, aveva manifestato, infatti, la volontà, mai in seguito ritrattata, di rinunciare “*alla stipula del contratto per decorrenza dei termini di cui all’art 32, co.8 del Codice dei Contratti Pubblici*” e in quanto “*... trascorsi oltre 180 giorni dal 18.05.2022*” (*rectius* 18.05.2021) ovvero oltre 180 giorni dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte ai fini della partecipazione alla procedura negoziata che qui rileva.

La società ricorrente non contesta, del resto, nemmeno la revoca in sé e per sé considerata, ma unicamente le considerazioni che il Comune ha ritenuto di trarre dalla sua volontà di sottrarsi alla stipula del contratto e che ha, poi, posto a sostegno della determinazione assunta. Come reso esplicito dalle deduzioni difensive svolte (in particolare, nell’ambito del primo motivo di impugnazione), si duole, invero, del fatto che il Comune le ha imputato – del tutto illegittimamente, secondo la sua prospettazione – la responsabilità della mancata stipula del contratto, tenendo, totalmente, in non cale (e, anzi, reputandole pretestuose) le ragioni per cui essa stessa

aveva ritenuto di potersi considerare sciolta da ogni obbligo derivante dall'aggiudicazione e, finanche, dalla presentazione dell'offerta e aveva, conseguentemente, formalizzato la rinuncia alla stipula del contratto.

Sicché, collimando, sotto il profilo dell'effetto pratico, la volontà delle parti di non andare a stipula del contratto, è evidente che la ricorrente è, del tutto, indifferente alle successive determinazioni che il Comune ha inteso assumere per assicurarsi l'esecuzione dei lavori di che trattasi (tra cui, in particolare, quella di scorrere la graduatoria) e non ha, dunque, alcun concreto interesse ad ostacolarne l'attuazione, sì da potersi legittimamente esimere dalla notifica del ricorso ad almeno uno degli operatori economici che la seguono nella graduatoria formata all'esito della procedura di gara a suo tempo svolta, in quanto, all'evidenza, non imprescindibilmente necessaria.

Il Collegio ritiene, conclusivamente, che il ricorso, così come proposto e per le ragioni per cui è stato proposto, sfugga all'inammissibilità eccepita dal Comune intimato ed ora scrutinata.

Devesi, invece, convenire con la difesa dell'ente civico circa l'inammissibilità che affligge l'impugnazione, laddove rivolta alla segnalazione all'ANAC, in quanto atto effettivamente prodromico ed endo-procedimentale, privo di autonoma lesività e non autonomamente impugnabile.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, trattasi, invero, di atto che funge soltanto da "*impulso*" all'attivazione del procedimento sanzionatorio di competenza dell'Autorità, i cui esiti potranno essere eventualmente impugnati (*ex multis* C.d.S, sez. V, 28 marzo 2019, n. 2069; TAR Cagliari, 28 dicembre 2021, n. 866; TAR Napoli, sez. VII, 5 maggio 2021, n. 2997; TAR Firenze, sez. I, 18 gennaio 2021, n. 62; TAR Roma, sez. II, 14 gennaio 2019,

n. 394; TAR Napoli, sez. VII, 21 dicembre 2018, n. 7307; TAR Cagliari, 12 aprile 2018, n. 331).

Va, pur tuttavia, da sé che tale segnalazione, traendo la propria giustificazione dalle ragioni che il Comune ha ritenuto di addurre a motivazione dell'addebito a parte ricorrente della revoca dell'aggiudicazione disposta, una volta caducata (come, di fatto, verrà caducata), la revoca con addebito, risulterà del tutto sfornita del benché minimo giuridico supporto.

Il Comune sarà, pertanto, tenuto a darne immediata e conforme comunicazione all'ANAC, per consentirle di adottare le conseguenti determinazioni in relazione al procedimento eventualmente, nelle more, già attivato a carico della ricorrente.

Nel merito, il ricorso, come poc'anzi già lasciato intuire, è fondato e va accolto, risultando favorevolmente apprezzabili le deduzioni che la ricorrente ha svolto nell'ambito del primo motivo di impugnazione.

Sotto il profilo fattuale, rileva, invero, che:

- con determinazione dirigenziale n. cron. 1181/2021, divenuta esecutiva in data il 29.04.2021 a seguito dell'apposizione del visto del Responsabile del Servizio Finanziario attestante la regolarità contabile e la copertura della spesa ai sensi dell'art. 153, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, il Comune di Udine ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera b), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla Legge 12 settembre 2020, n. 120, da espletarsi in modalità telematica ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., tramite l'utilizzo della Piattaforma telematica "*eAppaltiFvg*", per l'affidamento in appalto dei lavori di restauro e riuso palazzina di ingresso al complesso edilizio "ex macello" - LOTTO A: restauro e riuso palazzina (opera: 7766/A - CIG: 8732051C6E);

- in data 29 aprile 2021, tramite la suddetta Piattaforma, è stata pubblicata la richiesta di offerta RdO rfq\_24753, con indicazione, ai sensi dell'art. 4 della lettera d'invito (all. 004- 4 – fascicolo doc. ricorrente), del termine di scadenza del 18 maggio 2021 per l'invio della documentazione amministrativa e dell'offerta economica ai fini della partecipazione alla gara in questione;
- la gara è stata aggiudicata all'odierna ricorrente con determinazione dirigenziale in data 09.07.2021, n. cron. 2131, divenuta esecutiva in data 13.07.2021 a seguito dell'apposizione del visto ai sensi dell'art. 153, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, con la precisazione, contenuta al pt. 11 del dispositivo, che, *“ai sensi e per gli effetti di quanto disposto dall'art. 32, co. 7 del d. lgs. n. 50/2016, l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*;
- il provvedimento di aggiudicazione è divenuto efficace in data 26 ottobre 2021, una volta conclusa, con esito positivo, la detta verifica, come evidenziato nella determinazione gravata, a pag. 2 (*“l'aggiudicazione è divenuta efficace a seguito della verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo al R.T.I. appaltatore in data 26.10.2021, come da comunicazione interna PI/C 0136319 di pari data, con cui è stata trasmessa alla Segreteria Generale – Ufficio “U.O. Contratti” la documentazione per la stipula del contratto d'appalto”*) e, ancor prima, nell'atto del RUP in data 10 novembre 2022, sub lett. b), di cui appresso [*“in data 26.10.2021 l'aggiudicazione definitiva di cui sopra ha assunto efficacia (come già comunicato dallo scrivente con propria nota PG/U 0136003 del 03.10.2022)”*];
- in data 29 ottobre 2021 il Direttore dei Lavori, in ottemperanza all'ordine ricevuto dal Responsabile del Procedimento, ha proceduto alla consegna parziale dei lavori all'odierna ricorrente *“sotto le riserve di legge”* e, segnatamente, di quelli consistenti *“nella realizzazione delle opere di allestimento cantiere, recinzioni sgomberi e baraccamenti da ubicare nelle aree esterne”*, con la precisazione che *“(…) la ditta dovrà*

*intraprendere solo i lavori designati*”, che *“la riserva di legge deve intendersi sciolta dopo il perfezionamento degli atti di approvazione del contratto”* e che *“(...) nell'ipotesi di mancata stipula del contratto, si terrà conto solo di quanto predisposto o somministrato dall'appaltatore, per rimborsare le relative spese”*, nonché che *“Resta inteso che il tempo utile per dare compiuti i lavori, decorrerà dalla data del verbale di consegna definitiva”* (verbale in data 29/10/2021 – all. 006-6 fascicolo doc. ricorrente/all. 005-5 – fascicolo doc. Comune);

- in data 10 febbraio 2022 il Direttore dei Lavori, in ottemperanza all'ordine ricevuto dal Responsabile del Procedimento, ha proceduto all'ulteriore consegna dei lavori all'odierna ricorrente *“in via d'urgenza e sotto riserva di legge”* e, segnatamente, di quelle consistenti *“nella realizzazione delle opere di sistemazione delle aree esterne e nelle opere strutturali di consolidamento delle murature e solai”*, con la precisazione, anche in questo caso, *“la ditta dovrà intraprendere immediatamente solo i lavori designati”*, che *“la riserva di legge deve intendersi sciolta dopo il perfezionamento degli atti di approvazione del contratto”* e che *“(...) nell'ipotesi di mancata stipula del contratto, si terrà conto solo di quanto predisposto o somministrato dall'appaltatore, per rimborsare le relative spese”*, nonché che *“dalla data del presente verbale decorre il tempo utile per dare compiuti i lavori, stabilito in giorni 240 (duecentoquaranta) naturali e consecutivi, come indicato nel Capitolato Speciale d'Appalto, e perciò cessanti col giorno 07 ottobre 2022”* (verbale in data 10/02/2022 – all. 007-7 fascicolo doc. ricorrente/all. 007-7 – fascicolo doc. Comune);

- in data 4 aprile 2022 l'impresa ha inviato al Direttore dei lavori e al funzionario dell'U.O. Opere Strategiche del Comune una mail del seguente tenore: *“A seguito dell'analisi del computo metrico e del progetto inerenti al cantiere <riqualificazione della palazzina d'ingresso all'ex macello>, e come anticipato telefonicamente all'arch. Moras (...), vi anticipo in via informale che invieremo tramite pec una richiesta di sospensione lavori e di perizia di variante. A tal proposito vi chiederei un incontro nel breve, magari già questo giovedì mattina se fosse*

*possibile, presso gli uffici del rup per discutere in merito all'analisi da noi effettuata ed al prosieguo dei lavori. Ci tengo a sottolineare visti i buoni rapporti che l'incontro vuole essere improntato nella massima collaborazione tra le parti e nasce con l'obiettivo di portare a casa un risultato soddisfacente per tutte le parti in gioco*" (all. 009-9 – fascicolo doc. ricorrente). Non vi è prova in atti che tale richiesta abbia ricevuto riscontro;

- nel periodo maggio/giugno 2022 vi è stata un'interlocuzione tra le parti sulle questioni dell'amianto e dell'abusiva occupazione da parte di terzi dell'area interessata dall'intervento (all. da 010-10 a 013-13 – fascicolo doc. ricorrente), che hanno condizionato il rispetto della tempistica prevista per lo svolgimento dei lavori sino a quel momento consegnati;

- il Direttore dei Lavori, con ordini di servizio n. 1 in data 6 luglio 2022 e n. 2 in data 20 luglio 2022, ha ordinato alla ricorrente di provvedere entro il termine assegnato all'esecuzione dei (soli) *“lavori previsti nel verbale di consegna del 10 febbraio 2022, in modo particolare in tutte le lavorazioni di demolizione e rimozione e nell'avvio delle opere di consolidamento di murature e solai”*, rispetto ai quali aveva riscontrato il ritardo nell'esecuzione;

- l'Ufficio contratti del Comune, con mail del 26 agosto 2022, ha convocato la ricorrente per la firma del contratto per il giorno 7 settembre 2022 (all. 016-16 fascicolo doc. ricorrente/all. 009-9 – fascicolo doc. Comune);

- la ricorrente, con atto in data 29 agosto 2022, rimasto inevaso seppur oggetto di tre successivi solleciti inviati in data 19, 23 e 26 settembre 2022 (all. 018-18, 019-19 e 020-20 – fascicolo doc. ricorrente), ha reiterato, sulla scorta di diffuse argomentazioni motivazionali, l'istanza di adeguamento delle condizioni contrattuali prima della stipulazione del contratto, comunicando, in difetto, la scelta, sin da

allora, irrevocabile di rinunciare alla stipula del contratto per tutte le ragioni riepilogate nell'atto stesso (all. 017-17 – fascicolo doc. ricorrente);

- con atto in data 4 ottobre 2022, ha, poi, formalizzato, in via definitiva, la rinuncia alla stipula del contratto (all. 021-21 – fascicolo doc. ricorrente/all. 010-10 – fascicolo doc. ricorrente);

- il Comune, con atto a firma del RUP in data 10 novembre 2022, ha ritenuto che non vi fosse *“alcun motivo per prevedere, prima della stipulazione del contratto (né dopo), un adeguamento delle relative condizioni a mezzo di una modifica contrattuale ex art. 106 del Codice e ciò perché, si ribadisce, vi sono altri rimedi, appositamente messi a punto dal legislatore, che nel caso specifico potrebbero (...) essere invocati”*, riferendosi alle misure di cui all'art. 26 del d.l. n. 50/2022, cui nello stesso atto aveva fatto precedentemente cenno. Stigmatizzando le, a suo avviso, *“irrisorie lavorazioni”* sino a quel momento eseguite dall'Impresa, ha, poi, contestualmente informato l'Impresa stessa che *“si stanno valutando (...) tutte le azioni da disporre a tutela della Stazione Appaltante, anche in considerazione dell'abbandono del cantiere dal mese di agosto, del fatto che il termine di fine lavori è scaduto il giorno 7 ottobre u.s. e del conseguente concretizzarsi dell'ipotesi di grave inadempimento e grave ritardo”* (all. 022-22 – fascicolo doc. ricorrente/all. 012-12 – fascicolo doc. Comune);

- l'odierna ricorrente, con atto in data 23 novembre 2022, ha replicato agli assunti del RUP, sottolineando che: *“(i) l'intervenuta consegna dei lavori in via d'urgenza non esime l'Amministrazione dal dare corso alla stipulazione del contratto entro il termine di 60 giorni, di cui all'art. 32, co. 7, secondo, terzo e quinto periodo, D.Lgs. 50/2016; termine decorso il quale l'aggiudicatario può liberamente sciogliersi dal vincolo, ove ritenesse non più conveniente proseguire con il rapporto. A tal proposito, si consideri, per un verso, che l'immissione nell'area di cantiere dell'appaltatore è avvenuta quando ancora non era decorso il surrichiamato termine di 60 giorni,*

*né quello di 180 giorni di validità dell'offerta, con la conseguenza che l'impresa non avrebbe potuto in alcun modo sottrarsi all'esecuzione delle opere provvisoriale ordinata in quel frangente; per altro verso, che la normativa contempla espressamente l'ipotesi che la consegna dei lavori in via d'urgenza non sia seguita dalla stipulazione del contratto d'appalto, prevedendo, in tal caso, che «l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale» (art. 32, co. 8, settimo periodo, D.Lgs. 50/2016).*

*In altri termini, la consegna in via d'urgenza non può essere concepita alla stregua di uno strumento mediante il quale si finisce per "sterilizzare" l'obbligo della stazione appaltante di addivenire alla stipulazione del contratto entro il termine di 60 giorni dall'aggiudicazione efficace; né, per identiche ragioni, essa può inibire l'impresa dall'esercizio del proprio diritto di svincolarsi da un rapporto che non sia tempestivamente approdato alla sua fisiologica dimensione contrattuale; (ii) anche l'ulteriore verbale di consegna, stilato in data 10 febbraio 2022, prevedeva che la scrivente impresa realizzasse, in via provvisoria e nelle more della successiva stipulazione del contratto, solamente alcune lavorazioni puntualmente individuate (cfr., pag. 2, ove si precisa che i lavori da eseguire, «in questa fase, consistono nella realizzazione delle opere di sistemazione delle aree esterne e nelle opere strutturali di consolidamento delle murature e solai»); (iii) peraltro, le (limitate) lavorazioni ordinate sotto riserva di legge non hanno potuto essere integralmente eseguite non già a causa di una pretesa unilaterale indisponibilità dell'impresa, bensì in ragione dell'inadeguatezza tecnica, accertata di concerto con il DL, del rinforzo strutturale che avrebbe dovuto essere realizzato al piano seminterrato.*

*Nella situazione di impasse così determinatasi, acuita dal costante e drastico incremento dei prezzi dei materiali, la scrivente Società ha comunicato la propria indisponibilità ad accettare il (tardivo) invito alla stipulazione del contratto, essendo ormai ampiamente decorsi i termini all'uopo prescritti.*

