

APPALTI - GARANZIA PROVVISORIA - ESCUSSIONE - FASE ANTECEDENTE AGGIUDICAZIONE - ART. 93, C. 6 D.LGS. 50/2016 - ILLEGITTIMITA'

È illegittima l'escussione della garanzia provvisoria nei confronti del concorrente nella fase di formulazione della "proposta di aggiudicazione" in quanto l'art. 93, c. 6 d.lgs. 50/2016 colloca l'escussione di tale garanzia nella fase successiva all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, al fine di sanzionare le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione e negativamente verificati, non sia possibile, "dopo l'aggiudicazione" pervenire alla sottoscrizione del contratto.

TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, sentenza n. 1553/2020

Publicato il 05/02/2020

N. 01553/2020 REG.PROV.COLL.

N. 03763/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3763 del 2019, proposto da BLUE VENDING S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Flaminia n. 357 presso lo studio dell'avv. Eugenio Tristano che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

AMA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Calderon de la Barca n. 87 presso l'ufficio legale dell'ente e

rappresentata e difesa nel presente giudizio dagli avv.ti Roberto Libretti e Stefano Scicolone

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19 con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria;
- silenzio serbato dalla stazione appaltante in merito all'istanza di annullamento in autotutela inoltrata da Blue Vending s.r.l. in data 07/02/19;
- ogni atto connesso

e per la condanna di AMA s.p.a. al risarcimento del danno in forma specifica, mediante la restituzione della cauzione provvisoria, se già escussa, ovvero, in subordine, per equivalente monetario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2020 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 18/03/19 e depositato il 01/04/19 la Blue Vending s.r.l. ha impugnato la nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19, con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria, e il silenzio serbato dall'ente in merito all'istanza di annullamento in autotutela inoltrata dalla ricorrente in data 07/02/19 ed ha chiesto la condanna di AMA s.p.a. al risarcimento del danno in

forma specifica, mediante la restituzione della cauzione provvisoria, se già escussa, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Ama s.p.a., costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 04/04/19, ha concluso per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 21/01/2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

La Blue Vending s.r.l. impugna la nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19, con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria, e il silenzio serbato dall'ente in merito all'istanza di annullamento in autotutela inoltrata dalla ricorrente in data 07/02/19 e chiede la condanna di AMA s.p.a. al risarcimento del danno in forma specifica, mediante la restituzione della cauzione provvisoria, se già escussa, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Dall'esame degli atti emerge che:

- con bando di gara n. 8/2018 AMA s.p.a. ha indetto una “procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande calde e fredde a mezzo distributori automatici collocati presso le sedi aziendali di AMA s.p.a., per un periodo di 60 (sessanta) mesi”;
- all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, con nota del 12/12/18 il presidente del seggio di gara ha proposto al responsabile del procedimento l'aggiudicazione della procedura alla Blue Vending s.r.l., classificatasi prima in graduatoria;
- con nota prot. 001955/2019U del 10/01/19 il responsabile del procedimento ha inviato alla Blue Vending s.r.l. la richiesta ex art. 85, comma 5, 86 e 87 d. lgs. n. 50/16 di comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara;
- con nota prot. 001956/2019U del 10/01/19 il responsabile del procedimento ha richiesto alla Blue Vending s.r.l. la produzione di apposita dichiarazione di

impegno a mantenere valida l'offerta per ulteriori 60 giorni nonché l'estensione, per il medesimo periodo, dell'efficacia della cauzione provvisoria prodotta per la partecipazione alla procedura;

- decorso il termine di 10 giorni assegnato per la prova dei requisiti, con provvedimento prot. 006704/2019U del 01/02/19 il responsabile del procedimento ha escluso la ricorrente dalla gara;

- con provvedimento PAD n. 10-2019 del 05/02/19 l'appalto è stato aggiudicato alla seconda classificata;

- con nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19 la stazione appaltante ha chiesto alla garante l'escussione della garanzia provvisoria.

Con un'unica articolata censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 97 Cost., 36 e 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 e 7.3a del disciplinare di gara nonché eccesso di potere per sviamento, arbitrarietà, erroneità dei presupposti e difetto d'istruttoria evidenziando, in particolare, che la garanzia provvisoria non avrebbe potuto essere escussa perché la ricorrente non aveva la qualifica di "aggiudicataria"; infatti, l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 e l'art. 7.3a del disciplinare di gara consentirebbero l'escussione della cauzione solo dopo l'aggiudicazione, nella fattispecie non disposta nei confronti della Blue Vending s.r.l..

Inoltre, nel momento in cui la stazione appaltante ha richiesto alla ricorrente di provare i requisiti, sarebbe scaduto sia il termine di 180 giorni d'irrevocabilità dell'offerta sia la successiva proroga di ulteriori 60 giorni il che comporterebbe il venir meno della causa giustificativa della garanzia con conseguente illegittimità dell'escussione della polizza anche sotto questo profilo.

Il motivo è fondato secondo quanto in prosieguo specificato.

Come già ha avuto modo di precisare questa Sezione (TAR Lazio – Roma n. 2838/19; TAR Lazio – Roma n. 900/19; nello stesso senso anche TAR Puglia –

Lecce n. 775/19), l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, nella versione applicabile *ratione temporis* ovvero dopo le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 56/17 (il bando è stato pubblicato nel 2018), stabilisce che la garanzia provvisoria “copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”.

La garanzia opera anche nel caso di mancanza dei requisiti di ordine generale e speciale, dichiarati in sede di partecipazione alla gara, in quanto tale carenza integra, senza dubbio, la nozione di “fatto riconducibile all'affidatario” che preclude la sottoscrizione del contratto.

Proprio la disposizione in esame, però, colloca l'escussione della garanzia provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto.

In quest'ottica l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 36 comma 6 e 85 comma 5 e, soprattutto, 32 d. lgs. n. 50/16 che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario.

Pertanto, nella sequenza procedimentale prefigurata dall'art. 32 commi 5 e seguenti d. lgs. n. 50/16 l'aggiudicazione, dopo la sua adozione, richiede l'espletamento di un'ulteriore fase avente ad oggetto la verifica dei requisiti e condizionante l'efficacia dell'aggiudicazione stessa e la conseguente decorrenza del termine per la stipula del contratto.

E', pertanto, in questa fase che, secondo il disposto dell'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, opera la garanzia provvisoria la quale, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione e negativamente verificati, non sia possibile, “dopo l'aggiudicazione” (inciso espressamente previsto dall'art. 93 d. lgs. n. 50/16 e

mancante nel previgente art. 75 d. lgs. n. 163/06), pervenire alla sottoscrizione del contratto.

Ne consegue che l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 non si applica alle ipotesi, quale quella in esame, in cui non è ancora intervenuta l'aggiudicazione ma solo la proposta di aggiudicazione che è un atto diverso avente natura meramente endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile autonomamente (a differenza dell'aggiudicazione); alla medesima conclusione deve pervenirsi in riferimento ai casi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti.

La disciplina in esame differisce da quella del codice abrogato ove il legislatore all'art. 48 d. lgs. n. 163/06 prevedeva come obbligatoria la verifica a campione dei concorrenti, prima dell'apertura delle buste delle offerte, e, successivamente, dell'aggiudicatario e del secondo classificato.

Nel sistema previgente alla pluralità di adempimenti, in tema di verifica dei requisiti, posti a carico della stazione appaltante, faceva riscontro la possibilità (che trovava un supporto normativo anche nell'art. 48 comma 1 d. lgs. n. 163/06) della stessa di escutere la cauzione provvisoria anche prima dell'aggiudicazione.

La disciplina del d. lgs. n. 50/16, attualmente vigente, non prevede più l'obbligo del controllo a campione e del secondo classificato ed, in questa materia, ha ridotto gli adempimenti delle stazioni appaltanti che sono attualmente obbligate a verificare i requisiti del solo aggiudicatario; in quest'ottica di semplificazione di adempimenti, allora, l'escussione della garanzia provvisoria è circoscritta alla sola ipotesi di negativa verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario mentre nei casi di c.d. "verifica facoltativa" sono applicabili, ricorrendone i presupposti, solo le altre sanzioni previste dall'art. 80 d. lgs. n. 50/16 (esclusione dalla gara, segnalazione all'Anac ai fini dell'inserimento nel casellario informatico, denuncia all'autorità giudiziaria nei casi di reato ecc.).

In senso favorevole alla tesi di parte ricorrente deve, poi, essere anche valorizzato il tenore letterale del disciplinare di gara che richiama espressamente l'art. 93 d. lgs. n. 50/16 al fine di individuare l'ambito di operatività della cauzione provvisoria prevedendo all'art. 7.3a l'obbligo di produrre la "documentazione comprovante la costituzione di una cauzione/garanzia provvisoria a corredo dell'offerta ai sensi dell'art. 93 del d. lgs. n. 50/2016, avente validità non inferiore a 180 (centottanta) giorni decorrenti dal termine ultimo per la presentazione delle offerte e di importo pari a Euro 49.335.55" e che "la cauzione provvisoria copre, e viene escussa per, la mancata stipula del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto del concorrente ai sensi dell'articolo 93, comma 6, d. lgs. n. 50/2016"; nello stesso senso l'art. 10 del disciplinare stabilisce che, nel caso di esito negativo delle verifiche effettuate dopo l'aggiudicazione, "nei confronti dell'aggiudicatario dichiarato decaduto, AMA potrà rivalersi in ogni caso sulla cauzione provvisoria prestata a garanzia dell'offerta, che verrà escussa".

Anche la *lex specialis*, pertanto, colloca l'escussione della cauzione provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione in coerenza a quanto previsto dall'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16.

Né, in senso contrario, possono essere richiamate:

- la sentenza n. 34/2014 dell'Adunanza Plenaria in quanto la stessa concerne una fattispecie in cui l'escussione era prevista dalla *lex specialis* e, per di più, nella vigenza dell'art. 48 d. lgs. n. 163/06 che giustificava l'acquisizione della cauzione provvisoria nei confronti del mero concorrente almeno per la mancanza dei requisiti di ordine speciale;
- la sentenza n. 8/12 dell'Adunanza Plenaria che riguardava un aggiudicatario e, comunque, un caso in cui l'escussione era espressamente consentita dalla *lex specialis*.

In senso ostativo all'accoglimento del gravame non assume rilevanza nemmeno la sentenza n. 2181/2018 del Consiglio di Stato, invocata dalla resistente Ama s.p.a., con cui il giudice di appello ha ritenuto legittima l'escussione della cauzione provvisoria prodotta da un soggetto destinatario di una proposta di aggiudicazione. Nella fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato, infatti, le censure proposte dal ricorrente in quel giudizio non avevano ad oggetto l'esistenza del potere di procedere all'escussione della cauzione prima del provvedimento di aggiudicazione ma l'individuazione dei coefficienti psicologici (dolo e/o colpa) necessari per l'attivazione della garanzia da parte della stazione appaltante.

Pertanto, con la sentenza n. 2181/2018 il giudice di appello non ha affrontato direttamente la questione giuridica oggetto del presente giudizio.

Solo per esigenza di completezza va rilevato che, allorchè è stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria, i termini d'irrevocabilità dell'offerta e di efficacia della polizza erano scaduti come confermato da Ama s.p.a. nella memoria difensiva e come desumibile dalla nota del 10/01/19 prot. 001956/2019U con cui il responsabile del procedimento ha richiesto alla Blue Vending s.r.l. la produzione di apposita dichiarazione di impegno a mantenere valida l'offerta per ulteriori 60 giorni nonché l'estensione dell'efficacia della cauzione provvisoria per ulteriori 60 giorni.

Ne consegue che la stazione appaltante ha disposto l'escussione della garanzia per sanzionare la mancata stipula del contratto che, però, all'epoca non costituiva più un obbligo della ricorrente stante la scadenza del termine d'irrevocabilità dell'offerta.

L'escussione, pertanto, è avvenuta nonostante la causa giustificativa della garanzia fosse venuta meno, come fondatamente dedotto nel gravame.

La fondatezza delle censure esaminate impone l'accoglimento della domanda caducatoria e l'annullamento della nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19, con

cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria, unico atto lesivo per la ricorrente.

Deve, invece, essere respinta la domanda con cui la Blue Vending s.r.l. ha chiesto la condanna di Ama s.p.a. al risarcimento dei danni per equivalente o in forma specifica non essendosi verificato alcun concreto pregiudizio patrimoniale nei confronti della ricorrente dal momento che, come concordemente dichiarato dalle parti nel corso della pubblica udienza del 21/01/2020, la garanzia non è stata materialmente escussa.

La novità della questione giuridica oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti con la precisazione che il contributo unificato deve essere definitivamente posto a carico della parte resistente Ama s.p.a.;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annulla la nota prot. n. 009574/2019U del 15/02/19 con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della garanzia fideiussoria;
- 2) respinge la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente;
- 3) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti e pone il contributo unificato definitivamente a carico della resistente Ama s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO