

**Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza n. 6620 del 29 ottobre 2020**

*Aggiudicazione della gara - Rinuncia alla stipula del contratto di appalto – Legittimità – No escussione della garanzia se è avvenuta una modifica dei compensi*

**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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2372 del 2020, proposto dal Comune di ....., in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

la ..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

la Centrale di Committenza “..... – .....”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, n. 1980 del 28 novembre 2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ..... S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 – svoltasi in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, comi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020 - il Cons. Roberto Caponigro e udito per la parte l'avvocato ....., che ha chiesto il passaggio in decisione con tutti gli effetti di legge;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Il T.a.r. per la Calabria, Sezione Prima, con la sentenza n. 1980 del 28 novembre 2019, ha accolto il ricorso proposto dalla ..... s.r.l. e, per l'effetto, ha annullato l'atto con cui, in data 6 settembre 2018, il Comune di ..... ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria per la mancata stipulazione del contratto d'appalto a seguito dell'intervenuta aggiudicazione definitiva in favore dell'..... s.r.l. in esito ad una gara per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata.

Il Comune di ....., avverso detta sentenza, ha interposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di gravame:

*Irricevibilità, inammissibilità ed infondatezza del gravame: omessa pronuncia. Error in iudicando per non avere il Tar valutato tutte le risultanze documentali del rapporto controverso.*

Il rifiuto alla stipula del contratto costituirebbe un ripensamento tardivo, rispetto al momento della partecipazione alla gara, circa la convenienza di assumere il “nuovo servizio di raccolta differenziata nel Comune di .....” dopo l'intervenuta aggiudicazione definitiva.

La ..... avrebbe dovuto impugnare tempestivamente gli atti della disciplina di gara, approvati con la determina dirigenziale n. 47 del 1° febbraio 2018, e non avrebbe dovuto, invece, dichiarare, ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, di “accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di

gara e relativi allegati, nel capitolato speciale d'appalto nonché in tutti i rimanenti elaborati inerenti il servizio, e di giudicare remunerativa l'offerta economica presentata". Inoltre, l'appellata non avrebbe nemmeno chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione intervenuta in suo favore.

La nota del 3 maggio 2018, intervenuta a gara già espletata, sarebbe frutto di mero errore e dovrebbe essere considerata *tamquam non esset*, atteso che, ad aggiudicazione avvenuta, non potrebbe modificarsi la disciplina di gara pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* di gara.

Il Comune di ....., in ogni caso, anche a ritenere valida la nota del 3 maggio 2018, avrebbe dimostrato l'invariabilità dei costi stimati nel progetto a base di gara.

La finalità della cauzione provvisoria risiede nel responsabilizzare i partecipanti alle procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, per cui l'incameramento della cauzione è legittimo ogniqualvolta l'operatore economico abbia arrecato pregiudizio all'interesse della stazione appaltante di affidare il contratto posto a gara.

La ..... s.r.l. ha contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 16 luglio 2020 – svoltasi in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020 – la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

2.1 L'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che la garanzia fideiussoria per la partecipazione alla procedura di gara copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione "dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario" o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del d.lgs. n. 159 del 2011.

L'amministrazione comunale, con nota del 6 settembre 2018, ha chiesto alla Generali Italia s.p.a. l'escussione della garanzia.

Il *thema decidendum*, pertanto, è costituito dall'imputabilità o meno alla ..... s.r.l. della mancata sottoscrizione del contratto di appalto con il Comune di .....

2.2. I motivi di appello non colgono nel segno, mentre merita condivisione e conferma la sentenza di primo grado che ha evidenziato come, a fronte di una incertezza sui costi di manodopera del servizio, la mancata stipula del contratto non appare "fatto riconducibile all'affidatario" ai sensi dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In primo luogo, non sussiste alcuna tardività nell'azione impugnatoria della ....., che non aveva alcun interesse ad impugnare gli atti di gara, in presenza di una disciplina che le ha consentito la formulazione di un'offerta economica sostenibile. Infatti, la ragione del "ripensamento" dell'aggiudicataria, sulla base della documentazione versata in atti, non sembra rinvenibile né in una prospettata illegittimità delle condizioni previste dalla disciplina di gara, nel qual caso l'interessata avrebbe dovuto effettivamente dolersi tempestivamente, né in una mutata considerazione delle condizioni previste dalla *lex specialis* di gara ed accettate in sede di presentazione dell'offerta, il che avrebbe indubbiamente comportato l'inveramento di un fatto riconducibile all'affidataria, tale da legittimare l'escussione della garanzia.

La mancata sottoscrizione del contratto, invece, sembra più propriamente riconducibile alla modificazione postuma di alcune condizioni attinenti ai rapporti di lavoro ad opera della stazione appaltante, modificazioni tali da determinare una diversa, e questa volta legittima, valutazione di convenienza dell'aggiudicataria in ordine alla stipulazione del contratto e allo svolgimento della prestazione.

Ciò in quanto, a fronte di una richiesta di chiarimenti in ordine ai livelli occupazionali ed alla reale sostenibilità dell'offerta, formulata dalla aggiudicataria in data 10 aprile

2018, il Comune di ....., con nota del 3 maggio 2018, ha rappresentato la presenza di n. 6 figure *full time*, il che ha comportato dei riflessi sul piano del costo complessivo del personale e della sostenibilità economica dell'offerta.

Pertanto, la condizione del “fatto riconducibile all'affidatario”, cui la norma di legge subordina l'escussione della garanzia fideiussoria, nel caso di specie, non può ritenersi sussistente.

Né, può assumere rilievo, deponendo anzi proprio a favore della tesi sostenuta dalla parte appellata, che il Comune di ....., in data 19 febbraio 2019, vale a dire ad un ragguardevole intervallo temporale dalla escussione della polizza e dalla aggiudicazione definitiva, ha precisato che le condizioni del servizio di raccolta differenziata, specie con riferimento alla natura ed alla durata dei rapporti di lavoro del personale da impiegare nel regolare espletamento del servizio stesso, sono unicamente quelle contenute nel bando di gara e nei relativi allegati, mentre la nota del 3 maggio 2018 costituirebbe il frutto di un evidente errore e sarebbe da considerarsi *tamquam non esset*.

Tale chiarimento conferma che, al momento della mancata conclusione del contratto di appalto e dell'adozione dell'atto di escussione della garanzia fideiussoria, sussisteva un evidente margine di incertezza sulla sostenibilità economica dell'offerta che, afferendo in particolare a circostanze sopravvenute allo svolgimento della gara, non può ridondare in danno dell'aggiudicataria, riconducendo ad essa il fatto della mancata sottoscrizione del contratto.

3. Le spese del giudizio di appello seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico dell'Amministrazione appellante ed a favore dell'impresa appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 2372 del 2020).

Condanna il Comune di ..... al pagamento delle spese del presente giudizio di appello, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore della ..... s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 –  
svoltasi in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n.  
18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020 -

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**