

APPALTI: T.A.R. Lombardia -Milano - Sezione Seconda – Sentenza 17 marzo 2025, n. 936.

Appalti – Aggiudicazione -Mancata stipula del contratto per fatti addebitabili all'aggiudicatario - Applicabilità l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 -Esclusione - Ragioni: provvedimento di decadenza “sanzionatorio”.

Dalla piana lettura del provvedimento impugnato si desume innanzi tutto che nel caso di specie non è assolutamente applicabile l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, in quanto non si è in presenza dell'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo per vizi di legittimità del medesimo.

Aler, infatti, dopo avere provveduto all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32 del codice, non è pervenuta alla stipulazione del contratto per fatti addebitabili all'aggiudicatario – come sarà meglio specificato in seguito – per cui il provvedimento ampliativo è stato oggetto di una pronuncia di decadenza per inadempimento, da parte del beneficiario del provvedimento, degli obblighi sullo stesso incombenti.

L'atto gravato non è quindi il frutto di una nuova valutazione di una precedente determinazione dell'Amministrazione – nel caso di specie, infatti, il provvedimento di aggiudicazione non è stato annullato – ma consegue all'accertamento delle inadempienze compiute dall'aggiudicatario, che hanno impedito ad Aler di sottoscrivere il contratto d'appalto con l'impresa affidataria.

Si tratta, in conclusione, di un provvedimento di decadenza da qualificarsi come “sanzionatorio”, giacché il provvedimento ampliativo perde efficacia per fatti successivi alla sua adozione ed addebitabili al destinatario del provvedimento stesso (cfr. sui provvedimenti di decadenza, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2254 del 2020 ed in particolare il punto 12 della medesima).

Fermo restando quanto sopra esposto, anche a volere ritenere applicabile alla presente fattispecie l'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 – sulla revoca in senso proprio del provvedimento amministrativo – tale articolo non prevede alcun termine per l'adozione dell'atto di ritiro ma consente la revoca per sopravvenute ragioni di pubblico interesse e l'atto impugnato espone motivatamente le ragioni dell'Amministrazione a fronte degli accertati inadempimenti del RTI Donati.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale (A.L.E.R.) della Provincia di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2025 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Milano (di seguito anche solo “Aler” oppure “Azienda”) indiceva una gara d'appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione degli interventi di efficientamento energetico del proprio patrimonio immobiliare, mediante i meccanismi fiscali di cui agli articoli 119 e 121 del decreto legge n. 34 del 2020 convertito con legge n. 77 del 2020.

L'appalto era suddiviso in 40 lotti.

I lotti n. 3, n. 7 e n. 8 erano aggiudicati al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) fra Donati Spa (mandatario) e Paolo Beltrami Costruzioni Spa (mandante), il quale indicava per l'esecuzione dei lavori tecnici un raggruppamento temporaneo di professionisti composto da Alcotec Spa ed E.S.Co. Gita Srls.

Sorgevano tuttavia una serie di questioni e contestazioni fra l'Azienda e il RTI Donati, sicché con provvedimento n. 1805 del 10.11.2023 Aler disponeva la revoca dell'aggiudicazione per i lotti citati numeri 3, 7 ed 8 per grave inadempimento dell'appaltatore e contestualmente escuteva la cauzione provvisoria presentata ai sensi dell'art. 93 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici o di seguito anche solo "codice", applicabile alla presente fattispecie *ratione temporis*).

Contro il citato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione era proposto il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva, che era assegnato alla Sezione I del TAR per la Lombardia, sede di Milano.

All'udienza cautelare del 10.1.2024 davanti alla Sezione I l'istanza di sospensione era rinunciata.

Il RTI Donati notificava poi un atto di motivi aggiunti con cui impugnava due ulteriori atti di Aler, vale a dire la comunicazione di escussione della cauzione definitiva – ex art. 103 del codice - per il solo lotto n. 3 e la nota di trasmissione della segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

In esito alla successiva udienza pubblica davanti alla Sezione I del TAR, quest'ultimo dichiarava il proprio difetto di giurisdizione a favore dell'autorità giudiziaria ordinaria con sentenza n. 505 del 26.2.2024.

La pronuncia di prime cure era appellata ed il Consiglio di Stato, con sentenza della Sezione V n. 8825 del 2024, riformava la sentenza, dichiarando la giurisdizione amministrativa esclusiva sulla questione.

La controversia era quindi rimessa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 comma 1 del c.p.a. ed era assegnata alla Sezione II dello scrivente Tribunale.

Le parti ricorrenti procedevano alla rituale riassunzione del giudizio.

Alla pubblica udienza dell'11.3.2025 davanti alla Sezione II la causa era discussa e spedita in decisione.

DIRITTO

1.1 Nel primo motivo del ricorso principale, rivolto contro il provvedimento del 10.11.2023 di revoca dell'aggiudicazione per i lotti numeri 3, 7 e 8 (cfr. il doc. 1 delle ricorrenti), le società esponenti lamentano la violazione degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 oltre che l'eccesso di potere sotto vari profili in quanto, a loro dire, il potere di autotutela sarebbe stato

esercitato tardivamente da Aler, senza osservare il termine di dodici mesi previsto per l'annullamento d'ufficio dall'art. 21-*nonies* succitato.

La doglianza appare infondata, per le ragioni che seguono.

Dalla piana lettura del provvedimento impugnato si desume innanzi tutto che nel caso di specie non è assolutamente applicabile l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, in quanto non si è in presenza dell'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo per vizi di legittimità del medesimo.

Aler, infatti, dopo avere provveduto all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32 del codice, non è pervenuta alla stipulazione del contratto per fatti addebitabili all'aggiudicatario – come sarà meglio specificato in seguito – per cui il provvedimento ampliativo è stato oggetto di una pronuncia di decadenza per inadempimento, da parte del beneficiario del provvedimento, degli obblighi sullo stesso incombenti.

L'atto gravato non è quindi il frutto di una nuova valutazione di una precedente determinazione dell'Amministrazione – nel caso di specie, infatti, il provvedimento di aggiudicazione non è stato annullato – ma consegue all'accertamento delle inadempienze compiute dall'aggiudicatario, che hanno impedito ad Aler di sottoscrivere il contratto d'appalto con l'impresa affidataria.

Si tratta, in conclusione, di un provvedimento di decadenza da qualificarsi come “sanzionatorio”, giacché il provvedimento ampliativo perde efficacia per fatti successivi alla sua adozione ed addebitabili al destinatario del provvedimento stesso (cfr. sui provvedimenti di decadenza, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2254 del 2020 ed in particolare il punto 12 della medesima).

Fermo restando quanto sopra esposto, anche a volere ritenere applicabile alla presente fattispecie l'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 – sulla revoca in senso proprio del provvedimento amministrativo – tale articolo non prevede alcun termine per l'adozione dell'atto di ritiro ma consente la revoca per sopravvenute ragioni di pubblico interesse e l'atto impugnato espone motivatamente le ragioni dell'Amministrazione a fronte degli accertati inadempimenti del RTI Donati.

Si conferma, in conclusione, il rigetto del primo mezzo.

1.2 Nel secondo motivo le ricorrenti negano ogni inadempimento successivo all'aggiudicazione ed escludono pertanto ogni loro responsabilità per la mancata stipulazione del contratto.

Anche tale censura appare priva di pregio, per le ragioni seguenti.

Dopo l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione in data 13.4.2022 (cfr. i documenti n. 7 e n. 8 della resistente), l'esponente inviava una nota in data 9.5.2022 con la quale chiedeva una modifica radicale delle condizioni del contratto, tali sia da stravolgere le condizioni originarie di gara – peraltro ben note alle ricorrenti – sia da modificare ex post la gara stessa, in evidente violazione del principio di parità di trattamento fra i partecipanti (“*par condicio*”) oltre che del divieto di rinegoziazione delle

condizioni di una gara ormai conclusasi con l'affidamento (cfr. per la nota del RTI il doc. 9 della resistente).

Di conseguenza, con nota del 4.7.2022 Aler faceva presente che la richiesta di modifica delle condizioni contrattuali non poteva essere accolta per non incorrere nella violazione dei principi sopra riportati; nella stessa nota era evidenziato che il termine per la stipulazione del contratto sarebbe scaduto il successivo 12 luglio (vale a dire novanta giorni dopo l'efficacia dell'aggiudicazione del 13 aprile), per cui nessun ritardo poteva essere imputato alla stazione appaltante (cfr. il doc. 12 della resistente).

L'art. 21 del disciplinare di gara prevede infatti la stipulazione entro 90 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione (cfr. il doc. 4 della resistente, pag. 62 di 67) ed il disciplinare costituisce parte integrante del bando di gara (cfr. il doc. 3 della resistente, pag. 23/24, Sezione VI, lettera "b").

L'art. 32 comma 8 del codice stabilisce che la stipulazione deve avvenire entro sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione, salvo peraltro un diverso termine previsto nel bando e nel caso di specie, come già sopra ricordato, il termine di stipulazione è stato fissato dal bando stesso in novanta giorni.

Se è pur vero che il capitolato speciale riferisce invece di un termine di sessanta giorni (cfr. il doc. 5.1 delle ricorrenti, art. 3, pag. 16 di 59), è noto che in caso di contrasto fra il bando ed il capitolato prevalgono le disposizioni del primo (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 7573 del 2022 con la giurisprudenza in essa richiamata).

Nonostante le chiare dizioni dell'art. 21 del disciplinare e del bando di gara, conformi all'art. 32 del codice, l'aggiudicataria chiedeva di sciogliersi dal vincolo giuridico della propria offerta, reputando sussistente il termine ordinario di legge di sessanta giorni (cfr. il doc. 11 ed il doc. 13 della resistente). Aler negava tale possibilità e conferma la necessità della sottoscrizione del contratto entro il termine previsto dalla disciplina di gara con propria nota del 12.7.2022 (cfr. il doc. 14 della resistente).

Nella medesima nota erano ribadite, come già fatto nella pregressa comunicazione del 4.7.2022, le condizioni di gara di cui agli articoli 3 e 17 del disciplinare.

A questo punto il RTI chiedeva di sottoscrivere il contratto per il solo lotto n. 3 ed a partire dal 22.8.2022 (cfr. i documenti n. 15 e n. 16 della resistente).

Nel frattempo l'Agenzia delle Entrate di Ferrara segnalava l'esistenza di violazioni fiscali, ostative alla partecipazione alla gara, in capo alla società mandante dei servizi di ingegneria e architettura indicata dal RTI, sicché Aler dava avvio al procedimento per l'esclusione (cfr. il doc. 17 della resistente).

A questo punto Donati evidenziava di non avere più interesse ad eseguire l'appalto per i lotti n. 7 e n. 8 e chiedeva di potere estromettere l'impresa mandante priva dei requisiti di idoneità (cfr. il doc. 18 della resistente).

A fronte del diniego di Aler, Donati otteneva di potere sostituire l'impresa di cui sopra con un professionista avente invece i requisiti previsti dalla legge di gara (cfr. i documenti della resistente dal n. 19 al n. 24).

Con successivo verbale dell'11.1.2023 Aler procedeva alla parziale assegnazione del servizio tecnico per il solo lotto n. 3 in pendenza della formalizzazione del rapporto ai sensi dell'art. 32 commi 8 e 13 del codice (cfr. il doc. 25 della resistente).

Il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione impugnato (cfr. ancora il doc. 1 delle ricorrenti ed anche il doc. 26 della resistente) dà atto puntualmente dello svolgimento del procedimento sopra indicato e rileva che nonostante la sostituzione del progettista e la consegna parziale dei lavori limitatamente ad un solo lotto, l'aggiudicatario non ha provveduto all'adempimento degli obblighi necessari per la stipulazione del contratto; inoltre a fronte di tali ritardi è venuta meno la possibilità di avvalersi dei benefici fiscali di cui agli articoli 119 e 121 del DL n. 34 del 2020 convertito con legge n. 77 del 2020.

Sono stati, in particolare, violati gli articoli 10 e 21 del disciplinare (si veda ancora il doc. 4 del resistente) e gli articoli 3 e 38 della parte I del capitolato speciale (cfr. il doc. 5 a della resistente, pagine 16 e 48 di 59).

A ciò si aggiunga che, prima del provvedimento finale di revoca/decadenza dell'aggiudicazione, Aler non è rimasta inerte ed in più occasioni ha contestato a Donati il proprio inadempimento (si vedano ancora i documenti 12, 14, 17 e 19 della resistente).

Il provvedimento impugnato è stato quindi preceduto da numerosi atti di contestazione rivolti all'aggiudicataria.

In conclusione, il secondo mezzo del gravame principale deve rigettarsi.

1.3 Nel terzo motivo viene lamentata l'asserita violazione dell'art. 93 comma 5 del codice sulle garanzie di partecipazione alla procedura di gara, in quanto sarebbe scaduto il termine di legge di centottanta giorni di validità della garanzia, termine decorrente dalla data di presentazione dell'offerta.

Sotto tale profilo la censura è infondata.

Il termine suindicato di validità della garanzia ha lo scopo di mantenere ferma l'offerta per tutto il presumibile periodo di gara, per cui la sopravvenuta scadenza non determina l'inefficacia ma consente al partecipante di ritirarsi senza conseguenze sfavorevoli (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 5425 del 2019, punto 27 della medesima).

In mancanza di una espressa volontà di ritiro, però, la garanzia non viene meno e, per effetto dell'aggiudicazione, essa copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto imputabile all'affidatario (così il comma 6 dell'art. 93 citato).

Si ricordi ancora che, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2022, la cauzione ex art. 93 copre il periodo intercorrente fra l'efficacia dell'aggiudicazione (intervenuta il 13.4.2022, cfr. il doc. 8 della resistente) e la mancata stipulazione del contratto, per cui anche sotto tale punto di vista la condotta della stazione appaltante appare corretta.

Preme da ultimo ribadire che l'escussione della garanzia ex art. 93 riguarda i lotti n. 3, n. 7 e n. 8 e non quello n. 4 che è stato affidato ad altro concorrente.

1.4 Nel quarto mezzo di gravame viene denunciata la presunta illegittimità della revoca con particolare riguardo ai lotti n. 7 e n. 8, posto che per il solo lotto n. 3 è stata disposta una parziale consegna ai fini dell'esecuzione anticipata.

Sul punto sia consentito, per ragioni di economia espositiva, il richiamo al punto 1.2 della presente narrativa per ribadire che l'inadempimento dell'aggiudicataria ha riguardato anche i lotti suindicati, per i quali peraltro la stessa Donati ha dichiarato di non avere più interesse all'esecuzione delle prestazioni (cfr. ancora il doc. 18 della resistente).

In conclusione devono essere respinti sia il quarto motivo sia l'intero ricorso principale.

2. I motivi aggiunti sono rivolti contro la comunicazione di Aler del 25.1.2024 di escussione della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del codice limitatamente al lotto n. 3 e contro la segnalazione trasmessa da Aler ad Anac in relazione alla vicenda di cui è causa (cfr. i documenti delle ricorrenti n. 1 e n. 2 allegate ai motivi aggiunti ed i documenti n. 27 e n. 28 della resistente).

2.1 Le doglianze circa l'illegittimità derivata dal ricorso principale devono respingersi, attesa l'infondatezza del gravame principale (lettera "A" dei motivi aggiunti).

2.2 La specifica censura contro la segnalazione ad Anac (lettera "C" dei motivi aggiunti) deve rigettarsi, posto che la stazione appaltante ha portato a conoscenza dell'Autorità il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione impugnato in via principale, utilizzando la modulistica di Anac ed allegando anche il provvedimento medesimo (cfr. ancora il doc. 27 della resistente).

Preme aggiungere, per completezza espositiva, che Anac ha condiviso la determinazione assunta da Aler effettuando la relativa annotazione (cfr. il doc. 29 della resistente).

2.3 Merita invece condivisione la doglianza (lettera "B" dei motivi aggiunti) indirizzata contro l'atto di Aler di escussione della garanzia definitiva resa per il lotto n. 3, quest'ultimo oggetto di una parziale consegna da parte dell'appaltante (cfr. il doc. 28 della resistente ed anche il doc. 25 di quest'ultima).

Si tratta della garanzia di cui all'art. 103 del codice, che viene prestata per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivante dall'inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a copertura del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale (così il comma 1 dell'art. 103 citato).

Nel caso di specie risulta la parziale consegna anticipata dei lavori per il solo lotto n. 3, avvenuta nel gennaio 2023 (si veda ancora il doc. 25 della resistente); tuttavia in relazione ai medesimi non vi è prova di alcuna rituale contestazione per inadempimento nell'esecuzione, né è offerta prova di eventuali maggiori costi sostenuti dall'Amministrazione per l'affidamento ad altri operatori dei lavori non eseguiti.

Il provvedimento con cui è chiesta l'escussione della cauzione definitiva al garante Axa Assicurazioni Spa (cfr. nuovamente il doc. 28 della resistente) richiama la revoca dell'aggiudicazione del 10.11.2023, oggetto del ricorso principale, con la quale è stata però disposta – correttamente, come già sopra evidenziato – l'escussione della garanzia di cui all'art. 93 del codice.

In altri termini, se Aler ha provato la sussistenza dei presupposti per l'escussione della cauzione ex art. 93 citato, destinata a garantire l'appaltante in caso di mancata stipulazione del contratto, nessuna prova è addotta a fronte della richiesta di escussione della diversa garanzia di cui al più volte richiamato art. 103 del codice.

In conclusione, i motivi aggiunti devono essere accolti in parte e per l'effetto deve essere annullata la nota di Aler del 25.1.2024 finalizzata all'escussione della garanzia definitiva per il lotto n. 3.

3. Il particolare andamento della presente controversia e la sostanziale soccombenza reciproca inducono il Collegio a compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- respinge il ricorso principale;

- accoglie in parte il ricorso per motivi aggiunti e lo respinge per la restante parte, come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Luigi Rossetti, Referendario

