

APPALTI: Consiglio di Stato - Sezione Quinta - Sentenza 3 gennaio 2025, n. 25.

1. Appalto di fornitura – Offerta economica – Termine di validità ex art. 32, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016 –Decorrenza: termine ultimo di presentazione delle offerte -Scadenza: adozione del provvedimento di aggiudicazione.

2. Appalto di fornitura – Decadenza dell'aggiudicazione – Omessa impugnazione della disposta decadenza –Adozione dei conseguenti provvedimenti di natura obbligatoria: annotazione nel casellario informatico dei contratti pubblici -Inoppugnabilità

3. Appalto di fornitura -Aggiudicazione sulla base dell'offerta economica liberamente presentata -Contestazione della remuneratività dell'offerta –Impossibilità -Ragioni.

4. Appalto di fornitura – Giurisdizione amministrativa -Controversie originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti di scelta del contraente: “decadenza” dall'aggiudicazione – Giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 c.p.a. -Sussiste

1. Il termine di 180 giorni per la validità dell'offerta previsto dall'articolo 32, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 decorre dal termine ultimo di presentazione delle offerte e ha come dies ad quem il momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e non quello del completamento della successiva fase di integrazione dell'efficacia che dipende dalla verifica dei requisiti di partecipazione. (1).

2. La mancata impugnazione del provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante per omessa allegazione di documenti preordinati alla stipulazione del contratto non consente all'operatore aggiudicatario di dolersi dei conseguenti provvedimenti di natura obbligatoria e non discrezionale adottati dalle competenti autorità (nella specie, la segnalazione della stazione appaltante e l'iscrizione disposta dall'Autorità nazionale anticorruzione al casellario informatico dei contratti pubblici ai sensi dell'articolo 213, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). (2).

3. Una volta liberamente presentata l'offerta, l'operatore economico, divenuto aggiudicatario, non può poi lamentarsi di non essere in grado di eseguire l'opera perché il corrispettivo che egli stesso ha domandato non lo remunera a sufficienza dell'attività svolta, senza incorrere in palese contraddizione che toglie credito alla serietà della sua condotta sin dal tempo della presentazione dell'offerta. (3).

4. Vanno repute controversie “relative a procedure di affidamento” ad evidenza pubblica ex art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 (primo inciso), Cod. proc. amm. perciò riservate alla giurisdizione esclusiva, quelle che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi concernenti il procedimento di scelta del contraente.

Tra questi atti rientra il provvedimento di “decadenza” dall'aggiudicazione (detto anche di “revoca” dell'aggiudicazione o di “esclusione” dell'operatore economico, anche se sopravvenuto all'espletamento della gara) adottato nei confronti dell'aggiudicatario per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione (cfr., tra le tante, già Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 844) emersa dopo l'aggiudicazione, in occasione della verifica ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto o per mancata attuazione di altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto (4).

(1) Conformi: T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 16 marzo 2022, n. 764.

(2) Non risultano precedenti negli esatti termini.

(3) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2021, n. 5107.

(4) Conformi: Cons. Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354; 14 luglio 2022, n. 5991; 2 febbraio 2022, n. 722; 2 agosto 2019, n. 5498.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS- s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2024 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati De Pauli, in dichiarata delega dell'avvocato Cassar, nonché Nunziata, in dichiarata delega dell'avvocato Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel corso dell'anno 2022 l'Agenzia Nazionale Anticorruzione (ANAC) disponeva una annotazione non interdittiva nel Casellario informatico dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture nei confronti della società -OMISSIS- s.p.a. (già -OMISSIS-s.p.a.), avente il seguente contenuto: *“la Stazione Appaltante (S.A.) -OMISSIS- s.p.a. - c.f. -OMISSIS-, con note acquisite al protocollo dell'Autorità il 20.01.2022 e il 21.01.2022 rispettivamente nn. -OMISSIS- ha segnalato di avere disposto con -OMISSIS-del 22.11.2021 la decadenza dell'aggiudicazione afferente la "Fornitura di energia elettrica e servizi associati ad -OMISSIS- s.p.a. per l'anno 2022 - CIG 8678887C1C" nei confronti dell'Operatore Economico (O.E.) -OMISSIS-s.p.a. – c.f.-OMISSIS-.*

