

## Escussione della garanzia provvisoria: tentativo di incameramento prima dell'aggiudicazione. Illegittimità per contrasto con l'art. 32, comma 7, D.LGS. n. 50 del 2016

di Maria Lucia Civello, Maria Lucia Civello

Data di pubblicazione: 27-2-2019

### Garanzia provvisoria – funzione – incameramento – prima dell'aggiudicazione

Con la sentenza in commento la Sezione II-ter del Tar Lazio, chiamata a decidere sulla legittimità dell'escussione di una garanzia provvisoria per carenza dei requisiti di capacità, dichiarati in sede di partecipazione, ma accertata ancor prima dell'aggiudicazione, ha considerato illegittimo il tentativo di incameramento, ritenuto in contrasto con l'art. 32, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016, che impone che le verifiche sui requisiti dichiarati vengano svolte post gara e solo sull'aggiudicatario.

In base all'art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50/16, come modificato dal correttivo (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie), l'escussione della garanzia provvisoria ha lo scopo di mantenere indenne l'amministrazione in caso di mancata stipula per "*fatto riconducibile all'affidatario*" (ivi inclusa la carenza dei requisiti dichiarati), ma un'interpretazione congiunta della citata norma con l'art. 32, comma 7, del medesimo codice appalti, tali verifiche – e dunque tali conseguenze – possono intervenire solo "*dopo l'aggiudicazione*", prima della stipula del contratto.

Il Collegio capitolino ha dunque innovativamente concluso che le citate norme circoscrivono rispetto al passato l'ambito di applicazione – anche – della cauzione provvisoria; e che il tentativo d'incameramento per accertata carenza dei requisiti dichiarati prima dell'aggiudicazione è ingiustificato, illegittimo e dunque "abusivo".

La sentenza merita dunque di essere segnalata perché, aderendo ad una interpretazione restrittiva della funzione della garanzia provvisoria, rappresenta un'evoluzione rispetto al previgente orientamento, che consentiva l'incameramento per qualsivoglia evento riconducibile al concorrente e ostativo alla stipula, indipendentemente dal tempo di accertamento circa la sussistenza di una siffatta pre-condizione.

In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2017 n. 1818), che sulle orme di diversi interventi della Plenaria in materia (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plen., n. 34 del 2014, n. 8 del 4 maggio 2012 e n. 8 del 2005), ha sempre qualificato la cauzione quale strumento di garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta, che vincola, responsabilizzandole, le imprese partecipanti alle pubbliche gare all'osservanza degli impegni assunti con la presentazione della domanda di partecipazione. Sulla scorta di tale principio, la cauzione provvisoria ha sin qui svolto, per giurisprudenza costante, la duplice funzione di

mantenere indenne la stazione appaltante in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto e colpa dell'aggiudicatario (funzione indennitaria) e di sanzione contro i comportamenti dei concorrenti inadempimenti, anche se non aggiudicatari (funzione sanzionatoria).

L'escussione poteva dunque essere disposta anche nei confronti del concorrente non ancora aggiudicatario, quale automatico effetto della violazione di regole e doveri espressamente accettati e come "*garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica*" (Cons. Stato, Adunanza Plen., n. 34 del 2014). E ciò – si ripete – a prescindere dal segmento procedimentale in cui la carenza del requisito fosse stata accertata (cfr., in proposito, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 6 settembre 2018 n. 1912).

Secondo la tradizionale impostazione, infatti, la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé – quantomeno la - speditezza della gara, costituendo dunque un aggravio procedimentale da stigmatizzare.

I richiamati principi si sono tuttavia affermati nella vigenza dell'abrogato art. 75 del vecchio codice appalti, che come noto contemplava l'istituto della verifica a campione (art. 48, comma 1, vecchio codice), da svolgersi nei confronti di tutti i concorrenti, in ultimo con esclusione di quelli qualificabili come micro, piccole e medie imprese.

Il superamento del principio è dunque frutto dell'evoluzione normativa, che si pone in linea con l'indirizzo eurounitario volto allo snellimento degli oneri burocratici che si frappongono, quale ostacolo, al pieno sviluppo del mercato concorrenziale.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato 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 MONTALBANO S.R.L. UNIPERSONALE, 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 Montalbano s.r.l. unipersonale 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 Montalbano s.r.l. unipersonale 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**

IL SEGRETARIO