*Né, ad onor del vero, l'esercizio di una simile facoltà potrebbe essere sindacato invocando l'introduzione nel nostro ordinamento del meccanismo di natura straordinaria della c.d. "compensazione dei prezzi": da un lato perché, come già chiarito dal Giudice amministrativo, «è evidente che il giudizio di "non sostenibilità" e di anti economicità di un'opera non poteva essere condizionato (se non in minima parte) dall'introduzione di detti strumenti eccezionali che prevedono, peraltro, l'accesso a fondi limitati e sono destinati ad assolvere a necessità impreviste e sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 11.1.2022, n.202)» (T.A.R. Toscana, sez. I, 4 luglio 2022, n. 885); dall'altro lato perché, muovendo dal presupposto (invero, pacifico) che lo strumento delle compensazioni non consente di assorbire integralmente l'incremento dei prezzi registrato nel periodo di riferimento, l'operatore economico ben può tenere conto di tale circostanza all'atto dell'esercizio della propria facoltà di recesso dal vincolo ormai scaduto".*

*Si è resa, poi, unicamente disponibile "a individuare una volta per tutte una soluzione che consenta di risolvere celermente le problematiche segnalate alla DL e ad eseguire conseguentemente le opere residue".*

Un tanto premesso, s'appalesa, invero, dirimente ai fini della decisione sul ricorso l'inequivoco dato fattuale, sottratto a qualsivoglia considerazione e/o apprezzamento, che alla data del 7 settembre 2022, fissata dal Comune intimato per la stipula del contratto d'appalto (mail in data 26 agosto 2022 – all. 016-16 fascicolo doc. ricorrente/all. 009-9 – fascicolo doc. Comune), erano già ampiamente decorsi tanto il termine di cui all'art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 ("L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione"), ribadito e confermato nella lettera di invito, all'art. 8, sub "AVVERTENZE" (pag. 26), che quello di cui al successivo comma 8 ["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”], senza che mai la stazione appaltante avesse chiesto agli offerenti e/o concordato con gli stessi il loro differimento.*

Un tanto anche laddove si volesse, peraltro, assumere a riferimento, quale *dies a quo*, per il computo del primo dei due termini quello della data di aggiudicazione, accedendo alla giurisprudenza che ritiene che il provvedimento di aggiudicazione possa spiegare effetto interruttivo (TAR Catania, sez. III, 16 marzo 2022, n. 764).

Sicché, avuto riguardo al fatto che parte ricorrente - che a partire dal mese di aprile 2022 aveva reiteratamente richiamato l'attenzione dell'Amministrazione comunale sulla necessità di adeguare le condizioni economiche dell'istaurando rapporto contrattuale, al fine di assicurare il necessario equilibrio sinallagmatico, risultato, nel frattempo, pregiudizievole alterato da fenomeni inflattivi e difficoltà di approvvigionamento delle materie prime, tali da produrre straordinari incrementi dei prezzi di acquisto praticati dalle aziende fornitrici, nazionali ed estere, e riconducibili, essenzialmente, al conflitto russo-ucraino – con atto in data 4 ottobre 2022 (palesamente preannunciato con atto in data 29 agosto 2022) ha, a chiare lettere, manifestato la volontà di rinunciare “*alla stipula del contratto per decorrenza dei termini di cui all'art 32, co.8 del Codice dei Contratti Pubblici*” e in quanto “*... trascorsi oltre 180 giorni dal 18.05.2022*” (*rectius* 18.05.2021), facoltà che, senz'ombra di dubbio, le competeva, pare evidente che al Comune, alla data del 2 febbraio 2023 [ovvero a ben 4 mesi di distanza dalla detta rinuncia, a circa 565 giorni dall'aggiudicazione

(assumendo a riferimento il termine più favorevole per l'Amministrazione ovvero quello del 13 luglio 2021, data di esecutività della determinazione dirigenziale n. 2131/2021) e dopo decorsi addirittura circa 455 giorni dalla sua efficacia], residuava, per converso, unicamente quella di valutare la sussistenza dei presupposti di pubblico interesse per accordare alla ricorrente l'invocata rimodulazione dei prezzi contrattuali.

Laddove avesse ritenuto (come, di fatto, ha ritenuto) che non vi fosse margine in tal senso, altro non avrebbe potuto/dovuto fare che prendere lealmente atto della volontà legittimamente manifestata dall'aggiudicataria e, poi, assumere le conseguenti determinazioni per assicurare, se ancora di suo interesse, la realizzazione dei lavori che qui vengono in rilievo.

Vero è, infatti, che - contrariamente a quanto affermato dal Comune nell'atto del RUP in data 10 novembre 2022 e nella determina dirigenziale gravata (e in questa sede, sempre erroneamente, ribadito dalla difesa dell'ente stesso) - alla ricorrente non sono mai stati consegnati, in via definitiva e nella loro totalità, i lavori.

La stessa era, dunque, tenuta ad eseguire quei soli lavori, veramente minimali, com'è agevole evincere dal raffronto tra quanto specificato nei verbali di consegna in via d'urgenza (all. 006-6 fascicolo doc. ricorrente/all. 005-5 – fascicolo doc. Comune e all. 007-7 fascicolo doc. ricorrente/all. 007-7 – fascicolo doc. Comune) e le lavorazioni descritte nei cronoprogrammi dei lavori predisposti e consegnati dalla ricorrente a marzo e/o luglio 2022 (all. 008-8 e 014-14 – fascicolo doc. ricorrente), che le erano stati formalmente consegnati.

Al di là della palese imprecisione che connota il verbale di consegna del 10 febbraio 2022 ove viene riportato che *“dalla data del presente verbale decorre il tempo utile per dare compiuti i lavori, stabilito in giorni 240 (duecentoquaranta) naturali e consecutivi, come indicato*

*nel Capitolato Speciale d'Appalto, e perciò cessanti col giorno 07 ottobre 2022*", è, infatti, evidente che sempre e solo di consegna di lavori *"in via d'urgenza e sotto riserva di legge"* e soprattutto parziali si è trattato, che, in ogni caso, in alcun modo possono costituire vincolo incondizionato per l'aggiudicataria alla stipula del contratto, viepiù laddove, come nella fattispecie in esame, la stipula stessa venga richiesta ad offerta non più vincolante e ampiamente oltre il termine di 60 (sessanta) giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione.

Né, tanto meno, può costituire vincolo per l'aggiudicataria all'esecuzione dei lavori nella loro interezza, essendo evidente che nessuno può essere tenuto ad eseguire lavori per la cui esecuzione non è stato mai autorizzato, né tanto meno essere ritenuto responsabile se non l'ha fatto.

La consegna in via d'urgenza, che assicura il *"diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale"*, come chiaramente stabilito dall'art. 32, comma 8, del d.lgs. citato, vale, al contempo, anche ad appalesare che tale strumento - che, comunque, è ammesso dalla legge solo in casi limite (*"... esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari"*) e dalla *lex specialis* di gara in maniera ancor più restrittiva [art. 13 lettera d'invito: *"(...). L'Amministrazione si riserva ai sensi dell'art. 8 comma 1 lettera a) del Decreto-Legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito con modificazioni dalla Legge 12 settembre 2020 n. 120 di consegnare i lavori in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i. nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del medesimo Decreto Legislativo, nonché dei*

*requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura”] - gode di una sua autonomia rispetto a quelle che possono essere le sorti del contratto.*

Né può ritenersi, come preteso dal Comune, che l’odierna ricorrente fosse tenuta ad accettare incondizionatamente l’applicazione delle (sole) misure di compensazione introdotte dal legislatore con d.l. 50/2022, atteso che, come agevolmente ritraibile dalla lettura della norma che assume specifico rilievo e già condivisibilmente sottolineato in giurisprudenza, trattasi di strumenti che *“prevedono (...)l’accesso a fondi limitati e sono destinati ad assolvere a necessità impreviste e sopravvenute nel corso dell’esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 11.1.2022, n.202)”* (T.A.R. Toscana, sez. I, 4 luglio 2022, n. 885).

E’ eloquente, invero, in tal senso l’art. 26, comma 1, del d.l. citato, laddove, a chiare lettere, stabilisce, per l’appunto, che *“Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, in relazione agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale, aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021, lo stato di avanzamento dei lavori afferente alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022, è adottato, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, applicando i prezziari aggiornati ai sensi del comma 2 ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3. I maggiori importi derivanti dall’applicazione dei prezziari di cui al primo periodo, al netto dei ribassi formulati in sede di offerta, sono riconosciuti dalla stazione appaltante nella misura del 90 per cento, nei limiti delle risorse di cui al quarto e quinto periodo, nonché di quelle trasferite alla stazione appaltante a valere sulle risorse dei fondi di cui al comma 4”*.

Quanto ai ritardi riscontrati dal Direttore dei Lavori di cui agli ordini di servizio su indicati è, peraltro, plausibile che agli stessi abbiano contribuito non solo le difficoltà

legate alle reiterate occupazioni abusive del complesso edilizio da parte di terzi e alla rilevata presenza di amianto nelle tubature di cui già innanzi si è data evidenza, ma anche la circostanza che il rinforzo strutturale da eseguire al piano seminterrato parrebbe essere stato ritenuto, in accordo con la direzione lavori, non adeguato allo scopo e che poi non siano state fornite indicazioni in merito ad eventuali soluzioni alternative.

Va, in ogni caso, da sé che la loro eventuale rilevanza avrebbe dovuto essere più approfonditamente indagata e soprattutto che avrebbe potuto spiegare effetti nell'ambito delle valutazioni da effettuarsi al fine del *“rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore lavori”*, ma non essere sfruttata per vanificare – peraltro, a distanza di mesi – la volontà legittimamente manifestata dalla ricorrente di rinunciare alla stipula del contratto.

In definitiva, mutuando quanto sottolineato da parte ricorrente in ricorso, si ribadisce che *“una volta che sia decorso il termine di validità dell'offerta e quello di 60 giorni previsto per la stipulazione del contratto, l'ordinamento consente all'operatore economico, specie ove questi abbia visto mutare in senso peggiorativo le condizioni di esecuzione dell'appalto, di affrancarsi dall'impegno originariamente assunto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2020, n. 6620; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 254; T.A.R. Campania, sez. I, 1° dicembre 2022, n. 7502, ove si precisa che «l'originario termine di durata dell'offerta ... non subisce modifiche per la circostanza che i contatti tra stazione appaltante e operatore economico aggiudicatario siano proseguiti oltre questo termine»”*.

Sulla scorta delle considerazioni svolte e per le ragioni esplicitate, in accoglimento del primo motivo di impugnazione il ricorso va, pertanto, accolto e, per l'effetto, annullata la determinazione gravata, laddove ha disposto: i) la revoca, in autotutela, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d. lgs. 50/2016, dell'aggiudicazione dei lavori

di “*Restauro e riuso della palazzina di ingresso al complesso edilizio ex macello – Lotto A*” precedentemente disposta a favore del RTI di cui la ricorrente è mandataria, addebitandole la responsabilità per la mancata tempestiva stipula del contratto di appalto; (ii) l’escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia dell’offerta presentata.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate a favore della ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

Il Comune intimato sarà, inoltre, tenuto a rimborsare alla medesima (all’atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell’art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall’art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, sez. prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla il provvedimento gravato, laddove ha disposto: i) la revoca, in autotutela, ai sensi dell’art. 32, comma 8, del d. lgs. 50/2016, dell’aggiudicazione dei lavori di “*Restauro e riuso della palazzina di ingresso al complesso edilizio ex macello – Lotto A*” precedentemente disposta a favore del RTI di cui la ricorrente è mandataria, addebitandole la responsabilità per la mancata tempestiva stipula del contratto di appalto; (ii) l’escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia dell’offerta presentata.

Condanna il Comune intimato al pagamento delle spese di lite a favore della ricorrente, che vengono liquidate nell’importo complessivo di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri di legge.

Dà atto che il Comune sarà, inoltre, tenuto al rimborso a favore della ricorrente medesima (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, del contributo unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere, Estensore

Luca Emanuele Ricci, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Manuela Sinigoi**

**IL PRESIDENTE**  
**Oria Settesoldi**

IL SEGRETARIO