



DELIBERA N. 51

31 gennaio 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società (...) – Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico, energetico ed impiantistico della Scuola primaria e dell'infanzia 'VIA DANTE ALIGHIERI' del Comune di (...) - Intervento PNRR: Missione 4: Componente C1: Investimento 3 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 526.313,66 – S.A.: Comune di (...).

UPREC-PRE 848/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

- *Art. 5; art. 17, commi 5, 8 e 9; art. 50, comma 6 e art. 225, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023*
- *Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020*
- *Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021*

Parole chiave

Fasi delle procedure di gara – Consegna anticipata dei lavori – Gare finanziate con risorse del PNRR – Principi di buona fede e correttezza – Fase precontrattuale – Responsabilità della Stazione appaltante e dell'operatore economico aggiudicatario – Effetti formali e sostanziali del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Massima

Non massimabile.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 31 gennaio 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0112777 del 18.12.2023, con la quale la società (...) in qualità di aggiudicataria dell'appalto in oggetto, chiede parere all'Autorità in ordine alla legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva disposto dalla Stazione appaltante *«(al fine di non incorrere nel serio pregiudizio costituito dalla perdita del finanziamento) ... in ragione del configurato e certo inadempimento dell'aggiudicatario atteso e non derogato l'obbligo, previsto negli atti di gara, di assumere d'urgenza i lavori, su richiesta dell'amministrazione, nelle more della stipula del contratto»*;

CONSIDERATO, più nel dettaglio, che la società istante contesta che *«il Comune di (...) ha fatto propria l'aggiudicazione solo in data 06/12/2023 [ciò che] conferma che l'operatore economico (...) non ha mai ricevuto alcuna comunicazione di avvenuta aggiudicazione della procedura e nessuna richiesta di documenti, ma (aspetto gravissimo) certifica una ingiustificabile inerzia posta in essere dal Committente»* e che ogni interlocuzione avvenuta con il RUP della procedura, al di fuori delle modalità formali previste dalle norme in materia di contratti pubblici, non possa considerarsi legittima ai fini delle determinazioni adottate dalla Stazione appaltante per sanzionare le asserite inadempienze della (...);

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, a difesa del proprio operato, dopo aver in via preliminare e assorbente eccepito l'inammissibilità dell'istanza *de qua* ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso, in quanto la questione oggetto di controversia riguarderebbe la fase esecutiva e non rientrerebbe nelle deroghe di cui all'art. 4, comma 2 del Regolamento medesimo, chiarisce, in estrema sintesi, che:

- 1) (...) è stata notiziata e ben conosceva nell'immediato dell'aggiudicazione in proprio favore (la stessa ha siglato il "modulo di denuncia integrata" per gli aspetti di c.d. cemento armato/antisismica, poi istruito dalla Provincia di Imperia come da atto n. CA/36 del 7 novembre 2023 (in cui si riconferma che la predetta istanza, poi acquisita dalla Provincia il successivo 6 novembre 2023 era corredata di dichiarazione della "impresa costruttrice ... (...) ... di avere preso visione dell'intervento.....");
- 2) (...) era fin dall'origine a conoscenza della possibilità – ed aveva prestato apposito consenso per il caso – di consegna anticipata dei lavori. Come si apprende dai documenti di gara, (...), in sede di istanza di partecipazione, aveva firmato il relativo modulo che al punto 17) recava la dichiarazione del concorrente *“di essere eventualmente disponibile ad iniziare subito le prestazioni lavorative, anche nelle more della stipulazione del contratto d'appalto, qualora ciò possa essere richiesto”*;
- 3) per legge, anche a prescindere dalla apposita clausola/condizione (accettata da (...)), di cui al punto che precede, tanto più per gli appalti c.d. PNRR, la consegna anticipata è sempre consentita e prevista per legge e in ogni caso in tutti i documenti di gara era precisato che si sarebbe provveduto alla gara nell'urgenza conseguente ai termini di PNRR, *“al fine di rispettare le tempistiche dell'intervento”, con “la necessità di affidamento dei lavori entro il 15/09/2023”*;
- 4) solo in data 30 novembre 2023 (...) procedeva a riscontrare le comunicazioni del Comune aventi ad oggetto il sollecito per la consegna dei lavori in urgenza, lamentando quanto denunciato nell'istanza di precontenzioso in esame. Ovviamente tale nota era del tutto tardiva rispetto alla scadenza comunicata, data l'assenza di comunicazioni anteriori e la mancata presenza di (...) a plurimi inviti della P.A. per la consegna lavori;



- 5) la revoca, già giustificabile al primo rilievo di mancata ed ingiustificata (se non tardivamente) presenza dell'operatore alla fase di consegna anticipata dei lavori, risulta più che motivata in ragione della reiterata mancata comparizione per l'adempimento da parte di (...) per ben tre inviti a presenziare per la consegna lavori (8/11/2023; 27/11/2023 e 28/11/2023); inottemperanza a cui si aggiungono i dimostrati (anche perché mai contestati) "silenzi" dell'Amministratore di (...) nonostante le scuse della Società e l'impegno – anche in questo caso reiterato – di contatto telefonico riparatorio (mai interposto nelle diverse fasi su citate);

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.1.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare l'eccezione di inammissibilità dell'istanza in esame sollevata dalla Stazione appaltante, in quanto vero è che, salvo le espresse deroghe previste dal comma 2 dell'articolo 4 del Regolamento di precontenzioso, il campo di applicazione dell'istituto non comprende la fase esecutiva, in cui certamente rientra l'esecuzione anticipata indipendentemente dalla sottoscrizione o meno del contratto di appalto, tuttavia oggetto di contestazione è il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e le pregresse attività amministrative funzionali alla consegna dei lavori in urgenza, che però non hanno matrice negoziale, coinvolgendo, invece, l'applicazione di regole dell'agire amministrativo, rispetto al quale, nel caso di specie, non assume alcun rilievo, ai fini dell'individuazione delle competenze, la circostanza che l'Amministrazione committente intendesse procedere con la consegna in via d'urgenza dei lavori, atteso che trattasi di sola intenzione cui però non è seguita, di fatto, alcuna forma di esecuzione anticipata del contratto. Detto altrimenti, ciò che rileva per stabilire i margini di competenza del precontenzioso non è la fase in cui si trova la procedura di evidenza pubblica al momento della presentazione dell'istanza, bensì quella in cui si collocano gli atti o i provvedimenti oggetto di contestazione, purché – si intende – siano rispettati i termini di impugnazione;

RITENUTO, venendo al merito della controversia, che le argomentazioni addotte dall'Amministrazione committente per dimostrare la conoscenza di (...)b, quantomeno per *facta concludentia*, tanto dell'aggiudicazione a proprio favore dell'appalto, quanto della previsione, già nella *lex specialis*, di una richiesta di una esecuzione anticipata del contratto, nonché della sua legittimità, appaiono del tutto eccentriche rispetto al tipo di contestazione e alla *ratio decidendi*, dal momento che la società istante contesta esclusivamente la mancata adozione e la conseguente formale comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto, a proprio giudizio, costituenti una *condicio sine qua non* per legittimare la richiesta di consegna anticipata dei lavori e la sua contestuale accettazione ai fini dell'effettivo inizio di adempimento delle prestazioni contrattuali;

RITENUTO, quindi, che il nodo della controversia si debba necessariamente spostare sull'unico tema concretamente dirimente della medesima, ovvero se l'Amministrazione potesse pretendere l'esecuzione anticipata dell'appalto in assenza di un formale provvedimento di aggiudicazione definitiva e, conseguentemente, se sia legittimo il provvedimento di revoca adottato a seguito della contestata inerzia della società istante pur a seguito di numerosi solleciti formali e non;

CONSIDERATO che nel caso in esame appare rilevante la circostanza che l'appalto riguardi lavori finanziati nell'ambito del PNRR e che quindi la normativa applicabile sia costituita, *ratione temporis* e *ratione materiae*, dal nuovo Codice appalti (d.lgs. n. 36/2023) e dal c.d. Decreto semplificazioni (Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella Legge 11 settembre 2020, n. 120); in tal senso, peraltro è l'orientamento giurisprudenziale più recente, cui si ritiene di aderire – v. Tar Lazio, sez. II bis, 3.1.2024 n. 134 – secondo cui «Con particolare riferimento a tale ultima disposizione [ovvero l'art. 225, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023 – n.d.r.], il Collegio rileva che essa si limita a stabilire la perdurante



vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati; la contraria opzione ermeneutica, seguita dalla circolare del MIT del 12/07/23..., collide con il ricordato disposto del comma 2 dell'art. 226 d.lgs. n. 36/23, che sancisce l'abrogazione del d.lgs. n. 50/16 a decorrere dal 01/07/23 senza alcuna eccezione, e con il comma 5 della medesima disposizione, secondo cui "ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso";

CONSIDERATO che in tema di esecuzione anticipata del contratto il nuovo Codice appalti prevede, in via generale, che «Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione» (v. art. 50, comma 6) e che l'art. 17, comma 8 del Codice stabilisce che «Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9», a norma del quale «L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, 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 dell'Unione europea»;

CONSIDERATO che l'art. 225, comma 8 del Codice prevede che «In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018» e che quindi devono ritenersi ancora vigenti le disposizioni di cui all'art. 8 del già menzionato Decreto semplificazioni, secondo cui per le gare finanziate con i fondi del PNRR «a) è **sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza** e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, **nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura**»;

RITENUTO che tale deroga deve essere letta in connessione con il comma 5 dell'articolo 17 del Codice secondo cui l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso in capo all'aggiudicatario dei prescritti requisiti, con l'effetto che poiché la consegna in via d'urgenza è consentita prima della verifica dei requisiti, ne consegue che essa può avvenire non solo prima della stipula del contratto, ma anche prima che l'aggiudicazione divenga efficace (d'altra parte, se, come detto in precedenza, ogni richiamo del d. l. n. 77/2021 al d.lgs. n. 50/2016 deve essere interpretato come un rinvio alle omologhe disposizioni contenute nel d.lgs. n. 36/2023, si deve anche tener conto del fatto che secondo le norme attualmente in vigore la Stazione appaltante non è neppure tenuta ad effettuare alcuna comunicazione



in merito all'aggiudicazione prima che la stessa diventi efficace, ovvero sia quando la stessa abbia positivamente superato i controlli di cui agli art. 94 e ss.);

RITENUTO, dunque, nel caso di specie, date tali premesse, che appaiono del tutto infondate le contestazioni della società istante che si duole tanto dell'assenza di una aggiudicazione definitiva quanto della mancata stipula del conseguente contratto d'appalto e che fonda su tali motivazioni l'asserita illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione seguito, appunto, alla mancata esecuzione anticipata dell'affidamento;

RITENUTO, ciò stabilito, che non occorre indagare in merito alla natura giuridica e al valore legale delle interlocuzioni avvenute per le vie brevi tra il RUP della procedura di gara e il rappresentante legale e responsabile amministrativo della società aggiudicataria e suoi delegati, volte, appunto, a consentire la consegna anticipata dei lavori stante l'urgenza dettata dal rischio di perdita dei finanziamenti PNRR e anche perché, da un lato, l'Amministrazione ha provveduto a comunicare l'urgenza dell'esecuzione anticipata anche con note formali trasmesse all'indirizzo PEC dell'aggiudicataria e, dall'altro, il suo stesso responsabile amministrativo, sostenendo che *«in assenza di atti ufficiali che ne certificassero l'aggiudicazione definitiva e/o in assenza della documentazione essenziale, l'operatore economico mai avrebbe potuto sottoscrivere un verbale di consegna in via d'urgenza, atteso che lo stesso sarebbe stato illegittimo e privo di valore»*, ha di fatto ammesso che non avrebbe in alcun caso accettato la consegna anticipata dei lavori in assenza di previa sottoscrizione di regolare contratto di appalto;

RITENUTO, in ogni caso, che il comportamento tenuto dal responsabile della società odierna istante, seguente alla notizia dell'avvenuta aggiudicazione della gara a favore della (...), appare contravvenire alla norma di recente codificazione e direttamente applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, che prevede che *«le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento»* (v. art. 5 del Codice), che altro non è che una più chiara e diretta riproposizione, nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, della regola per cui le parti del procedimento amministrativo devono tenere una condotta conforme ai principi di collaborazione e di buona fede [art. 1, comma 2-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120], che individua una tendenza normativa a voler configurare un "rapporto" di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione, che *«(...) se genera in capo alla seconda doveri di protezione o, secondo taluni, obblighi correlati a diritti soggettivi, parimenti comporta anche una più marcata responsabilizzazione dei primi, sia in seno al procedimento che con riguardo al processo»* (v. recentissimo Consiglio di Stato, sez. III, 13.12.2023 n. 10744). A tale conclusione si deve giungere in considerazione del contegno complessivo adottato dal responsabile della (...), il quale, pur a conoscenza dell'aggiudicazione e dell'esigenza che aveva la Stazione appaltante di procedere all'immediata esecuzione del contratto, non ha dato seguito alla richiesta di eseguirlo in via d'urgenza, frapponendo ostacoli per lo più di natura formale;

CONSIDERATO che anche l'eventuale fondatezza della contestazione circa l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione in quanto non preceduta da regolare comunicazione di avvio del procedimento non conduce ad una diversa conclusione, dal momento che, per un verso, le diffide formali inoltrate alla società istante per consentire la consegna anticipata dei lavori erano già di per sé molto chiare nel sottintendere quale sarebbe stata la conseguenza di un rifiuto o di un ulteriore silenzio e, d'altra parte, la (...) stessa nelle note di riscontro ha avuto modo di esplicitare le ragioni che non rendevano a suo giudizio possibile tale esecuzione anticipata del contratto, di talché neppure potrebbe considerarsi leso, nella sostanza, il principio del contraddittorio o un più generico "diritto alla difesa"; mentre, per altro verso, non potrebbe comunque condurre ad una riassegnazione dell'appalto alla (...), stante la fondatezza dei motivi di merito che hanno indotto l'Amministrazione a disporre la revoca e dunque l'irrelevanza di ogni



eventuale vizio procedurale (cfr. art. 21-octies, comma 2 della legge 241/90 a norma del quale *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*), che – tuttalpiù – potrebbe condurre ad una richiesta di risarcimento danni, la cui trattazione, tuttavia, non rientra tra le competenze attribuite all'istituto del precontenzioso,

il Consiglio

ritiene, in ragione delle motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che l'operato della Stazione appaltante non presenti i profili di illegittimità denunciati dalla società istante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 febbraio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente