

Publicato il 23/01/2019

N. 00900/2019 REG.PROV.COLL.

N. 10206/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 10206 del 2018, proposto da XXX in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Antonio Bertoloni n. 44/46 presso lo studio dell'avv. Xavier Santiapichi che, unitamente all'avv. Alessandro Ammirata del foro di Palermo, 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: a) provvedimento prot. n. 035802/U del 03 luglio 2018, notificato alla ricorrente in data 09/07/2018, con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della fideiussione provvisoria rilasciata in sede di presentazione dell'offerta al bando n. 22/2018;

b) nota prot. 041164/2018U del 02 agosto 2018, con cui Ama s.p.a. ha ribadito l'escussione della garanzia provvisoria;

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 8 gennaio 2019 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 07/09/18 e depositato il 14/09/18 la XXX ha impugnato il provvedimento prot. n. 035802/U del 03 luglio 2018, con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della fideiussione provvisoria rilasciata in sede di presentazione dell'offerta al bando n. 22/2018, e la nota prot. 041164/2018U del 02 agosto 2018, con cui Ama s.p.a. ha ribadito l'escussione della garanzia.

Ama s.p.a., costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 22/10/18, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 14/11/18 la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare ed ha insistito per la definizione, nel merito, del giudizio.

Alla pubblica udienza dell'08/01/19 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

La XXX impugna il provvedimento prot. n. 035802/U del 03 luglio 2018, con cui Ama s.p.a. ha disposto l'escussione della fideiussione provvisoria rilasciata in sede di presentazione dell'offerta al bando n. 22/2018, e la nota prot. 041164/2018U del 02 agosto 2018, con cui Ama s.p.a. ha ribadito l'escussione della garanzia.

L'escussione è stata disposta perché, dopo l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa e prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica ed economica (il criterio di selezione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa: paragrafo 9 del disciplinare di gara), Ama s.p.a. ha sottoposto a verifica la posizione della ricorrente e, avendo constatato la mancanza dei requisiti di capacità dichiarati in sede di partecipazione alla gara, con provvedimento prot. n. 033254/2018U del 20/06/18 l'ha esclusa dalla gara.

Con la prima censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16 e dell'art. 7.3.A del disciplinare di gara ed eccesso di potere per travisamento dei fatti in quanto l'art. 93 citato consentirebbe l'escussione della garanzia provvisoria solo in riferimento alla figura dell'affidatario e nel solo caso di rifiuto immotivato di addivenire alla stipula del contratto e non anche per il mancato possesso dei requisiti.

Il motivo è fondato nei limiti di quanto in prosieguo specificato.

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 nella GUCE il 21/03/18: allegato n. 3 alla memoria di parte resistente), 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".

Contrariamente a quanto dedotto nella censura, 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 comma 7 d. lgs. n. 50/16 che prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti del solo aggiudicatario.

Questo è il motivo per cui l'art. 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16 condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione, già intervenuta, al positivo riscontro dei requisiti.

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 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 ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti.

In senso favorevole alla tesi di parte ricorrente deve essere anche valorizzato il tenore letterale del disciplinare di gara che, coerentemente a quanto previsto dall'art. 93 d. lgs. n. 50/16, stabilisce 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" (paragrafo 7.2 pag. 17).

Nemmeno la lex specialis, pertanto, nella fattispecie estende l'ambito applicativo della cauzione provvisoria e, in tal modo, è idonea a giustificare l'incameramento della stessa prima dell'aggiudicazione.

Né, in senso contrario, possono essere richiamate:

- la sentenza n. 2181/2018 del Consiglio di Stato, menzionata nel gravato provvedimento di escussione della garanzia, in quanto la stessa riguarda un'ipotesi in cui, nei confronti dell'escluso, era stata formulata proposta di aggiudicazione;
- la sentenza n. 34/2014 dell'Adunanza Plenaria, citata dalla parte resistente nella memoria difensiva, in quanto la stessa concerne una fattispecie in cui l'escussione era stata 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.

La fondatezza della censura esaminata impone l'accoglimento del ricorso (previa declaratoria di assorbimento del secondo motivo, implicitamente proposto in via subordinata) e l'annullamento degli atti impugnati.

La novità della questione giuridica oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

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

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino,

Consigliere

L'ESTENSORE

Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE

Pietro Morabito