



DELIBERA N. 587

7 dicembre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS], in proprio e quale mandataria del[OMISSIS] costituenda con [OMISSIS] – Gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva comprensivo di progettazione definitiva e progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento funzionale e dell'impianto elettrico nel cimitero comunale di Castelvete sul Calore (AV) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Base d'asta: 185.406,53 euro - S.A.: Comune di Castelvete sul Calore (AV)

PREC 153/2022/S

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, comma 8.

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 213, comma 10.

Parole chiave

Rinuncia alla stipula - Revoca dell'aggiudicazione

Massima

Appalto pubblico – In genere - Scelta del contraente – Procedura – Gara – Aggiudicazione – Rinuncia non giustificata dall'inerzia della stazione appaltante - Revoca dell'aggiudicazione – È conforme

La rinuncia all'aggiudicazione espressa dell'aggiudicatario dopo avere atteso che l'amministrazione, seppur tardivamente, desse inizio al procedimento propedeutico alla stipula e dopo avere confermato la disponibilità a sottoscrivere il contratto, si risolve in un rifiuto ingiustificato di stipulare e legittima la revoca dell'aggiudicazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 dicembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 80311 del 7 ottobre 2022, con la quale [OMISSIS], in proprio e quale mandataria del[OMISSIS] costituenda con [OMISSIS], ha posto all'attenzione dell'Autorità il procedimento di revoca dell'aggiudicazione della concessione a carico del[OMISSIS], avviato dalla stazione appaltante a seguito della rinuncia della medesima ATI alla stipula del contratto. L'istante ha rappresentato di avere partecipato alla gara bandita nel 2016 per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione



votiva comprensivo di progettazione definitiva e progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento funzionale e dell'impianto elettrico nel cimitero comunale di Castelvetere sul Calore. L'aggiudicazione in suo favore della concessione disposta al termine della procedura nel 2017 è divenuta definitiva solo nel 2020, dopo quattro giudizi promossi dal secondo classificato. Quando nel 2021, il Comune ha invitato l'aggiudicatario a presentare la documentazione necessaria ai fini della stipula, la costituenda ATI ha comunicato di non volere stipulare per la sopravvenuta insostenibilità degli oneri dovuta al decorso del tempo e agli eventi sopravvenuti. A seguito di ciò, il Comune ha avviato il procedimento di revoca dell'aggiudicazione a carico del[OMISSIS] comprensivo della prospettazione di azioni risarcitorie. L'istante contesta l'iniziativa della stazione appaltante sostenendo che, nel caso in esame, la rinuncia alla stipula sia giustificata dal sopravvenuto squilibrio economico-finanziario, dovuto al tempo trascorso addebitabile ai contenziosi promossi da terzi e agli eventi intercorsi, e che non possa pertanto essere imputabile al[OMISSIS] né che integri un inadempimento agli obblighi di stipula dell'aggiudicatario di cui all'art. 32 d.lgs.n. 50/2016. In particolare, [OMISSIS] sostiene che la lievitazione di costi dei materiali per il c.d. *superbonus* e per la pandemia, nonché la contrazione del mercato delle lampade votive per la crisi economica innescata dalla pandemia e la lievitazione esorbitante dei costi dell'energia avrebbero reso il contratto economicamente insostenibile dovendosi ritenere a priori esclusa, già all'atto della sottoscrizione, qualsiasi remuneratività della concessione. L'istante sostiene altresì che, per gli stessi motivi, la rinuncia alla stipula non dovrebbe essere oggetto di obbligatoria segnalazione all'Anac, essendo quest'ultima limitata alle condotte dell'operatore economico che siano imputabili a fatto doloso o gravemente colposo tale da incidere negativamente sulla sua affidabilità e da comportare la sua esclusione dalla gara. In ogni caso, anche qualora la segnalazione fosse obbligatoria, da essa non dovrebbe derivare nessuna conseguenza negativa per la società istante.

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 17 ottobre 2022 con nota prot. n. 83448;

Vista la documentazione in atti e la memoria dell'istante;

Visto l'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «*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, (...) 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. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate*»;

Considerato che, da quanto emerge dalla documentazione allegata all'istanza, nel caso in esame, a seguito della conferma della proposta di aggiudicazione a favore della costituenda [OMISSIS] deliberata dal Comune in data 5 ottobre 2020, la stazione appaltante, in data 5 maggio 2021, "al fine di addivenire alla conferma di efficacia dell'aggiudicazione disposta con determinazione n. 104 del 05/10/2020", ritenuto necessario rinnovare le dichiarazioni dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, al fine di procedere alla relativa verifica, ha chiesto all'istante la produzione del DGUE delle ditte componenti [OMISSIS] e l'atto costitutivo del[OMISSIS]. In data 15 settembre 2021 e 11 ottobre 2021, il Comune ha sollecitato la trasmissione dell'atto costitutivo. In data 21 ottobre 2021, [OMISSIS] ha rinunciato all'aggiudicazione della gara in quanto "nonostante la vittoria giudiziale, sussistono motivate e manifeste ragioni per la rinuncia di cui sopra". In data 7 luglio 2022, considerato che la mancata trasmissione della documentazione prescritta dalla *lex specialis* e l'inadempimento nel porre in essere le attività necessarie e prodromiche alla stipula del contratto, configurano la mancata sottoscrizione del contratto per "fatto dell'aggiudicatario", il Comune ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva "per mancata stipula del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario". Nelle premesse di tale atto, il Comune, nel ripercorrere l'iter che ha condotto all'intenzione di revoca, ha anche richiamato alcune note con le quali [OMISSIS] ha inizialmente confermato la disponibilità alla stipula del contratto e ha trasmesso parte della documentazione richiesta (prot. n. 3482 del 09/06/2021 e successive note prot. n. 3483 del 09/06/2021 e



prot. n. 3520 del 10/06/2021). Nelle controdeduzioni rese in sede procedimentale in data 22 settembre 2022, la costituenda [OMISSIS], oltre a richiedere la sospensione del procedimento per consentire la presentazione dell'istanza di precontenzioso, ha rassegnato la propria disponibilità alla stipula del contratto purché esso sia *"economicamente sostenibile e sia ripristinato l'equilibrio economico-finanziario della prestazione dei servizi di illuminazione votiva cimiteriale in parola, nei limiti di legge, anche provvedendo a tal fine, in sede di esecuzione del contratto, alla ottimizzazione anche in termini di costi e di spesa, del realizzando impianto di illuminazione votiva cimiteriale, e di quant'altro, ed ad una rimodulazione riequilibratrice, anche verso l'alto, dei prezzi delle lampade cimiteriali per la utenza, ovviamente sempre nei limiti di legge"*;

Considerato che, secondo quanto previsto dal comma 8 dell'art. 32 d.lgs. n. 50/2016, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, sorge in capo alle parti l'obbligo di stipulare il contratto e tale obbligo deve essere adempiuto entro 60 giorni o nel diverso termine previsto dalla legge di gara. Ne consegue che ognuna delle parti può pretendere dall'altra l'adempimento. L'infruttuoso decorso del termine, tuttavia, non preclude la possibilità di stipulare il contratto, stante la natura meramente ordinatoria dello stesso (Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 5991/2022), e non ha neppure un effetto liberatorio nei confronti delle parti, le quali possono sciogliersi dal vincolo insorto con l'aggiudicazione solo nei casi previsti dalla legge. La stazione appaltante, laddove persista il pubblico interesse sotteso all'attivazione della procedura concorsuale, e in assenza di formale comunicazione dell'aggiudicatario, infatti, può, e anzi deve, stipulare il contratto (Cfr. TAR Sardegna, I, n. 660/2020). Anche nei confronti dell'aggiudicatario la scadenza del termine non ha l'effetto automatico di liberarlo dall'obbligo alla stipula, dal quale può sciogliersi, per sottrarsi al rischio di rimanere obbligato a stipulare senza sapere entro quale termine, solo mediante esplicito atto notificato alla stazione appaltante. Come ribadito dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, cit.), l'art. 32 infatti è teso alla tutela dell'aggiudicatario, il quale deve potere calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi, ma pone come presupposto per il legittimo esercizio del recesso l'inerzia dell'amministrazione; ovvero l'aggiudicatario può sciogliersi dal vincolo quando l'amministrazione si rifiuta di stipulare il contratto (cfr. Consiglio di Stato, cit.) o, decorso il predetto termine, rimane inerte lasciando l'aggiudicatario in una situazione di incertezza;

Considerato, che nel caso in esame, [OMISSIS] aggiudicataria non ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo una volta decorso inutilmente il termine di 60 giorni dall'aggiudicazione, ma ha atteso che l'amministrazione, seppur tardivamente, desse inizio al procedimento propedeutico alla stipula e, a seguito della prima richiesta di documentazione, ha anzi confermato la disponibilità a sottoscrivere il contratto ingenerando nell'amministrazione il legittimo affidamento nella positiva conclusione dell'intero iter. Solo in seguito, dopo avere ricevuto reiterate richieste di produrre l'atto costitutivo del [OMISSIS], ha notificato al Comune la volontà di rinunciare all'aggiudicazione, senza peraltro articolare alcuna motivazione se non un accenno a *"motivate e manifeste ragioni"* che non sono state esplicitate;

Ritenuto che, alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra delineate, non pare configurabile nel caso in esame la condizione per il legittimo esercizio del recesso dal vincolo insorto con l'aggiudicazione, stante la fase di avviata trattativa per la stipula in cui è intervenuto, fase che ha visto l'amministrazione dare impulso alle attività propedeutiche alla firma del contratto e, almeno inizialmente, l'aggiudicatario aderire all'iniziativa della stazione appaltante. Di talché, la rinuncia dell'aggiudicatario espressa in tali circostanze si risolve in un rifiuto ingiustificato di sottoscrivere il contratto. Quanto alla possibilità prospettata dall'istante che il recesso possa ritenersi giustificato dal sopravvenuto squilibrio economico-finanziario, dovuto al tempo trascorso e agli eventi intercorsi, si rileva che la vigente disciplina in materia di contratti pubblici riconosce rilevanza alle sopravvenienze incidenti sull'equilibrio contrattuale solo dopo la stipula del contratto, consentendo di apportare modifiche alle condizioni contrattuali senza necessità di indire una nuova procedura di gara in presenza dei presupposti richiesti dalla legge quando le parti sono poste in condizioni di parità sul piano degli impegni reciprocamente assunti (art. 106 d.lgs. n. 50/2016 per gli appalti e art. 165, comma 6, per le concessioni). Di contro, non vi sono disposizioni che lo consentono nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, fase che la prevalente giurisprudenza ritiene un proseguimento della fase



pubblicistica della procedura conclusasi con l'aggiudicazione (Consiglio di Stato, V, n. 5498/2019), e dunque ancora governata dai principi di trasparenza e parità di trattamento propri della procedura concorsuale. In assenza di previsioni normative al riguardo, non pare dunque ipotizzabile un diritto dell'aggiudicatario alla rinegoziazione, prima della stipula, di condizioni contrattuali poste alla base del confronto concorrenziale e cristallizzate con l'aggiudicazione. Di conseguenza, non si ritiene che eventuali sopravvenienze asseritamente incidenti sulle condizioni contrattuali, peraltro non esplicitate né tantomeno dimostrate dall'OMISSIS] nell'atto di rinuncia alla stipula, possano legittimare lo scioglimento dell'aggiudicatario dall'obbligo di stipulare il contratto sorto con l'aggiudicazione;

Considerato tuttavia che il caso in esame è caratterizzato da un lungo contenzioso istaurato tra la fase di aggiudicazione e la fase di stipula che ha determinato un notevole ritardo nell'avvio dell'esecuzione della concessione. In una circostanza simile, l'Autorità ha ritenuto che l'amministrazione possa valutare nell'esercizio di un potere che le compete in via esclusiva, se tale circostanza possa incidere negativamente sull'equilibrio economico-finanziario della concessione, e che, se ritenga che tale dilazione dei tempi occorrenti per l'avvio del servizio sia in grado eventualmente di pregiudicare il perseguimento dell'obiettivo di equilibrio dell'operazione, la stessa amministrazione possa valutare di procedere ad un eventuale aggiornamento della base d'asta secondo l'indice Istat (limitatamente al periodo intercorrente tra data inizialmente prevista per l'inizio del servizio e la data di effettivo avvio dello stesso), con l'ulteriore precisazione che differenti modalità di revisione della base d'asta dovrebbero essere contemplate nella documentazione di gara, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia UE (*ex multis* sentenza del 7 settembre 2016, C 549-14) e della stessa Autorità (Parere n.82 del 30/05/2012), fermo restando che l'allocatione del rischio deve permanere sull'operatore economico secondo lo schema proprio della concessione (Parere prot. n. 73581 del 20/09/2019; cfr. anche, sulla stessa vicenda, TAR Toscana, I, n. 228/2022);

Ritenuto pertanto che rientri nella facoltà della stazione appaltante valutare se, nel caso in esame, le sopravvenienze evidenziate nell'istanza di parere, quale il lasso temporale intercorso tra l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, al momento ancora pendente, siano tali da incidere negativamente sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e sia quindi indispensabile procedere all'aggiornamento della base d'asta nei limiti sopra indicati;

Visto, con riferimento alla segnalazione ad Anac, l'art. 213, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale l'Autorità gestisce il Casellario Informativo dei contratti pubblici, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80. La norma prevede anche che l'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso. Con proprio regolamento (Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), l'Autorità ha previsto che la sezione B del Casellario contiene le notizie, le informazioni e i dati concernenti i provvedimenti di esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto o di concessione e di revoca dell'aggiudicazione per la presenza di uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, che consolidano il grave illecito professionale posto in essere nello svolgimento della procedura di gara od altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico. L'art. 11 del medesimo regolamento prevede che le stazioni appaltanti e gli altri soggetti detentori di informazioni concernenti l'esclusione dalle gare ovvero fatti emersi nel corso di esecuzione del contratto hanno l'obbligo di inviare all'Autorità tali informazioni nel termine di 30 giorni decorrenti dalla conoscenza o dall'accertamento delle stesse;

Considerato che la revoca dell'aggiudicazione, con conseguente impossibilità di stipulare il contratto, costituisce, in quanto notizia potenzialmente incidente sull'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico, rientra tra quelle soggette all'obbligo di segnalazione. Ciò tuttavia non determina l'automatica annotazione nel Casellario. In ordine all'esercizio del potere di annotazione, la giurisprudenza amministrativa ha specificato



infatti che l'Autorità ha il dovere di valutare sia la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario, sia l'utilità della stessa quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dalla annotazione. In particolare, è stato precisato che «*in tutti in casi in cui le annotazioni non rientrino tra quelle tipizzate dal legislatore come "atto dovuto", le stesse devono essere adeguatamente motivate in ordine alle ragioni della ritenuta utilità* (Tar Lazio, I, 8 marzo 2019, n. 3098). Con riferimento all'ipotesi di decadenza dall'aggiudicazione, l'ANAC ha il dovere di valutare se il fatto che ha dato origine al provvedimento dell'amministrazione è rilevante al fine di una valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico da parte delle stazioni appaltanti (TAR Lazio, I-quater, n. 9451/2022);

Considerato ulteriormente che l'eventuale iscrizione nel Casellario della notizia della revoca dell'aggiudicazione non avrebbe comunque un effetto interdittivo automatico della partecipazione alle gare delle imprese componenti [OMISSIS]. Come rilevato dalla giurisprudenza, infatti, la finalità del compito affidato all'Anac dal richiamato art. 231, comma 10, consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici, il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara. Pertanto, nel valutare se un fatto rientri o meno tra le cd "notizie utili", l'Autorità non esprime una propria valutazione sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'inserimento della notizia nel Casellario ai fini delle future valutazioni delle stazioni appaltanti, che tuttavia rimangono sempre libere di esaminare sia i fatti annotati nel Casellario, sia altre vicende professionali, come chiarito sia dal testo delle Linee Guida Anac n. 6 (par. 4.2.), che dalla consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, V, n. 4299/2021; Consiglio di Stato, III, n. 5659/2021);

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- non sia configurabile la condizione per il legittimo scioglimento dell'aggiudicatario dall'obbligo di stipulare il contratto sorto con l'aggiudicazione, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di valutare se le sopravvenienze evidenziate nell'istanza di precontenzioso siano tali da incidere negativamente sull'equilibrio economico-finanziario della concessione e sia quindi indispensabile procedere all'aggiornamento della base d'asta nei limiti sopra indicati;
- la revoca dell'aggiudicazione rientra tra le notizie soggette all'obbligo di segnalazione all'Anac;
- la valutazione della concreta rilevanza della notizia utile annotata nel Casellario informatico ai fini della valutazione del possesso dei requisiti spetta alla singola stazione appaltante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 dicembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci