TAR Calabria, Sezione Prima, Sentenza n. 705 del 17 aprile 2025

Appalti di lavori – SA fraintende importo aggiudicazione – Omessa impugnazione aggiudicazione – Consolidamento – Omessa stipula contratto ingiustificata

Pubblicato il 17/04/2025

N. 00705/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01131/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1131 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla (…) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dall'avvocata (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (…), in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(…) S.r.l., (…) Unione di Comuni, Ministero (…), non costituiti in giudizio;

per la dichiarazione

di illegittimità del silenzio inadempimento della P.A. e la dichiarazione dell'obbligo

del Comune di (…) di stipulare il contratto di appalto, alle condizioni dettate dal bando, con ogni consequenziale effetto e statuizione di legge; nonché, in via gradata, nella denegata ipotesi in cui non fosse possibile concludere il contratto d'appalto, per la condanna del Comune di (…) al risarcimento dei danni ingiusti sofferti dall'impresa ricorrente, nell'esatta misura di legge e di giustizia;

per quanto riguarda i motivi aggiunti, per l'annullamento:

del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione contenuto in Determina Dirigenziale n. 167 del 04.07.2024 (all.2), e di ogni atto presupposto non conosciuto e, l'accoglimento delle domande proposte nell'ambito del ricorso principale, con ordine all'amministrazione resistente di stipulare contratto con la ricorrente alle condizioni previste dal Bando ed alle quali si è attenuta l'offerta economica presentata dall'aggiudicatario.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (…);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2025 il dott. Nicola Ciconte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 21 giugno 2024 e depositato il successivo 2 luglio, la società ricorrente ha dedotto di aver partecipato alla gara bandita dal Comune di (…) per l'affidamento di un appalto di lavori e di aver conseguito l'aggiudicazione, avendo offerto il prezzo più basso.

Insorto un contrasto con la stazione appaltante in ordine all'esatto importo offerto e sulla base del quale era stata conseguita l'aggiudicazione, la ricorrente ha agito ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., domandando l'accertamento del silenzio serbato dall'ente locale rispetto all'obbligo di concludere il contratto di appalto e, in via

gradata, il risarcimento del danno precontrattuale.

2. Il Comune intimato si è costituito in giudizio, resistendo al ricorso.

3. All'udienza camerale del 24 luglio 2024, fissata per la trattazione della domanda cautelare, è stato disposto rinvio, su accordo delle parti, avendo parte istante annunciato motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione nelle more intervenuta in favore di altro concorrente.

4. Con ricorso notificato il 2 agosto 2024 e depositato il successivo 9 agosto, la ricorrente ha, quindi, introdotto motivi aggiunti, impugnando la determina dirigenziale n. 167 del 04.07.2024, con la quale era stata disposta la revoca dell'aggiudicazione e disposta nuova aggiudicazione in favore della seconda classificata, la (…) s.r.l., ed insistendo per l'accoglimento delle domande già formulate con il ricorso principale.

5. Con ordinanza cautelare resa all'esito dell'udienza camerale del 4 settembre 2024, è stata motivatamente rigettata la domanda di tutela interinale.

6. All'esito, poi, della camera di consiglio dell'11 dicembre 2024, fissata per la discussione della domanda avverso il silenzio, questo Tribunale, con ordinanza depositata il successivo 16 dicembre, rilevato che, nelle more della decisione del ricorso avverso il silenzio, era stato emesso il provvedimento espresso, impugnato dalla ricorrente con motivi aggiunti, ha disposto, ai sensi dell'art.117, co.5, c.p.a., la prosecuzione del giudizio con il rito ordinario.

7. Con memoria depositata il 17 febbraio 2025 ai sensi dell'art.73, co.1, c.p.a., il comune resistente ha depositato memoria nella quale, oltre ad insistere nelle difese già svolte, ha sollevato eccezione di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, per aver omesso, la ricorrente, di impugnare la ulteriore aggiudicazione disposta con determina dirigenziale n.1562 del 9 settembre 2024, con successivo scorrimento della graduatoria, in favore della (…) s.r.l., resosi necessario a causa della indisponibilità comunicata dalla (…) s.r.l. ad assumere l'impegno contrattuale.

8. All'udienza pubblica del 5 marzo 2025, fissata per la trattazione del merito, il

ricorso è stato mandato in decisione.

DIRITTO

1. Le domande formulate dalla ricorrente, con il ricorso principale e con i motivi aggiunti, non possono trovare accoglimento.

2. La domanda di accertamento del silenzio, formulata con il ricorso principale ma riproposta con i motivi aggiunti, nonostante l'amministrazione avesse, nelle more, disposto l'aggiudicazione, è improcedibile in ragione del sopraggiunto provvedimento espresso, poi impugnato con i riferiti motivi aggiunti, e, quindi, per sopravvenuta carenza di interesse.

3. La domanda, proposta con i motivi aggiunti, di annullamento della determina dirigenziale n. 167 del 04.07.2024, con la quale la stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione in favore della ricorrente e l'aggiudicazione dell'appalto alla (…) s.r.l., va dichiarata parimenti improcedibile, in accoglimento della eccezione formulata dal Comune resistente, avendo la ricorrente omesso di impugnare la successiva determina dirigenziale n.1562 del 9 settembre 2024, con la quale il Comune ha provveduto ad un successivo scorrimento della graduatoria, aggiudicando l'appalto alla terza classificata, (…) s.r.l., non evocata nel presente giudizio.

Risulta, infatti, la sopravvenuta carenza di interesse alla domanda in esame, non potendo derivare alla ricorrente alcun vantaggio dall'eventuale annullamento di una determina di aggiudicazione oramai priva di efficacia e superata da una successiva, diversa aggiudicazione -non impugnata – disposta, peraltro, in favore di una impresa non coinvolta nel giudizio e quindi soggetto terzo, ad esso estraneo, nei confronti del quale nemmeno potrebbero farsi valere gli esiti del presente giudizio.

3.1. La domanda è, comunque, infondata nel merito.

3.1.1. Come già riferito, la ricorrente ha allegato di essersi aggiudicato l'appalto, contestando alla stazione appaltante di non aver voluto procedere alla stipula del contratto.

Dagli atti e dai documenti di causa, risulta che fra le parti, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, è insorto un contrasto in ordine all'esatto importo di aggiudicazione e, a monte, alla corretta interpretazione ed applicazione della clausola contenuta al punto 3.2 del bando di gara, rubricata "*Importo del contratto*", del seguente tenore: "*Base d'asta soggetta a ribasso pari ad € 711.000,00 oltre oneri di sicurezza non soggetti a ribasso pari ad €21.330,00, importo complessivo dei lavori €732.330,00. L'importo stimato del costo della manodopera relativo al presente appalto è di € 159.515,50 e seppur ricompreso nella base d'asta non sono ribassabili. Ed invero, ai sensi dell'art. 41, comma 14 del D.lgs. 36/2023, i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*".

Alla luce di tale disposizione della *lex specialis*, la ricorrente aveva presentato una offerta economica con un ribasso del 30,283%, con l'intenzione, solo successivamente chiarita, di proporre il prezzo di €517.017,87, nella convinzione che la riferita percentuale di ribasso dovesse calcolarsi, non già sull'intero importo posto a base d'asta, bensì sul minore importo risultante dalla sottrazione degli "*oneri di sicurezza non soggetti a ribasso*".

Di contro, la stazione appaltante, applicata la percentuale di ribasso al maggiore importo di €711.000,00, comprensivo del costo della manodopera, con determina n.342 del 6 aprile 2024 aveva disposto l'aggiudicazione in favore della ricorrente al maggiore importo di €565.323,95: "*la migliore offerta risulta[…] essere quella dell'OE* (…) *SRL […] che ha offerto il ribasso del 30,283% sull'importo a base di gara di euro 711.000,00 per un importo ribassato di €495.687,87 oltre oneri di sicurezza per Euro 21.330,00 e per un importo contrattuale di Euro 517.017,87, oltre iva nei limiti di legge*".

Nonostante la chiara indicazione contenuta nel provvedimento di aggiudicazione, come testé riportato, solo una volta ricevuta la bozza di contratto, la ricorrente, sostenendo che il diverso importo indicato nel provvedimento di aggiudicazione

costituisse un "*mero errore materiale*", aveva preteso che la stazione appaltante lo emendasse e procedesse alla stipulazione del contratto alle migliori condizioni da essa ritenute corrette.

A fronte di tale posizione, la stazione appaltante aveva chiarito, sin da subito, come non vi fosse stato alcun errore materiale, rappresentando, in particolare, che il riportato calcolo si fondasse su una interpretazione della clausola del bando di gara conforme alla delibera ANAC n.428 del 15 novembre 2023, secondo cui "*nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, comma 14, seconda parte, e degli arti. 108, comma 9 e 110, induce a ritenere che il costo della manodopera continui a costituire una componente dell'importo posto a base di gara; nel caso di specie, anche tenuto conio dei chiari contenuti della* lex specialis*, la percentuale di ribasso indicata dal concorrente deve essere applicata all'intero importo ribassabile a base d'asta, comprensivo dei costi della manodopera*".

A quel punto, la ricorrente, anziché impugnare l'aggiudicazione, ha agito dinanzi a questo Tribunale insistendo nel sostenere si fosse trattato di un mero errore materiale e, quindi, impugnando il silenzio inadempimento rispetto all'obbligo di concludere il contratto al prezzo (diverso da quello indicato nel provvedimento di aggiudicazione) di €565.323,95.

3.1.2. Così ricostruiti i termini essenziali della vicenda in ordine alle ragioni di contrasto fra le parti in causa, la domanda di annullamento della determina citata, con la quale si è disposta la revoca dell'aggiudicazione alla odierna ricorrente e, contestualmente, l'aggiudicazione alla impresa seconda classificata, è – oltre che improcedibile per i motivi sopra evidenziati – manifestamente infondata.

Risultando evidente che il Comune resistente non avesse commesso un errore materiale ma scientemente applicato il bando di gara e, a monte, l'art.41, co.14,

d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, come interpretato dall'ANAC, la ricorrente, in luogo dell'azione avverso il silenzio, avrebbe dovuto, al più, impugnare il provvedimento di aggiudicazione, sulla base della diversa interpretazione della *lex specialis* e del codice dei **contratti**.

Al riguardo, già in sede cautelare, con l'ordinanza 5 settembre 2024, n.515, questo Tribunale ha osservato che "*a prescindere dal tenore delle clausole del bando in ordine alla determinazione dell'importo a base di gara e alla rilevanza dei costi della manodopera, la quantificazione dell'importo effettivo di aggiudicazione – che, dalle allegazioni in atti, appare essere avvenuta automaticamente sulla piattaforma informatica -risulta indicata esplicitamente nel provvedimento di aggiudicazione, che a sua volta si riporta ai relativi verbali di gara parimenti richiamati, di modo che eventuali contestazioni rispetto a quanto ivi contenuto – segnatamente detto prezzo di aggiudicazione -avrebbero dovuto essere formulate a mezzo di rituale e tempestiva impugnazione in parte qua del suddetto provvedimento di aggiudicazione pena il suo consolidamento, nel mentre detta impugnazione non risulta mai intervenuta (neanche, si soggiunge per completezza, una volta percepito che non trattavasi di mero errore ostativo, come asserito dal ricorrente)*".

Dall'omessa impugnazione e, quindi, dal rilevato "*consolidamento*" della primigenia aggiudicazione discende che il rifiuto della ricorrente alla stipula del contratto – giacché opposto ad un provvedimento pienamente valido ed efficace – sia stato del tutto ingiustificato, con la ulteriore conseguenza della infondatezza delle censure mosse coi motivi aggiunti avverso il provvedimento con cui l'ente, a fronte del detto rifiuto, ha dovuto provvedere alla revoca della determina n.342 del 6 aprile 2024 ed alla aggiudicazione dell'appalto alla seconda classificata (poi anch'essa non andata a buon fine per autonome valutazioni della medesima).

4. La ricorrente ha, infine, formulato domanda risarcitoria, deducendo la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione resistente, responsabile, a suo dire, di condotta contraria ai canoni di correttezza e buona fede.

4.1. Anche tale domanda è infondata.

4.2. Su un piano generale, la responsabilità precontrattuale della amministrazione è oramai pacificamente riconosciuta in tutti i casi in cui essa, nelle trattative con i terzi, compia azioni o incorra in omissioni contrastanti con i principi della buona fede e correttezza, cui è tenuta nella fase procedimentale finalizzata alla scelta del contraente, quindi, anche prima, e a prescindere, della conclusione della gara e della stipula del contratto.

Si tratta di una responsabilità non da provvedimento bensì da comportamento, che muove dal presupposto secondo cui grava anche sui soggetti **pubblici** l'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi, anche durante le trattative negoziali da costoro condotte nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, secondo buona fede e correttezza, omettendo di determinare, nella controparte privata, affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati.

Tale forma di responsabilità può sussistere anche a prescindere dalla legittimità del provvedimento amministrativo.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha, infatti, ribadito che "*anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza*" (sentenza 4 maggio 2018, n.5).

Ancora l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la responsabilità precontrattuale richiede non solo la buona fede soggettiva del privato, ma anche gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà; b) che tale

oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (e cioè le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia il nesso eziologico tra il danno e il comportamento scorretto che si imputa all'amministrazione (Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 29 novembre 2021, n.21).

4.3. Applicate tali coordinate ermeneutiche alla vicenda in esame, la domanda della ricorrente è priva di fondamento, giacché, oltre a non risultare la illegittimità dell'azione amministrativa, in ogni caso non emerge che l'amministrazione abbia tenuto una condotta contraria ai doveri di correttezza e buona fede, risultando, all'opposto, secondo quanto già osservato al precedente §3.1.2, che si stata la ricorrente ad opporre un rifiuto ingiustificato alla stipulazione del contratto alle condizioni di cui alla determina – non impugnata – di aggiudicazione.

5. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, dichiarata definitivamente la sopravvenuta improcedibilità della domanda proposta avverso il silenzio inadempimento, il ricorso per motivi aggiunti va dichiarato improcedibile per mancata impugnazione della nuova determina di aggiudicazione, nonché in ogni caso infondato, comprensivamente della domanda risarcitoria.

6. Le spese seguono la parziale soccombenza della ricorrente, per il resto trattandosi di pronunzia di rito, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara in parte improcedibili, in parte infondati, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese di lite del Comune resistente, nella misura di €3.000,00, oltre spese generali ed accessori di legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Nicola Ciconte, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Nicola Ciconte	**Gerardo Mastrandrea**

IL SEGRETARIO