

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29616-la-rilevanza-della-prestazione-della-garanzia-a-seguito-della-aggiudicazione-quello-di-coprire-l-eventuale-inadempimento-e-di-garantire-quindi-la-corretta-esecuzione-del-contratto>

Autore: Lazzini Sonia

**La rilevanza della prestazione della garanzia a seguito della aggiudicazione è quello di coprire l'eventuale inadempimento e di garantire quindi la corretta esecuzione del contratto**

**E' regola generale che la mancata costituzione della garanzia determini la revoca della aggiudicazione e la acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente, che può poi aggiudicare l'appalto al concorrente che segue nella graduatoria.**

La rilevanza della prestazione della garanzia a seguito della aggiudicazione è quello di coprire l'eventuale inadempimento e di garantire quindi la corretta esecuzione del contratto.

***f' regola generale che la mancata costituzione della garanzia determini la revoca della aggiudicazione e la acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente, che può poi aggiudicare l'appalto al concorrente che segue nella graduatoria.***

le cauzioni e le polizze fideiussorie (che garantiscono la corretta esecuzione del contratto o tengono indenne l'amministrazione aggiudicatrice dai danni che eventualmente dovessero derivare da qualsiasi causa per responsabilità civile) sono contratti accessori, nel senso che seguono, quanto al contenuto del contratto da garantire, la determinatezza o determinabilità del contratto garantito.

Rilevano sul punto i principi desumibili dall'art. 129 del Codice dei contratti pubblici (e già formulati dall'art. art. 30, commi 3, 4, 7-bis, della legge n. 109 del 1994), per il quale "Fermo restando quanto disposto dall'articolo 75 e dall'articolo 113, l'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione". \_Nella specie, l'articolo 7 (sulla cauzione definitiva) del capitolato speciale prevedeva che, a garanzia dell'esatto adempimento, venisse prestata dall'aggiudicataria una garanzia fideiussoria pari al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Per la giurisprudenza costante, la mancata presentazione di garanzie e coperture assicurative costituisce giusto motivo di esclusione o di revoca della aggiudicazione: il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara, che prevede tra i documenti da presentare a pena di esclusione l'impegno di un istituto bancario, o di una compagnia di assicurazione o di un intermediario finanziario, a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, una fideiussione di un istituto bancario o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva ed una polizza di assicurazione di cui all'art. 103 del d.P.R. n. 554 del 1999 (in tal senso, Consiglio Stato , Sez. VI, 25 gennaio 2008; Sez. V, 21 aprile 2006 , n. 2267; per la irrilevanza della polizza sottoposta a condizione, Sez. V, 9 settembre 2005 , n. 4642).

Alla luce del principio della necessità della produzione, da parte dell'aggiudicataria, delle polizze assicurative, risulta del tutto conforme al capitolato speciale (e ai principi del buon andamento) il comportamento del Ministero che ha ritenuto di non potere o dovere fornire ulteriori documenti o chiarimenti oltre quelli già messi a disposizione o in visione.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2199 del 20 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 7750 del 2009, proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

La s.p.a. Grandi Lavori Controinteressata, in proprio e quale mandataria dell'Ati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11; Ati-ALFA Spa, Ati-Pietro BETA Spa, Ati-DELTA Servizi Spa;

***per la riforma***

della sentenza n.6997 del 2009 con la quale su istanza degli odierni appellati è stata accolta la domanda di risarcimento del danno subito a seguito della revoca adottata con decreto Direttoriale B3/0/335 del 20 aprile 2006 della precedente determinazione del 27 marzo 2006, con cui il Direttore Generale per l'edilizia statale e gli interventi speciali aveva individuato, nell'ambito della procedura negoziata, l'impresa alla quale affidare l'appalto dei lavori di completamento della Scuola Marescialli dei Carabinieri di Firenze.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. Grandi Lavori Controinteressata, in proprio e quale mandataria dell'Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2010 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti l'avvocato Gianluigi Pellegrino e l'avvocato dello Stato Ettore Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. La questione posta all'esame del Collegio riguarda la spettanza o meno di un risarcimento del danno all'a.t.i. appellata, a seguito delle vicende che hanno indotto il Ministero Infrastrutture e Trasporti a disporre la revoca nei suoi confronti della aggiudicazione (dei lavori per la costruzione della Scuola Marescialli Carabinieri di Firenze), disposta all'esito di una trattativa privata, che è stata attivata dopo che il Ministero aveva disposto l'esecuzione in danno di una distinta a.t.i., risultata aggiudicataria di una licitazione privata.

Risulta dalla documentazione acquisita, e non è controverso in punto di fatto tra le parti, che:

a) in esito ad una licitazione privata, l'Amministrazione nel 2001 ha aggiudicato all'a.t.i. composta dalla spa ETA e dalla spa GAMMA e OMEGA Lavori l'appalto avente ad oggetto i lavori per la costruzione della medesima Scuola;

b) a seguito dei ritardi nell'esecuzione dei lavori, nel 2005 ai sensi dell'art. 341 della legge n. 2248 del 1865, allegato F, il Ministero ha disposto l'esecuzione in danno, indicando a tal fine una trattativa privata informale tra le imprese che avevano partecipato alla precedente licitazione;

c) dopo aver acquisito le manifestazioni di interesse da parte delle imprese per la partecipazione alla trattativa privata, con nota del 24 gennaio 2006, l'Amministrazione ha invitato le imprese a formulare formale richiesta di essere invitate alla suddetta trattativa.

A questo punto, sono sorte le questioni che vedono contrapposte le parti nel presente giudizio, perché dapprima – e al termine della trattativa privata - il Ministero ha disposto l'aggiudicazione all'a.t.i. appellata e poi ne ha disposto la revoca.

Quanto alla dinamica temporale degli atti posti in essere nel corso di tale fase procedimentale, risulta dalla documentazione (ed è stato evidenziato dalla sentenza gravata) che:

a) con nota inviata tramite fax in data 10 febbraio 2006, la stazione appaltante ha reso edotta l'a.t.i. appellata (di seguito: l'appellata) della possibilità di prendere visione degli elaborati di progetto per il giorno 17 febbraio 2006, poi effettuata da parte di un delegato;

b) il 22 marzo 2006 l'appellata ha presentato la propria offerta, dichiarando di essere a conoscenza di una serie di condizioni, dettagliatamente riportate nella memoria della resistente amministrazione nel giudizio di primo grado;

c) con determinazione del 27 marzo 2006, i lavori sono stati aggiudicati all'appellata, la quale con nota del 30 marzo 2006 è stata invitata a produrre entro il 5 aprile 2006 la seguente documentazione: l'atto costitutivo dell'a.t.i.; le garanzie fideiussorie a titolo di cauzione definitiva (previste dall'art.7 del capitolato speciale di appalto); le polizze assicurative per responsabilità civile verso terzi e per danni da esecuzione; le certificazioni antimafie;

d) con nota del 31 marzo 2006, l'appellata, ha rappresentato alla stazione appaltante l'impossibilità di produrre nel termine assegnato tutta la documentazione di cui sopra ed ha chiesto, ai fini del rilascio da parte delle compagnie assicurative delle

richieste polizze, gli elaborati progettuali, il testo del contratto da sottoscrivere nonché l'indicazione delle caratteristiche tecniche dei manufatti da realizzare;

e) in relazione a tale ultima richiesta la stazione appaltante ha fissato un ulteriore termine (12 aprile 2006) per la produzione della documentazione già chiesta col provvedimento del 27 marzo 2006;

f) prima della scadenza del nuovo termine, l'appellata con nota del 10 aprile 2006 ha fatto presente che la documentazione consegnata non era stata ritenuta sufficiente dalle compagnie assicurative cui si era rivolta per il rilascio delle polizze, in quanto esse avevano richiesto di prendere visione delle indagini geologiche e del contenuto del futuro contratto;

g) in riscontro a tale nota, la stazione appaltante in data 13 aprile 2006 ha intimato all'appellata di trasmettere tutta la richiesta documentazione entro l'ulteriore termine del 18 aprile 2006, rappresentando che in caso di sua infruttuosa scadenza sarebbe stata disposta la revoca dell'aggiudicazione;

h) non avendo l'appellata trasmesso la documentazione entro tale ultimo termine, con decreto direttoriale del 20 aprile 2006, trasmesso all'interessata il 26 aprile 2006, è stato adottato il preannunciato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

2. Ritenendo illecito il comportamento dell'amministrazione appaltante, col ricorso di primo grado n. 11546 del 2009 (proposto al TAR per il Lazio) l'a.t.i. appellata ha agito per il risarcimento del danno conseguente alla revoca, deducendo che esso sia conseguente ad un comportamento illecito dell'amministrazione appaltante.

3. Con la impugnata sentenza n. 6997 del 2009, il TAR:

- ha ravvisato la ragionevolezza della richieste delle compagnie assicurative riguardanti l'esame dell'ulteriore documentazione, e dunque delle corrispondenti richieste formulate dall'a.t.i. al Ministero;

- ha osservato che, non avendo rilievo la natura riservata delle opere, “il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella vicenda de qua risulta in palese contrasto con il dovere di correttezza, per cui la mancata prestazione delle polizze fideiussorie che ha giustificato l’adozione del provvedimento di revoca è imputabile non ad una negligenza dell’ati ricorrente, bensì al citato comportamento omissivo contrastante con il dovere di correttezza e di buona fede, che non può non inficiare la legittimità del provvedimento di revoca con il conseguente accoglimento della pretesa ricorsuale tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito in virtù dell’adozione del provvedimento di ritiro”;

- ha condannato il Ministero al risarcimento del danno, con riferimento alle spese ed ai costi sostenuti per la presentazione dell’offerta, nonché alla perdita di chance (legata all’impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all’esecuzione dei lavori, quantificabile in via equitativa nella misura non inferiore al 3% del prezzo offerto per l’esecuzione dei lavori), all’utile economico che sarebbe derivato dall’esecuzione dell’appalto in caso di stipula del contratto non avvenuta per illegittimità dell’azione amministrativa (per il quale ha indicato il criterio del 10% del valore dell’appalto), per la cui quantificazione ha richiamato le disposizioni dell’art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998.

Il TAR ha invece dichiarato inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dall’amministrazione statale per i danni dalla medesima subiti, ritenendola tardiva perché notificata dopo due anni circa dal deposito del ricorso principale.

4. Con l’atto di appello in esame, il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ha chiesto che, in riforma della sentenza del TAR, il ricorso di primo grado sia respinto.

A fondamento del gravame, il Ministero ha proposto i seguenti motivi di appello.

In primo luogo, l’Amministrazione ha dedotto che non vi sarebbe la giurisdizione amministrativa, in quanto il procedimento di affidamento dei lavori si era concluso

e la aggiudicataria aveva acquisito la posizione di diritto soggettivo alla sottoscrizione del contratto: poiché per l'art. 16 del regio decreto n. 2440 del 1923 l'aggiudicazione equivale al contratto, si tratterebbe di una controversia relativa alla risoluzione del contratto.

In secondo luogo, l'appellante Ministero ha lamentato l'erroneità della impugnata sentenza, nel punto in cui – per l'esame della domanda risarcitoria – ha considerato irrilevante la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di revoca del 20 aprile 2006, così superando il c.d. principio della pregiudizialità amministrativa, mentre in realtà sarebbe necessaria la tempestiva impugnazione dell'atto asseritamente illegittimo, quando sia chiesto il risarcimento del danno cagionato dall'emanazione del medesimo atto, quale parte della fattispecie complessa da cui al più potrebbe desumersi la sussistenza del comportamento illecito.

Inoltre, il Ministero ha contestato la sentenza anche nella parte in cui essa ha affermato la sussistenza di un comportamento scorretto della stazione appaltante e l'assenza di negligenza da parte della appellata.

Al contrario, il Ministero ha dedotto che:

- non aveva alcun obbligo di fornire maggiori e ulteriori informazioni e documenti, non elaborati nel corso del procedimento e che non erano stati posti a base di gara, e cioè le indagini ulteriori geologiche e geotecniche richieste (prima dalla Secinaro e Partners e poi dall'appellata) e che neppure era stato previamente elaborato lo schema contrattuale da sottoporre alla Grandi Lavori Controinteressata, sicché neppure si può considerare scorretta la mancata trasmissione di tali atti;
- il delegato dell'impresa in data 17 febbraio 2006 aveva visionato tutti gli elaborati tecnici relativi al progetto originario;
- all'appellata era stata trasmessa la nota del 22 febbraio 2006, con la quale si era anche manifestata la disponibilità a consentire la consultazione, su supporto informatico, degli elaborati costituenti il progetto delle opere da realizzare e ciò per



consentire ad essa di “eseguire tutti gli approfondimenti tecnici necessari per la formulazione della migliore offerta nei ristretti tempi previsti per la conclusione del procedimento”;

- in data 4 aprile 2006 il delegato dell'impresa ha ritirato (come da dichiarazione del 4 aprile 2006) “n. 9 cd contenenti la documentazione indicata nell'allegato elenco”;

- era altresì ritirata in copia fotostatica una copiosa documentazione, comprendente il decreto di accertamento, la relazione del direttore dei lavori, lo stato di consistenza, l'elenco prezzi, la stima delle opere ritenute utili, gli ordini di servizio, gli elementi grafici progetto cantieristico (lotti A e B), nonché erano altresì ritirati su supporto informatico la relazione del RUP, il crono programma, il capitolato speciale d'appalto integrativo, gli elaborati grafici progetto cantieristico (lotti A e B), mentre veniva fatto presente che gli elaborati grafici allegati agli stati di consistenza e agli ordini di servizio erano consultabili presso la Divisione IV della Direzione.

Il Ministero ha inoltre dedotto che l'appellata - quale partecipante alla fase della trattativa privata - era edotta delle condizioni particolari del contratto, come si evince anche dal tenore della sua offerta, nella quale aveva formalmente dichiarato di conoscere le circostanze particolare del 'riappalto', degli interventi aggiuntivi e dei particolari di cui al Capitolato Integrativo d'appalto, nonché di accettare senza condizioni il contenuto e la relativa stima delle lavorazioni, di avere preso conoscenza e di avere tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni di appalto e degli oneri, di avere preso nel complesso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata, di avere effettuato uno studio approfondito del progetto, di avere preso conoscenza delle norme di capitolato speciale di appalto e di quello integrativo e di accettarne tutte le condizioni.

Inoltre, il Ministero appellante, nel rilevare che vi era l'obbligo inderogabile di produrre la polizza prevista sia dalla legge che dal capitolato speciale di appalto all'art. 7, ha aggiunto che nel corso del procedimento all'appellata è stato dato modo di consentire la visione o di estrarre copia (così come a tutte le imprese partecipanti alla procedura negoziata) e che risponde l'appellata per il fatto che la compagnia assicurativa non ha inteso prestare la dovuta cauzione (avendo quest'ultima preteso i documenti relativi alle indicazioni geologiche con le relative conclusioni, all'indicazione delle caratteristiche tecniche dei manufatti da realizzare in quanto nel CSA era stata fornita solo la parte generale, nonché il testo del contratto da sottoscrivere, chiarimenti sui precedenti dell'appalto e un termine ragionevole per l'esame della documentazione).

In senso contrario rispetto alle pretese dell'appellata, il Ministero ha dedotto che non sussistevano altre relazioni oltre i progetti già forniti (e già parte degli elaborati tecnici visionati e forniti all'impresa) e che l'appellata aveva preso visione ed aveva estratto copia di tutti gli elaborati di progetto, ottenendo copia del capitolato speciale d'appalto e integrativo di questo, mentre preventivamente il Ministero non aveva predisposto alcuno schema di contratto, ragion per cui le richieste in ordine alle vicende precedenti, e sulle quali comunque non vi era un dovere di risposta, erano comunque evincibili dai provvedimenti ministeriali del 3 e 16 ottobre 2005, con le quali era stata disposta la precedente esecuzione in danno della impresa inadempiente, risultata aggiudicataria all'esito della licitazione privata

In conclusione, il Ministero appellante ha dedotto che nel corso del procedimento ha debitamente e pienamente assolto ai suoi doveri di cooperazione al fine di pervenire alla stipulazione del contratto.

In via subordinata e in ordine alla quantificazione di quanto dovesse essere ritenuto spettante nel caso di accertata sua responsabilità, il Ministero ha impugnato la sentenza del TAR, sia nel punto in cui questa ha ammesso il

risarcimento dei danni corrispondenti agli utili economici che sarebbero derivati dalla esecuzione dell'appalto, sia quanto alla cd perdita di chance, perché – anche ad ammettere una responsabilità precontrattuale – si dovrebbe tenere conto soltanto del danno c.d. da interesse negativo a non essere coinvolti in una trattativa inutile.

Si è costituita l'appellata, chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato. Essa ha approfondito le questioni controverse, esponendo articolatamente le ragioni di diritto e di fatto che dovrebbero indurre alla reiezione dell'appello e alla conferma della sentenza gravata.

Alla udienza pubblica del 9 aprile 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Come si è esposto in narrativa, in data 20 aprile 2006 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha revocato nei confronti dell'a.t.i. appellata l'aggiudicazione disposta in data 27 marzo 2006 dei lavori per la costruzione della Scuola Marescialli Carabinieri di Firenze (all'esito di una trattativa privata, attivata dopo che il Ministero, ai sensi dell'art. 341 della legge n. 2248 del 1865, allegato F, aveva disposto l'esecuzione in danno di una distinta a.t.i., risultata a sua volta aggiudicataria di una licitazione privata).

Con la sentenza gravata n. 11546 del 2009, il TAR per il Lazio ha accolto il ricorso di primo grado ed ha condannato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al risarcimento del danno in favore dell'a.t.i. appellata, da quantificare ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998.

Il Ministero, con l'appello in esame, ha dedotto che sussisterebbe per la controversia la giurisdizione ordinaria e che, comunque, il ricorso di primo grado sarebbe infondato, non essendo configurabile alcuna sua responsabilità nei confronti dell'appellata.

2. Va preliminarmente respinto il primo motivo d'appello, con cui il Ministero ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, perché la controversia riguarderebbe una esecuzione di un rapporto contrattuale, sorto a seguito della aggiudicazione (poi revocata) che equivarrebbe al contratto, ai sensi dell'art. 16 del regio decreto n. 2440 del 1923.

Osserva al riguardo il collegio che la revoca disposta in data 20 aprile 2006 non può essere qualificata come un recesso avente natura negoziale, per la ragione dirimente che tra le parti non è stato stipulato alcun contratto. Sotto tale profilo, va richiamata la consolidata giurisprudenza per la quale i contratti d'appalto della pubblica amministrazione si possono considerare formalmente conclusi quando siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti, tra cui rientrano le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge (Cass., Sez. Un., 29245 del 2008; ex plurimis, Consiglio Stato, Sez. VI, 4854 del 2006).

Peraltro, dalla lettura dell'atto del 27 marzo 2006 neppure si può desumere la volontà dell'Amministrazione di considerarsi impegnata con un vincolo negoziale, poiché essa ha chiesto la produzione di una documentazione necessaria per far sorgere gli stessi obblighi contrattuali, la cui mancata produzione avrebbe consentito, come è poi avvenuto, la scelta di un diverso contraente.

Inoltre, come sul punto ha correttamente evidenziato la sentenza gravata, nella specie si tratta di una delle procedure di affidamento di appalti pubblici indicate dall'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, cioè di un procedimento nel corso del quale l'Amministrazione è titolare di poteri autoritativi, concernenti sia l'ammissione che l'esclusione delle imprese, sia l'esercizio dei consueti poteri di autotutela quando gli atti si manifestino illegittimi ovvero meritevoli di essere seguiti dalla revoca o dalla decadenza.

Sotto tale profilo, non v'è alcun dubbio che l'atto di revoca emesso il 20 aprile 2006 per la sua natura autoritativa abbia inciso su posizioni di interesse legittimo

(come la stessa appellante ha dedotto, allorquando ha richiamato i principi riguardanti la cd pregiudizialità amministrativa) e che, pertanto, la domanda di risarcimento del danno, proposta in primo grado, rientri nell'ambito di applicazione sia dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000 (Consiglio Stato , Sez. VI, 5 aprile 2006, n. 1763), sia dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, che devolve al giudice amministrativo, nell'ambito della 'sua' giurisdizione, ogni controversia riguardante la domanda risarcitoria connessa alla lesione di una posizione di interesse legittimo.

3. A questo punto, osserva il collegio che non rileva in questa sede verificare se la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di revoca, emesso il 20 aprile 2006, precluda l'esame della sua legittimità e neppure rileva se tale questione di diritto (da risolvere secondo l'appellante in senso negativo, in base alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio) sia argomento risolutivo per respingere la domanda di primo grado.

Infatti, pur se si prescinde da tali questioni, risultano accoglibili i motivi d'appello sulla infondatezza della pretesa risarcitoria azionata in primo grado (e sulla infondatezza nel merito delle originarie deduzioni dell'appellata).

4. Esaminando nel merito la medesima pretesa, come accolta dalla sentenza gravata con le statuizioni contestate dal Ministero, osserva il collegio che - dalla documentazione acquisita - emerge come l'Amministrazione abbia revocato l'aggiudicazione, in quanto l'appellata non ha prestato le polizze assicurative relative alla garanzia per la esecuzione del contratto (previste dalla legge e dall'art. 7 del capitolato speciale di appalto), malgrado una prima e una seconda proroga del termine originario (dal 5, dapprima al 12 e poi al 18 aprile 2006), fissato per la produzione dei documenti ad essa richiesti con lo stesso atto di aggiudicazione,.

4.1. Al riguardo, le parti hanno prospettato le loro considerazioni e conclusioni su quanto avvenuto prima della revoca del 20 aprile 2006.

L'appellata sostiene di avere con ragione atteso di prestare le polizze (poi non consegnate), in quanto le compagnie assicurative da essa interpellate avevano rappresentato l'esigenza di dover esaminare più approfonditamente la situazione contrattuale.

L'appellata ha sottolineato che, proprio per presentare le polizze, aveva ragionevolmente richiesto alla Amministrazione ulteriori documenti e informazioni relativi alla situazione che aveva dato luogo alla esecuzione in danno, nonché altri documenti riguardanti le indagini geologiche, alle caratteristiche tecniche e alle condizioni contrattuali.

Al contrario, l'Amministrazione sostiene che non poteva trasmettere tale documentazione, e che in ogni caso non vi era tenuta, in quanto tutti i documenti esistenti erano stati acquisiti, visionati o comunque posti a disposizione dell'appellata e dei suoi potenziali garanti e assicuratori (anche in formato elettronico oltre che cartaceo).

4.2. Nel valutare le contrapposte posizioni delle parti, la sentenza gravata ha accolto la domanda risarcitoria, ritenendo che le compagnie assicurative (e conseguentemente l'appellata) avevano pieno titolo e plausibili ragioni per richiedere tali documenti, trattandosi di soggetti interessati, quantomeno indirettamente, alla esecuzione dell'appalto, e ritenendo contrario a correttezza il comportamento tenuto dall'Amministrazione, cui sarebbe imputabile la mancata presentazione delle polizze fideiussorie posta a base della revoca della aggiudicazione.

5. Il collegio al riguardo ritiene che la revoca dell'aggiudicazione risulti pienamente giustificata dal comportamento dell'appellata e che l'Amministrazione si sia strettamente attenuta ai principi del buon andamento dell'azione amministrativa, nel prorogare due volte il termine per la produzione dei documenti richiesti con l'atto del 27 marzo 2006.

5.1. Nella specie, il sistema di scelta dell'altro contraente è stato quello della trattativa privata, a seguito di una vicenda contrattuale precedente conclusasi con la risoluzione del contratto e con la esecuzione in danno.

Alla trattativa privata, indetta proprio in connessione alla esecuzione in danno, erano state invitate le imprese già partecipanti alla precedente licitazione privata, che quindi già avevano una buona contezza delle circostanze da valutare e dell'oggetto del contratto.

La revoca contestata è stata giustificata per la mancata copertura assicurativa nei termini fissati (prorogati due volte).

La rilevanza della prestazione della garanzia a seguito della aggiudicazione è quello di coprire l'eventuale inadempimento e di garantire quindi la corretta esecuzione del contratto.

E' regola generale che la mancata costituzione della garanzia determini la revoca della aggiudicazione e la acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente, che può poi aggiudicare l'appalto al concorrente che segue nella graduatoria.

Rilevano sul punto i principi desumibili dall'art. 129 del Codice dei contratti pubblici (e già formulati dall'art. art. 30, commi 3, 4, 7-bis, della legge n. 109 del 1994), per il quale "Fermo restando quanto disposto dall'articolo 75 e dall'articolo 113, l'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare *una polizza assicurativa che tenga indenni* le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione".

5.2. Nella specie, l'articolo 7 (sulla cauzione definitiva) del capitolato speciale prevedeva che, a garanzia dell'esatto adempimento, venisse prestata

dall'aggiudicataria una garanzia fideiussoria pari al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Per la giurisprudenza costante, la mancata presentazione di garanzie e coperture assicurative costituisce giusto motivo di esclusione o di revoca della aggiudicazione: il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara, che prevede tra i documenti da presentare a pena di esclusione l'impegno di un istituto bancario, o di una compagnia di assicurazione o di un intermediario finanziario, a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, una fideiussione di un istituto bancario o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva ed una polizza di assicurazione di cui all'art. 103 del d.P.R. n. 554 del 1999 (in tal senso, Consiglio Stato , Sez. VI, 25 gennaio 2008; Sez. V, 21 aprile 2006 , n. 2267; per la irrilevanza della polizza sottoposta a condizione, Sez. V, 9 settembre 2005 , n. 4642).

Alla luce del principio della necessità della produzione, da parte dell'aggiudicataria, delle polizze assicurative, risulta del tutto conforme al capitolato speciale (e ai principi del buon andamento) il comportamento del Ministero che ha ritenuto di non potere o dovere fornire ulteriori documenti o chiarimenti oltre quelli già messi a disposizione o in visione.

Ad avviso del collegio, l'appellata e le compagnie assicurative non avevano alcun titolo per chiedere fondatamente maggiori e ulteriori informazioni e documenti, che l'amministrazione non aveva e che neppure aveva posto a base di gara in relazione alle ulteriori indagini geologiche.

Inoltre, esse neppure avevano titolo per chiedere fondatamente lo schema contrattuale richiesto, in quanto non ancora predisposto.

Nell'esaminare i fatti nella loro consecuzione, ritiene il collegio che non si possa considerare corretto il comportamento dell'appellata, la quale dapprima ha dichiarato formalmente di essere a conoscenza di tutte le circostanze rilevanti, ciò



che ha giustificato la sua offerta e la conseguente aggiudicazione, e poi ha chiesto (su sollecitazione delle compagnie assicurative cui si era rivolta) elementi ulteriori e la redazione di documenti di per sé irrilevanti in sede procedimentale.

Sotto tale aspetto, è significativo che il delegato dell'impresa in data 17 febbraio 2006 ha visionato tutti gli elaborati tecnici relativi al progetto originario e che l'amministrazione ha inviato la nota del 22 febbraio 2006, con la quale si riferiva la disponibilità, su supporto informatico, degli elaborati costituenti il progetto delle opere da realizzare e ciò per consentire all'appellata di "eseguire tutti gli approfondimenti tecnici necessari per la formulazione della migliore offerta nei ristretti tempi previsti per la conclusione del procedimento".

In data 4 aprile 2006 il delegato dell'impresa ritirava (come da dichiarazione del 4 aprile 2006) "n. 9 cd contenenti la documentazione indicata nell'allegato elenco", mentre poi era anche ritirata in copia fotostatica una copiosa documentazione comprendente: 1) decreto di accertamento, 2) relazione direttore dei lavori, 3) stato di consistenza, 4) elenco prezzi, 5) stima delle opere ritenute utili, 6) ordini di servizio, 7) elementi grafici progetto cantieristico (lotti A e B), ed infine erano ritirati su supporto informatico 8) la relazione del RUP, 9) il crono programma, 10) il capitolato speciale d'appalto integrativo, 11) elaborati grafici progetto cantieristico (lotti A e B), con la precisazione che gli elaborati grafici (12) allegati agli stati di consistenza e (13) gli ordini di servizio erano consultabili presso la Divisione IV della Direzione.

Per di più, l'offerta è stata elaborata dall'appellata senza alcuna contestuale osservazione o riserva in ordine alla necessaria acquisizione di ulteriori dati di valutazione: anzi, proprio le precedenti vicende che avevano condotto alla indizione della trattativa privata avevano comportato la consapevolezza dell'appellata di formulare una offerta per un 'riappalto' per gli interventi aggiuntivi e particolari indicati nel capitolato integrativo d'appalto, unitamente alla

accettazione senza condizioni del contenuto e della relativa stima delle lavorazioni (e con le relative dichiarazioni di avere preso conoscenza e di avere tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni di appalto e degli oneri, di avere preso nel complesso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata, di avere effettuato uno studio approfondito del progetto, di avere preso conoscenza delle norme di capitolato speciale di appalto e di quello integrativo e di accettarne tutte le condizioni).

E' dunque evidente che l'appellata ha redatto l'offerta sulla base del suo studio del progetto e dell'esame delle previsioni del capitolato speciale di appalto e di quello integrativo.

Tale obiettiva circostanza, anche in considerazione dell'importanza e del valore dell'appalto, induce a ritenere non giustificata la richiesta dell'appellata di ricevere ulteriore documentazione, distinta rispetto a quella da prendere in considerazione per la presentazione dell'offerta, sia pure sollecitata da compagnie assicuratrici (le cui esigenze dovevano essere valutate dall'appellata in rapporto ai loro relativi rapporti interni e al contenuto dei previsti contratti da concludere in rapporto ai relativi rischi).

Inoltre, la stessa circostanza evidenzia che il Ministero del tutto legittimamente, e in coerenza con le previsioni del capitolato speciale, non ha elaborato e consegnato all'appallata gli ulteriori documenti.

Ad avviso del collegio, risulta dunque del tutto ingiustificata la pretesa della società di ricevere ulteriori documenti riguardanti le indicazioni geologiche ed il testo del contratto da sottoscrivere (non ancora disponibile).

Come ha correttamente osservato il Ministero, non vi erano dunque ragioni apprezzabili per dare positivo riscontro alla richiesta dell'appellata volta ad ottenere l'ulteriore documentazione: tale richiesta risulta del tutto dissonante non solo con le previsioni del capitolato speciale d'appalto, ma anche con il

complessivo comportamento dell'appellata (che ha esaminato gli atti di gara e ha formulato l'offerta in base ai documenti, tutti susseguenti ai provvedimenti ministeriali del 3 e 16 ottobre 2005, che avevano disposto la esecuzione in danno della precedente inadempiente aggiudicataria)

In definitiva, delle due l'una: o i termini e l'oggetto del contratto erano talmente indefiniti e indeterminati da non consentire la presentazione delle offerte e pertanto nessuna impresa, e tantomeno la aggiudicataria finale, sarebbe stata in grado di provvedere a ciò (ciò che l'appellata e la sentenza impugnata neppure hanno manifestato di ritenere e che comunque risulterebbe palesemente contrastante con lo stesso esito del procedimento sfociato nella aggiudicazione del 27 marzo 2006); oppure, come in realtà è avvenuto, il margine di indeterminatezza del contratto non esisteva e i documenti esistenti (già visionati, acquisiti, disponibili), così come consentivano la presentazione delle offerte e la conclusione del contratto, consentivano altresì la possibilità di presentare cauzioni definitive o polizze fideiussorie al riguardo.

D'altronde, le cauzioni e le polizze fideiussorie (che garantiscono la corretta esecuzione del contratto o tengono indenne l'amministrazione aggiudicatrice dai danni che eventualmente dovessero derivare da qualsiasi causa per responsabilità civile) sono contratti accessori, nel senso che seguono, quanto al contenuto del contratto da garantire, la determinatezza o determinabilità del contratto garantito.

6. In conclusione, ritiene il collegio che:

- il provvedimento di revoca del 20 aprile 2006 (la cui mancata tempestiva impugnazione non rileva nel presente giudizio, visto il suo esito) risulti pienamente giustificato dal comportamento dell'appellata, che senza alcuna fondata ragione ha dichiarato di non poter rispettare il termine per il deposito della documentazione, richiesta col precedente provvedimento di aggiudicazione del 27 marzo 2006;

- tale provvedimento di revoca sia stato preceduto da atti che, nel differire per due volte l'originario termine del 5 aprile 2006, hanno manifestato apprezzabile comprensione per le difficoltà rappresentate dalle compagnie assicuratrici e perciò comunicate dall'appellata, mirando correttamente ad evidenziare quali fossero gli obblighi di questa e le inevitabili conseguenze del mancato rispetto del termine all'uopo prorogato per consentire ugualmente la produzione documentale;
- non sussista alcun elemento costitutivo dell'illecito lamentato col ricorso di primo grado, non solo la rimproverabilità dell'amministrazione ma anche un atto illegittimo o la condotta illecita dell'amministrazione, che ha invece improntato – nella fase procedimentale specificamente all'esame della Sezione – i suoi atti e comportamenti al rispetto della legalità e del principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

7. La Sezione prende atto che l'atto di appello dell'Amministrazione non contiene alcuna censura avverso la statuizione con cui il TAR ha dichiarato inammissibile la sua domanda riconvenzionale proposta in primo grado (con cui ha chiesto la condanna in solido delle società componenti l'a.t.i. appellata al risarcimento del danno quantificato nella differenza tra il prezzo offerto dalla suddetta ati e quello maggiore offerto dalla seconda classificata, cui i lavori de quibus sono stati successivamente affidati).

Pertanto, si deve intendere passato in giudicato, e insindacabile in questa sede, il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria nel presente giudizio.

8. Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza, il ricorso di primo grado va integralmente respinto.

La condanna alle spese ed agli onorari del doppio grado di giudizio segue la soccombenza. Di essa è fatta liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, accoglie l'appello n. 7750 del 2009 e, in riforma della impugnata sentenza n. 6997 del 2009, respinge il ricorso di primo grado n. 11546 del 2006.

Condanna la società Grandi Lavori Controinteressata spa in proprio e quale mandataria ATI al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidandole in complessivi euro diecimila.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Luigi Maruotti, Presidente FF

Antonino Anastasi, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Vito Carella, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione