

**N. 04918/2014REG.PROV.COLL.
N. 01867/2012 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1867 del 2012, proposto da:

Engeco S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (R.t.i.) con Busi Costruzioni S.r.l., rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe

Rusconi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, Piazzale Flaminio, n. 19;

contro

Comune di Lecco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Pietro Locati, con domicilio eletto presso Antonella Giglio in Roma, via Antonio Gramsci, n. 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 3152/2011, resa tra le parti, concernente decadenza aggiudicazione appalto per lavori di manutenzione delle strade.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Lecco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Rusconi e Antonella Giglio, su delega dell'avvocato Marco Pietro Locati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante proponeva ricorso dinanzi al TAR per la Lombardia invocando l'annullamento del provvedimento del Comune di Lecco n. 67847 del 21 novembre 2008, con cui veniva dichiarata nei suoi confronti la decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto per la manutenzione delle strade e degli atti connessi, quali la successiva determinazione amministrativa n. 72971 del 17 dicembre 2008, di incameramento della cauzione, chiedendone l'annullamento e formulando domanda di risarcimento danni.

2. Accadeva, infatti, che l'amministrazione comunale di Lecco contestasse alla originaria ricorrente gravi inadempimenti, consistiti: a) nella mancata consegna di tutti i documenti necessari per stipulare il contratto ed avviare i lavori; b) nell'inadempimento all'obbligo, previsto negli atti di gara, di iniziare i lavori, su richiesta dell'Amministrazione, entro 20 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; ed in ragione di ciò adottasse nei loro confronti il citato provvedimento di decadenza.

3. Avverso le suddette amministrazioni insorgeva l'originaria ricorrente, proponendo ricorso per annullamento dinanzi al TAR per la Lombardia, che non riteneva, però, fondate le censure proposte.

In particolare, il primo giudice rilevava che la stazione appaltante avesse

stabilito un inizio dei lavori entro il luglio del 2008, mentre era provato che il cronoprogramma consegnato dalle ricorrenti avesse fissato l'inizio dei lavori al 4 agosto 2008, segnando così il certo inadempimento all'obbligo di avviarli entro luglio. Pertanto ad avviso del TAR, *“posto che non è contestato in causa che l'Amministrazione abbia inteso avvalersi della facoltà di procedere d'urgenza, nelle more della stipula del contratto, è palese l'essenzialità del termine e dunque la gravità dell'inadempimento: quand'anche la consegna dei lavori non fosse avvenuta da parte della P.A. il 9 luglio, la preventiva declaratoria della ricorrente di non poter adempiere entro il termine essenziale ben consentiva alla stazione appaltante di non addivenire all'effettiva consegna e di procedere alla risoluzione del rapporto, secondo un noto principio civilistico, di comune e generale applicazione. È dunque insostenibile in diritto, come pretenderebbe la ricorrente, che la stazione appaltante, acquisita prova della volontà dell'appaltatore di non adempiere nel termine essenziale, abbia l'obbligo, ai sensi dell'art. 129 del d.P.R. n. 554 del 1999, di convocare una nuova seduta per la consegna dei lavori.*

Né vi è alcuna prova che il Comune abbia accettato da ultimo “informalmente” uno slittamento ad agosto, come la ricorrente si limita ad asserire (doc. 13), in ciò smentita dalla difesa dell'Amministrazione”.

3.1. Conseguentemente, l'amministrazione comunale aveva adottato un primo atto di decadenza in data 22 luglio 2008, annullato in autotutela per un vizio

formale, e poi un secondo analogo provvedimento del 21 novembre 2008. Nelle more, invece, l'originaria ricorrente dichiarava di valersi della facoltà di recesso attribuita dall'art. 109 del d.P.R. n. 554 del 1999, norma quest'ultima a giudizio del TAR non utilizzabile, però, in quanto essa presuppone l'inadempimento della stazione appaltante all'obbligo di contrarre: tale obbligo viene tuttavia meno in caso di eccezione di inadempimento, ovvero quando sia l'inadempimento imputabile alla controparte a giustificare il differimento, o, come è accaduto nel nostro caso, il mancato assolvimento di una prestazione, superata da una causa risolutiva del rapporto che va imputata all'obbligato.

3.2. Il primo giudice, pertanto, concludeva per l'infondatezza delle doglianze concernenti: a) la violazione del bando e dell'art. 129 del d.P.R. n. 554 del 1999, secondo cui l'Amministrazione non avrebbe proceduto alla consegna dei lavori nelle forme previste; b) la violazione dell'art. 109 del d.P.R. n. 554 del 1999 e dell'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui l'appaltatore può sciogliersi dall'obbligo a contrarre, ove la stipula non sia intervenuta entro 60 giorni dall'aggiudicazione. Quindi, concludeva per il rigetto della domanda di annullamento del provvedimento di decadenza e di incameramento della cauzione, della domanda di risarcimento del danno per l'assenza di un illecito addebitabile all'amministrazione e per l'inammissibilità della domanda di

annullamento del bando per l'assenza di doglianze specifiche e del primo provvedimento di decadenza, essendo lo stesso privo di efficacia in quanto annullato dalla stessa amministrazione in autotutela.

4. Avverso la sentenza di prime cure propone appello l'originaria ricorrente, sostenendo che la sentenza sarebbe erronea: a) nella parte in cui opererebbe una confusione e commistione tra consegna dei lavori ed effettivo inizio dei lavori. Infatti, l'appellante avrebbe subito la revoca dei lavori perché, con una potenziale consegna dei lavori tra metà e fine luglio, avrebbe presentato un cronoprogramma che fissava l'inizio dei lavori al 4 agosto 2008. Ma l'inizio dei lavori potrebbe non coincidere con la consegna degli stessi come dimostrerebbe l'art. 8, comma 1, lett. t), d.p.r. n. 554/1999; b) per violazione dell'art. 129 d.p.r. n. 554/1999 e dell'art. 1457 c.c., atteso che l'aggiudicazione provvisoria sarebbe intervenuta in data 4 giugno 2008 con notevole ritardo, quindi, sarebbero seguiti una serie di incontri propedeutici alla consegna dei lavori che sarebbe dovuta avvenire il 9 luglio 2008. Ma difetterebbe un qualsivoglia verbale di consegna dei lavori che, ai sensi del citato art. 129, comma 6, ne attesti l'effettività. Il contenuto del verbale di consegna descritto dall'art. 130 d.p.r. n. 554/1999 sarebbe tale che lo stesso non può dirsi rinvenibile in alcuno degli atti prodotti in giudizio. Anche qualora dovesse

ritenersi che la consegna dei lavori sia avvenuta il 9 o il 19 luglio 2008, l'appaltatore rimarrebbe libero di iniziare i lavori quando crede. Erronea sarebbe anche la sentenza laddove qualifica come termine essenziale il luglio 2008, che sarebbe stato non rispettato dal cronoprogramma che fissava l'inizio dei lavori il 4 agosto 2008, perché una simile costruzione non rispetterebbe quanto disposto dall'art. 1457 c.c.. Una simile qualificazione non apparirebbe coerente con quanto affermato dalla stessa sentenza in ordine alla flessibilità del termine di consegna secondo la stazione appaltante. Inoltre il termine per la consegna dei lavori non potrebbe considerarsi essenziale in ragione della possibilità di concedere un termine suppletivo. In ogni caso non potrebbe essere qualificato come grave inadempimento la proposizione di un cronoprogramma che prevede l'inizio dei lavori dopo pochi giorni; c) per violazione dell'art. 109 d.p.r. n. 554/1999, in quanto in data 8 ottobre 2008 l'appellante dichiarava di volersi valere della facoltà di recesso di cui al citato art. 109 per non essere stato stipulato il contratto entro 60 giorni dall'aggiudicazione. L'esercizio di una simile facoltà non poteva essere contrastato dal presunto inadempimento dell'appellante, che invece si sarebbe sempre resa disponibile. Inoltre il provvedimento del 22 luglio 2008 sarebbe inesistente perché annullato in autotutela.

L'appellante, infine, ripropone i motivi non esaminati dal TAR anche avverso il bando di gara.

5. Costituitasi in giudizio, l'amministrazione comunale invoca la conferma della pronuncia di prime cure, rilevando che i tempi di aggiudicazione si sarebbero allungati per la necessità della stazione appaltante di valutare i prezzi offerti dall'appellante. Con comunicazione scritta del 19 maggio 2008 l'aggiudicatario avrebbe dichiarato di essere disponibile all'avvio dei lavori concordandone la consegna per il 9 luglio 2008. Con la consegna del cronoprogramma il comune avrebbe appreso che l'appellante aveva procrastinato la consegna al 4 agosto 2008. Quanto al recesso dell'appaltatore ex art. 109 d.p.r. n. 554/1999, questo non impedirebbe il riesame degli atti da parte della stazione appaltante; pertanto il procedimento avviato per l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione non avrebbe potuto essere posto a fondamento dell'esercizio del recesso da parte del privato.

6. L'appello è infondato e non può essere accolto.

7. Secondo la lettera P del bando di gara pag. 9, la decadenza dell'aggiudicazione può intervenire, nel caso in cui la stazione appaltante richieda la procedura d'urgenza, in caso di mancato adempimento dell'aggiudicatario all'obbligo di consegna dei lavori entro 20 giorni dal

ricevimento della comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto e di mancato inizio dei lavori entro 20 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione definitiva. Dall'esame degli atti risulta che nel verbale del 19 giugno 2008, avente ad oggetto la comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, era stata fissata quale data di consegna dei lavori quella del 9 luglio 2008. Nel verbale del 23 giugno 2008 si stabiliva che il responsabile unico del procedimento avrebbe comunicato a breve la data di consegna ed inizio dei lavori. In mancanza, però, di una diversa indicazione non v'è dubbio che l'unica data assegnata dall'amministrazione fosse quella prima indicata e che nel cronoprogramma l'odierna appellante avesse indicato la differente data del 4 agosto 2008 per l'inizio dei lavori.

Nella fattispecie, inoltre, non può desumersi dall'art. 8, comma 1, lett. t), d.p.r. n. 554/1999, come ritiene l'appellante, che la data di consegna dei lavori debba essere diversa da quella di inizio dei lavori. Al contrario, una diversa conclusione si raggiunge dall'esame dell'art. 130, d.p.r. n. 554/1999, che lascia presumere come ordinariamente la data di consegna lavori ed inizio lavori coincidano. Sotto questo profilo appare illuminante quanto dispone il comma 4 del citato art. 130: *“Il processo verbale è redatto in doppio esemplare firmato dal direttore dei lavori e dall'appaltatore. Dalla data di esso decorre il termine utile per il*

compimento dei lavori”. Né dalle previsioni del bando di gara si avverte la presenza di un termine non coincidente per la consegna e per l’inizio dei lavori.

Pertanto, sotto questo profilo la critica portata alla sentenza di prime cure non può essere accolta.

8. Anche la seconda doglianza non può essere condivisa, considerato che la stazione appaltante ha posto l’accento sulla dichiarazione contenuta nel cronoprogramma, prodotto dall’appellante, di voler dare inizio ai lavori il 4 agosto 2008, secondo una tempistica incompatibile con quella stabilita con l’amministrazione comunale e di per sé inottemperante rispetto agli obblighi fissati alla luce della legge di gara. In questo senso l’affermazione da parte dell’aggiudicatario di non voler rispettare il termine essenziale fissato per l’inizio dei lavori, come di fatto accaduto, appare fattispecie riconducibile nell’ambito dell’art. 1457 c.c. Disposizione quest’ultima nella quale il mancato rispetto del termine genera ex se la risoluzione di diritto a meno che il creditore entro tre giorni non rinunci all’effetto in questione, manifestando la propria volontà di ricevere la prestazione. Né in quest’ipotesi può farsi luogo ad una valutazione in ordine alla gravità dell’inadempimento, giacché la stessa risulta assorbita da quella sull’essenzialità del termine, che nella fattispecie non

appare in dubbio.

Del resto non può affermarsi la natura non essenziale del termine dalla possibilità che le parti ne convenissero un suo differimento, considerato che una simile eventualità non aveva in concreto a manifestarsi e non incide sulla natura del termine stesso, poiché è nella disponibilità delle parti la eventuale rimodulazione dei suoi elementi.

9. Da ultimo, non appare condivisibile la paventata violazione dell'art. 109, d.p.r. n. 554/1999, in quanto l'esercizio della facoltà di recesso operato dalla odierna appellante era condizionato dalla possibilità che il contratto potesse essere stipulato. Ma nella fattispecie il mancato rispetto dell'inizio dei lavori da parte dell'odierna appellante aveva integrato i presupposti per l'esercizio del potere di dichiarare la decadenza da parte della stazione appaltante. Possibilità quest'ultima che si colloca prioritariamente, sia dal punto di vista logico che da quello giuridico, rispetto alla facoltà di recesso dell'aggiudicatario.

Sicché non può essere condivisa la doglianza in ordine alla non corretta applicazione della norma *de qua* da parte della stazione appaltante.

10. Infine, va rilevato che non appare sufficiente la mera riproposizione dei motivi di doglianza contenuti nel ricorso di primo grado avverso il bando di gara, atteso che gli stessi sono stati esaminati dal primo giudice e ritenuti

inammissibili. Pertanto, sarebbe stato necessario gravare sul punto la statuizione della sentenza di prime cure.

11. L'appello deve, pertanto, essere respinto, trovando conferma l'impugnata sentenza. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello (R. n. 1867/2012), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Lecco.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)