La decadenza è stata disposta dopo che -OMISSIS-s.p.a., a riscontro dell'istanza del 28.10.2021 da parte della S.A. di comprovare il possesso dei requisiti specifici di partecipazione alla procedura, ha dichiarato il 05.11.2021 che l'offerta economica presentata il 03.05.2021 risulta scaduta, essendo trascorsi più di 180 giorni dalla sua sottoscrizione, e che pertanto l'impresa è svincolata dalla medesima.

L'aggiudicazione era stata disposta nei confronti di -OMISSIS-s.p.a. il 27.10.2021 a seguito della sopravvenuta decadenza del 26.10.2021 dell'aggiudicazione precedentemente disposta a favore di altra impresa.

L'O.E. ha eccepito che in data 30.10.2021 è scaduto il termine di 180 giorni di validità dell'offerta ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs 50/2016, il quale prevede che l'aggiudicatario, una volta scaduta l'offerta e prima della stipula del contratto, può con atto espresso liberarsi da ogni impegno con la S.A.

Pertanto, dopo la data del 05.11.2021, ad aggiudicazione ancora inefficace, non può essere pretesa la sottoscrizione del contratto e di conseguenza la dimostrazione dei requisiti dichiarati in sede di gara è divenuta superflua. Ha altresì precisato che nel periodo intercorrente tra la presentazione

dell'offerta e l'aggiudicazione si è assistito ad un imprevedibile e straordinario aumento dei prezzi delle materie prime e l'offerta stessa è divenuta economicamente insostenibile”.

Tale provvedimento veniva impugnato da -OMISSIS-s.p.a. innanzi al Tribunale amministrativo del Lazio.

La ricorrente deduceva di aver preso parte alla procedura di gara indetta da -OMISSIS- s.p.a., con bando pubblicato in data 12 aprile 2021, per fornitura di energia elettrica e servizi associati per l'anno 2022; riferiva inoltre che il prezzo originariamente indicato nel bando sarebbe da subito risultato non coerente con il contesto di mercato, tanto che la stazione appaltante – con avviso del 27 aprile 2021 – disponeva che *“nella prima fase della procedura saranno ammesse a partecipare anche offerte aventi un prezzo superiore alla base asta -OMISSIS-”.*

All'esito delle procedure di verifica delle offerte venivano considerate ammissibili quella di -OMISSIS- s.r.l. e della ricorrente: quella di -OMISSIS- s.r.l. veniva quindi posta a base della successiva fase di asta elettronica, con facoltà della ricorrente di intervenire al rialzo.

La procedura subiva un arresto nei successivi cinque mesi, durante i quali il mercato dell'energia era interessato da un notevolissimo ed imprevedibile aumento del costo dell'approvvigionamento, sino a quando, in data 22 settembre 2021, la stazione appaltante avviava l'asta elettronica, che andava però deserta.

A tal punto il servizio veniva aggiudicato ad -OMISSIS- s.r.l. in data 4 ottobre 2021.

Quest'ultima, però, opponeva che la crisi energetica *medio tempore* intervenuta integrava un evento di forza maggiore che aveva reso eccessivamente oneroso il contratto da stipulare, invitando pertanto l'amministrazione a revocare in autotutela la procedura di gara, cosa che effettivamente avveniva con determina n. 22 del 26 ottobre 2021.

Successivamente, su conforme proposta del RUP, -OMISSIS- s.p.a. aggiudicava il servizio alla ricorrente con determina n. 23 del 27 ottobre 2021, nella quale altresì si invitava -OMISSIS-s.p.a. a documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale previsti al punto 5.3 del Disciplinare di gara entro il successivo termine del 5 novembre 2021.

A riscontro di tale invito, però, la società rappresentava che l'offerta economica da lei presentata doveva ritenersi ormai scaduta, essendo trascorsi più di 180 giorni dalla sua sottoscrizione; in ogni caso escludeva di voler sottoscrivere il contratto di appalto, *“essendo la prestazione divenuta eccessivamente onerosa per mutate condizioni del mercato”.*

Per l'effetto, la stazione appaltante con -OMISSIS-del 22 novembre 2021 revocava l'aggiudicazione, segnalando la decisione all'ANAC la quale, in data 31 gennaio 2022, avviava il procedimento per l'annotazione della decadenza quale notizia utile, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

A fronte delle note difensive prodotte dalla società aggiudicataria, l'ANAC chiedeva alla stazione appaltante di chiarire se effettivamente, nel caso di specie, l'operato dell'operatore economico dovesse ritenersi *“grave, persistente e tale da rendere dubbia la sua affidabilità ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs 50/2016”*; quindi, con comunicazione del 27 aprile 2022, veniva notificato alla ricorrente il provvedimento con il quale veniva disposta a suo carico l'annotazione della decadenza dell'aggiudicazione, quale notizia utile ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

Avverso il detto provvedimento la ricorrente proponeva gravame, affidato a tre distinti motivi di impugnazione.

Costituitasi in giudizio, l'ANAC ribadiva la correttezza del proprio operato, insistendo per la reiezione del ricorso, in particolare evidenziando la natura di mera pubblicità notizia dell'annotazione disposta ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 e la completezza dell'istruttoria all'uopo svolta.

Anche la stazione appaltante (-OMISSIS- s.p.a.) si costituiva, insistendo per il rigetto del ricorso.

Con sentenza 1° febbraio 2024, n. 1990, il giudice adito respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione la società -OMISSIS- s.p.a. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Error in procedendo e in iudicando – Violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale – Violazione dell'art. 64 c.p.a. – Violazione dell'art. 8 c.p.a.*
- 2) *Error in procedendo e in iudicando – Violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale – Violazione dell'art. 64 c.p.a. – Violazione di legge – Violazione degli artt. 32 e ss., 80 e ss. e 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Violazione del “Regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50” approvato con delibera n. 861 del 02.10.2019 e modificato con decisione del Consiglio del 29.07.2020 – Violazioni degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione – Eccesso di potere per sviamento – Difetto di motivazione e di istruttoria – Difetto assoluto dei presupposti.*
- 3) *Error in procedendo e in iudicando – Violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale – Violazione dell'art. 64 c.p.a. – Violazione di legge – Violazione degli artt. 37 e ss., 80 e ss. e 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Violazione del “Regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50” approvato con delibera n. 861 del 02.10.2019 e modificato con decisione del Consiglio del 29.07.2020 – Violazioni degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione – Eccesso di potere per sviamento – Difetto di motivazione e di istruttoria.*

Si costituiva in giudizio -OMISSIS- s.p.a., insistendo per il rigetto del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 24 ottobre 2024 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata nella parte in cui il TAR ha escluso di potersi pronunciare, anche solo in via incidentale, sul diritto di AGSM a svincolarsi dall'offerta di gara.

Ad avviso dell'appellante, infatti, al di là della qualificazione formale nei termini di “decadenza dell'aggiudicazione”, oggetto della vertenza non sarebbe la legittimità o meno di un provvedimento di decadenza nel senso proprio del termine, bensì il diritto dell'operatore economico di sciogliersi dall'offerta vincolante a suo tempo presentata, rispetto al quale il “provvedimento” adottato dalla stazione appaltante avrebbe dovuto essere qualificato nei termini di atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in mancanza di quest'ultima, quale recesso dalle trattative volte alla stipula del contratto a seguito dell'aggiudicazione, in quanto tale espressione di un potere di natura *privatistica*.

In quanto provvedimento di natura privatistica, *“non si assiste ad alcun consolidamento dell'atto, sicché la Società ha pieno interesse all'accertamento, quanto meno in via incidentale e nella misura in cui sia necessario ai fini della verifica in merito alla legittimità del provvedimento ANAC qui impugnato”* (la stessa ANAC, del resto, ad avviso dell'appellante ben avrebbe potuto a sua volta pronunciarsi sulla possibilità di AGSM di esercitare il recesso, atteso che con deliberazione -OMISSIS- del settembre 2020, l'Agenzia aveva puntualizzato le regole che presiedono al legittimo recesso degli operatori in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta, chiarendo che nei casi in cui entro il 180° giorno l'aggiudicazione non fosse divenuta efficace, l'operatore sarebbe stato legittimato al recesso unilaterale, senza incorrere pertanto in alcun inadempimento ove si fosse rifiutato di sottoscrivere il contratto).

La valutazione sulla fondatezza dell'addebito verrebbe pertanto a coincidere con la verifica in merito all'esistenza del fatto storico, trattandosi di verificare se entro il termine di 180 giorni, l'aggiudicazione non solo sia stata disposta, ma sia anche divenuta pienamente efficace.

Il motivo non può essere accolto.

E' infatti dirimente il rilievo – bene evidenziato dal primo giudice nella sentenza impugnata – che il provvedimento di decadenza adottato dalla stazione appaltante, corretto o meno che fosse, non è stato impugnato, nei termini di legge, dall'odierna appellante, di talché la stessa non avrebbe successivamente potuto dolersi, per difetto di interesse, dei conseguenti provvedimenti – di natura

obbligatoria e non discrezionale – successivamente adottati dalle competenti autorità (nella specie, la segnalazione della stazione appaltante e l’iscrizione disposta dall’ANAC).

Né potrebbe sostenersi – per superare il detto ostacolo di carattere processuale – che la vertenza in esame attenga, in realtà, alla fase cd. “privatistica” del rapporto, con conseguente sottrazione della stessa alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto collocantesi in un momento successivo all’aggiudicazione della gara, ancorché non vi fosse ancora stata la stipula contrattuale (e, occorre precisare, ancorché non fosse stata disposta alcuna esecuzione anticipata del rapporto): ritiene infatti il Collegio di dover dare continuità all’orientamento (*ex multis*, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2022, n. 722; 14 luglio 2022, n. 5991) secondo cui dal punto di vista sistematico vanno repute controversie “relative a procedure di affidamento” ad evidenza pubblica *ex art. 133, comma primo, lett. e), n. 1* (primo inciso), Cod. proc. amm. perciò riservate alla giurisdizione esclusiva, quelle che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l’aggiudicazione, riguardano

comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull’individuazione del contraente e comunque sono originate dall’adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi concernenti il procedimento di scelta del contraente (così Cons. Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217).

Tra questi atti rientra il provvedimento di “decadenza” dall’aggiudicazione (detto anche di “revoca” dell’aggiudicazione o di “esclusione” dell’operatore economico, anche se sopravvenuto all’espletamento della gara) adottato nei confronti dell’aggiudicatario per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione (cfr., tra le tante, già Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 844) emersa dopo l’aggiudicazione, in occasione della verifica *ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016*, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5354; 2 agosto 2019, n. 5498) o per mancata attuazione di altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto.

Con il secondo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata nella parte in cui riconosce come sostanzialmente corretta la segnalazione di -OMISSIS- ad ANAC, con conseguente fondatezza dell’iscrizione nel relativo casellario.

Il primo giudice aveva infatti ritenuto che il termine previsto dall’art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, pari a 180 giorni per la validità dell’offerta, decorresse dal termine ultimo di presentazione delle offerte, individuando quale *dies ad quem* il momento dell’adozione del provvedimento di aggiudicazione: la verifica in merito al possesso dei requisiti atterrebbe pertanto la fase integrativa dell’efficacia di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo, con la conseguenza che al momento dell’aggiudicazione, risalente al 27 ottobre 2021, il termine di 180 giorni non era ancora decorso.

Deduce l'appellante che tale tesi, oltreché errata, si discosterebbe dalle stesse indicazioni rese dall'ANAC con -OMISSIS- del settembre 2020, in particolare laddove si rileva che *“alla scadenza naturale del termine, qualora non sia stata ancora dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione, deve essere riconosciuto all'operatore economico il diritto di svincolarsi dalla propria offerta”*: ricevuta la segnalazione, ANAC avrebbe pertanto avuto un preciso obbligo di non dar luogo all'iscrizione, in quanto, prima ancora della disposizione codicistica, lei stessa aveva fornito puntuali indicazioni su analoga fattispecie, nelle forme di chiarimenti alle stazioni appaltanti.

Nella suddetta Delibera, in particolare, ANAC avrebbe riconosciuto che il *dies ad quem* per la scadenza del termine di 180 giorni non coincideva con quello di adozione del provvedimento di aggiudicazione, bensì con quello (successivo) nel quale l'aggiudicazione acquisisca efficacia (vale a dire al termine della fase integrativa dell'efficacia).

Ciò sarebbe coerente con *ratio* e finalità del casellario: se infatti è vero che la valutazione di merito sulla rilevanza dell'adempimento è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, altrettanto dovrebbe riconoscersi l'obbligo per l'ANAC di preliminarmente verificare l'esistenza dell'inadempimento contestato.

La stessa interpretazione dell'art. 32 d.lgs. n. 50 del 2016 propugnata nella sentenza gravata sarebbe peraltro erronea, in quanto smentita dal tenore letterale della disposizione: il comma 4, in particolare, prevede che *“L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”*, laddove il successivo comma 7 precisa che *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*.

Il successivo comma 8 completerebbe quindi tali previsioni, nel senso che *“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, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto”*.

In pratica, la norma opererebbe un bilanciamento tra gli interessi (potenzialmente) contrapposti dei partecipanti alla gara e della stazione appaltante per cui, da un lato, se le offerte irrevocabili hanno una scadenza predeterminata, entro la quale deve necessariamente divenire efficace l'aggiudicazione, dall'altro, una volta che ciò sia avvenuto, è previsto un ulteriore termine di 60 giorni entro il quale dev'essere materialmente sottoscritto il contratto.

Ciò premesso, risulterebbe incontestato in atti che il rifiuto di -OMISSIS-s.p.a. era stato comunicato prima dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione e dopo la scadenza dell'offerta, ragion per cui tale decisione non avrebbe potuto qualificarsi come "inadempimento", bensì quale legittima facoltà dell'operatore, esercitata in conformità alle indicazioni fornite dall'ANAC e fondata su un dato oggettivo: il prezzo alla base dell'offerta era divenuto – a fronte dell'estrema dilatazione temporale della procedura di gara – del tutto fuori mercato.

Ne consegue che l'ANAC avrebbe dovuto disporre l'archiviazione del procedimento, difettando il "fatto storico" oggetto di segnalazione.

Neppure questo motivo può essere accolto.

L'appellante deduce, in buona sostanza, una inadeguata istruttoria da parte dell'ANAC, che avrebbe dovuto rilevare la presunta manifesta infondatezza delle circostanze fatte oggetto di segnalazione da parte della stazione appaltante e, per l'effetto, non procedere alla loro annotazione nel casellario.

Una volta preso atto – come già ricordato – della mancata impugnazione del provvedimento di decadenza notificato all'appellante, correttamente l'ANAC ha ricondotto quanto rappresentato dalla stazione appellante alla fattispecie della "risoluzione contrattuale per fatto dell'aggiudicatario", che non può ragionevolmente dubitarsi rilevi ai fini dell'apprezzamento del requisito dell'affidabilità professionale e giustifichi, in tal modo, la disposta annotazione.

Quest'ultima, del resto, risulta completa, dando effettivamente conto delle diverse giustificazioni rese da -OMISSIS-s.p.a. in sede procedimentale.

Con il terzo motivo di appello, ampiamente complementare al precedente, l'appellante lamenta quindi la presunta mancata valutazione sull'utilità della segnalazione: invero, a prescindere dalla legittimità o meno del rifiuto a contrarre, l'impossibilità di dare seguito ad offerte formulate prima della crisi del prezzo dell'energia non sarebbe sintomo di alcuna inaffidabilità, né della violazione dei principi di buona fede e diligenza, trattandosi di una mera conseguenza della crisi energetica. Si tratterebbe pertanto di un'informazione del tutto inutile, in quanto relativa a circostanze purtroppo comuni a tutti gli operatori di mercato.

Neppure sarebbero corretti i richiami al rifiuto di contrarre opposto da -OMISSIS- s.r.l. (originaria aggiudicataria), stante la diversità di presupposti: quest'ultima non avrebbe infatti opposto la scadenza del termine massimo di vincolatività della propria offerta, bensì la circostanza che l'aumento incontrollato (e non prevedibile) dei prezzi dell'energia avrebbe dovuto imporre il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione (-OMISSIS- avrebbe dunque contestato atti di decadenza in senso proprio del termine, emanati nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica non ancora conclusa, facendo così valere una posizione di interesse legittimo).

Attenendo per contro la posizione di -OMISSIS- s.p.a. non ad un provvedimento di decadenza, bensì al diritto soggettivo di sciogliersi dall'offerta vincolante a suo tempo presentata ex art. 32, comma 4 d.lgs. n. 50 del 2016, rispetto al quale il provvedimento adottato dalla stazione appaltante avrebbe potuto qualificarsi, alternativamente, *“come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica”*, il detto provvedimento mai avrebbe potuto “consolidarsi”, permanendo in tal modo in capo all'ANAC il dovere di determinarsi in ordine all'utilità della notizia segnalata da -OMISSIS-.

Neppure questo motivo può trovare accoglimento.

Quanto alle questioni da ultimo ricordate, risulta dagli atti del precedente grado di giudizio che in realtà il termine di cui all'art. 32, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 sarebbe venuto a scadenza solo il 30 ottobre 2021, avendo -OMISSIS-s.p.a. depositato la propria offerta il 3 maggio 2021: essendo stata l'aggiudicazione in suo favore disposta il 27 ottobre 2012, a quel momento non erano ancora decorsi i 180 giorni di validità dell'offerta.

Termini che ancora correvano il giorno successivo, allorquando la stazione appaltante invitava la nuova aggiudicataria a produrre la documentazione a dimostrazione dei requisiti dichiarati in gara, ai fini della successiva stipula del contratto.

Al riguardo, va ribadito che l'interruzione del termine di cui all'art. 32, comma 4 cit. opera per effetto dell'aggiudicazione della gara, non già della sua successiva integrazione dell'efficacia.

Ciò detto, va ribadito – quanto alla dedotta contingenza di un imprevedibile aumento dei prezzi – quanto già rilevato in altri precedenti dalla Sezione (*ex multis*, Cons. Stato, V, 5 luglio 2021, n. 5107), per cui una volta liberamente presentata l'offerta (nel caso di specie, era ammissibile anche al rialzo), l'operatore economico *“non può poi lamentarsi, divenuto aggiudicatario, di non essere in grado di eseguire l'opera perché il corrispettivo che egli stesso ha domandato non lo remunera a sufficienza della attività svolta, senza incorrere in palese contraddizione che toglie credito alla serietà della sua condotta sin dal tempo della presentazione dell'offerta”*.

Quanto infine alla dedotta inutilità dell'iscrizione disposta, che atterrebbe a circostanze comuni a tutti gli operatori del settore, può da un lato rilevarsi che, se così realmente fosse, non si spiegherebbe allora l'interesse dell'appellante a proporre all'uopo un apposito motivo di gravame, per carenza di interesse (a fronte di una annotazione inutile, infatti, non potrebbe individuarsi in capo all'operatore economico alcun reale danno).

Per contro deve ritenersi che, ancor più in mancanza di impugnazione del conseguente atto di decadenza (o di revoca) dall'aggiudicazione, il rifiuto di sottoscrivere il contratto rappresenti *“un*

elemento che può giustificare la revoca dell'aggiudicazione per superiori motivi d'interesse pubblico essendo forte di un pregiudizio economico e patrimoniale per l'amministrazione pubblica" (ex multis, Cons. Stato, V, 22 agosto 2019, n. 5780).

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, in favore di -OMISSIS- s.p.a., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità dei soggetti interessati, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere