

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29619-illegittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-con-escussione-della-relativa-cauzione-provvisoria-per-presentazione-tardiva-della-cauzione-definitiva>

Autore: Lazzini Sonia

Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione con escussione della relativa cauzione provvisoria per presentazione tardiva della cauzione definitiva

Né la vigente normativa né la legge di gara individuavano un termine di costituzione della garanzia fideiussoria definitiva qualificato come perentorio, fermo restando che la medesima è adempimento necessario ai fini della stipulazione del contratto

Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione con escussione della relativa cauzione provvisoria per presentazione tardiva della cauzione definitiva

Né la vigente normativa né la legge di gara individuavano un termine di costituzione della garanzia fideiussoria definitiva qualificato come perentorio, fermo restando che la medesima è adempimento necessario ai fini della stipulazione del contratto

La domanda deve pertanto trovare accoglimento, restando assorbita ogni altra censura; sono quindi illegittimi il provvedimento di decadenza pronunciato con deliberazione n. 50 del 2009 e di revoca dell'aggiudicazione e la conseguente comunicazione 4997/3 del 23.12.2009, con la quale detta revoca è stata partecipata all'assicurazione unitamente all'incameramento della cauzione provvisoria.

L'amministrazione infatti ha adottato un provvedimento di decadenza in data 23.12, del tutto ignorando nel corpo dell'atto che, in data 21.12, era stata consegnata, ancorché via fax, una polizza capiente e continuando ad invocare l'incapienza della polizza del 3.12, pacificamente superata da quella del 23.12. Ancora l'amministrazione ha ritenuto non accettabili le giustificazioni fornite dalla ricorrente circa il ritardo; la formula con la quale dette giustificazioni sono state disattese nell'atto impugnato appare quanto mai generica e certamente la ricusazione delle giustificazioni addotte non poteva in fatto prescindere dalla considerazione di circostanze pacificamente sopravvenute al momento della pronuncia di decadenza, quale appunto l'effettivo invio della polizza.

A fronte questo quadro fattuale ed alla luce dei principi in diritto sopra enunciati non può che ritenersi fondata la censura di difetto di motivazione e incoerenza del comportamento in relazione all'impugnato provvedimento, là dove l'amministrazione ha invocato una presunta improrogabilità del termine dalla stessa smentita nella propria corrispondenza, una incapienza della polizza non più attuale al momento della pronuncia di decadenza ed una sorta di automaticità delle sanzione adottata, prescindendo dalla valutazione di circostanze evidentemente dirimenti (quale l'intervenuta produzione della corretta polizza ed i ritardi imputabili all'assicurazione) ed altrettanto evidentemente incidenti sulla gravità dell'inadempimento/ritardo.

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di 3 edifici a quattro piani fuori terra per complessivi 36 alloggi e relative pertinenze, indetta dall'agenzia territoriale per la casa con bando pubblicato il 28 aprile 2008. Con determina dirigenziale n. 347 del 23 ottobre 2009 l'ATC affidava l'appalto alla RICORRENTE s.r.l.

Con nota prot. 4054/4 del 23 ottobre 2009 la stazione appaltante comunicava alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione richiedendo "entro il termine perentorio di giorni 10 dal ricevimento della presente" la produzione della garanzia fideiussoria definitiva nella misura e nei modi previsti dall'art. 113 del d.lgs. 163 del 2006. Con detta nota l'A.T.C. informava che "nel caso in cui la ditta non avesse provveduto tempestivamente o regolarmente a tali adempimenti" l'aggiudicazione sarebbe stata revocata con incameramento della cauzione provvisoria, salvo risarcimento del maggior danno ed aggiudicazione al concorrente seguente in graduatoria.

La ricorrente produceva la documentazione, esclusa la garanzia fideiussoria e la polizza CAR ex art. 129 del d.lgs. 163/2006; ciò a causa dei tempi tecnici richiesti dalla compagnia assicurativa per la stipulazione della polizza. In data 5.11 la Ricorrente chiedeva di posticipare la produzione della documentazione mancante. La Ricorrente risultava anche aggiudicataria di altro cantiere ATC, P.I.R.U. Pilone, per il quale riceveva comunicazione che la consegna lavori avrebbe avuto luogo il 30 novembre 2009; il 30 novembre veniva effettuata la consegna d'urgenza di quest'ultimo cantiere. Quanto al cantiere San Fedele, qui in contestazione, veniva redatta bozza di consegna non sottoscritta per il prolungarsi nella giornata degli incombeni relativi al cantiere P.I.R.U. Pilone. La Ricorrente in pari data manifestava disponibilità a fissare un nuovo appuntamento per la consegna lavori.

Il 3.12.2009 la ricorrente depositava polizza fideiussoria erroneamente emessa per importo minore di quello dovuto. In data 10.12 l'A.T.C. informava che avrebbe proposto al Consiglio di Amministrazione di dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione con incameramento della cauzione e segnalazione all'autorità di vigilanza. L'11.12. la RICORRENTE invitava la stazione appaltante a rivedere la decisione di sottoporre al CdA la decisione di decadenza dall'affidamento e le ulteriori determinazioni, evidenziando l'illegittimità di un termine perentorio di soli 10 giorni inizialmente assegnato e la contraddittorietà della condotta della stazione appaltante.

Il responsabile del procedimento rispondeva confermando la nota del 15.12; il 21.12. la Ricorrente inviava a mezzo fax copia della polizza definitiva con l'importo corretto.

Il 23 dicembre il CdA decideva la revoca dell'aggiudicazione "per ritardata ed insufficiente costituzione della polizza fideiussoria definitiva" incamerando la cauzione provvisoria.

Il ritardo nella produzione della polizza doveva ritenersi imputabile alla compagnia assicuratrice; sin dal 28 ottobre la ricorrente aveva infatti chiesto al broker assicurativo l'emissione delle polizze che avrebbero dovuto essere consegnate alla stazione appaltante. L'assicurazione aveva chiesto varie successive integrazioni contrattuali, tra cui l'inoltro del piano finanziario. In data 3 dicembre, oltre un mese dopo la richiesta, perveniva la prima polizza fideiussoria rilasciata da Milano Assicurazioni e datata 2.12, immediatamente consegnata ad A.T.C. L'11 dicembre la Ricorrente inoltrava alla compagnia assicurativa la nota A.T.C. con cui veniva comunicata l'intenzione di dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione; anche la nota ATC 10 dicembre veniva inoltrata all'assicurazione. Il 21.12 veniva inviata raccomandata, anticipata via fax, con cui si sollecitava l'assicurazione all'emissione della polizza. Inviata via fax all'amministrazione la polizza corretta, in data 23.12 la ricorrente riceveva comunicazione della revoca dell'aggiudicazione.

Lamenta parte ricorrente l'incompetenza del Consiglio di Amministrazione a disporre la decadenza dall'aggiudicazione e la violazione del principio del contrarius actus. L'aggiudicazione a favore della ricorrente era infatti stata disposta con determina dirigenziale n. 347 del 23 ottobre 2009 mentre il provvedimento di ritiro era stato assunto dal Consiglio di Amministrazione dell'A.T.C., con deliberazione n. 50 del 2009. Il potere di autotutela avrebbe dovuto essere esercitato con le medesime formalità procedurali seguite per l'adozione dell'atto rimosso.

Lamenta parte ricorrente l'eccesso di potere per errore di fatto e travisamento e la violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del buon andamento nonché l'illogicità manifesta. La Ricorrente aveva chiesto una proroga dell'originario termine concesso per il deposito della documentazione, lamentando l'eccessiva

brevità di quello dapprima fissato; a fronte di tali osservazioni l'amministrazione aveva dichiarato di avere implicitamente accettato il termine proposto. Considerato che la richiesta di proroga era stata ricevuta dall'amministrazione il 6 novembre, il termine di 28 giorni di proroga doveva considerarsi scaduto solo il 4.12.2009.

Ne discendeva l'illogicità della condotta dell'amministrazione.

Lamenta parte ricorrente la violazione del principio del legittimo affidamento e l'eccesso di potere per contraddittorietà, nonché la violazione dell'art. 97 cost., del principio del buon andamento e la violazione dell'art. 1454 c.c.. L'amministrazione aveva accettato la proroga proposta, e programmato la consegna dei lavori per il 30.11, salvo poi invocare il decorso del termine per pronunciare la decadenza.

Affinchè il decorso del termine potesse comportare una decadenza era tuttavia necessaria la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.. Lamenta parte ricorrente la violazione degli artt. 11 e 113 del d.lgs. n. 164 del 2006 e degli artt. 12 cpv. del bando, nonché dell'art. 5 del disciplinare di gara e 2.5.2 del Capitolato speciale, la violazione dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e del divieto di aggravamento del procedimento, nonché la violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 per mancanza assoluta di motivazione. Né la legge né i documenti di gara prevedevano un termine perentorio per la costituzione della garanzia definitiva, sicchè la garanzia poteva essere validamente costituita sino alla data di stipula del contratto, dovendosi altresì considerare che quest'ultima, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 163/2006, poteva avvenire solo decorsi trenta giorni dalla comunicazione ex art. 79 d.lgs. 163/2006.

Conseguentemente risultava illegittima la richiesta di immediata costituzione della garanzia fideiussoria.

Lamenta parte ricorrente la violazione del principio del giusto procedimento e del legittimo affidamento e la violazione degli artt. 1453 e 1455 c.c. nonché del principio dell'imputabilità dell'inadempimento, la violazione dell'art. 1256 c.c. e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà. Il ritardo nella costituzione della cauzione risultava imputabile all'assicurazione, tali ragioni erano state palesate all'amministrazione che non aveva tenuto in alcun conto la non colpevolezza della condotta della ricorrente in relazione al ritardo, in violazione del principio di affidamento.

Lamenta infine parte ricorrente la violazione degli artt. 6 lett. b) l. n. 241/1990 e 46 d.lgs. n. 163/2006 nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di fatti e contraddittorietà e l'assenza di ragioni di interesse pubblico in ordine alla pronuncia di decadenza. La polizza depositata in data 3 dicembre recava un importo garantito minore rispetto a quello dovuto, anche questo errore era imputabile alla compagnia assicurativa. Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241/1990 il responsabile del procedimento avrebbe avuto un dovere di soccorso rispetto alla presentazione di documentazione afflitta da un palese errore materiale; né il bando né il disciplinare ponevano alcuna espressa sanzione per l'erronea costituzione della cauzione, sicchè nessun ostacolo si frapponeva alla possibilità di integrare o sostituire la cauzione sino al momento della sottoscrizione del contratto. Chiedeva pertanto l'accoglimento del ricorso.

Si costituiva l'amministrazione resistente deducendo che l'unica consegna lavori intervenuta tra le parti aveva avuto riguardo ad un altro appalto; le bozze di consegna lavori prodotte in relazione all'appalto in contestazione erano infatti meri atti unilateralmente predisposti dalla ricorrente e non sottoscritti da alcuna parte; con la lettera datata 19.10.2009 parte ricorrente si era limitata a chiedere la proroga per la consegna della polizza CAR, senza alcun riferimento alla polizza fideiussoria; la polizza consegnata in data 3.12 non era poi afflitta da errore materiale bensì semplicemente inferiore al dovuto.

Quanto alla censurata incompetenza del Cda deduceva parte resistente che il provvedimento adottato, al di là dell'erronea denominazione, non integrava revoca dell'originaria aggiudicazione bensì un nuovo ed autonomo provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, non legato ad una illegittimità originaria dell'atto bensì ad una inadempienza sopravvenuta.

In base allo statuto dell'ente il Cda ha la competenza residuale su tutte le materie non attribuite al Presidente o al Direttore Generale; il Presidente ha potere di agire in via d'urgenza, salvo ratifica del Cda. In tal modo era stato nominato il RUP, conferendogli poteri istruttori, restando tuttavia in capo al Cda il potere di emanare atti aventi efficacia esterna. Correttamente il RUP, constatata in sede istruttoria la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di decadenza, aveva proposto l'adozione del formale provvedimento al Cda. Il provvedimento adottato non sarebbe in ogni caso annullabile ai sensi dell'art. 21 octies trattandosi di atto vincolato. Infine il RUP aveva fatto propria la dichiarazione di

decadenza pronunciata dal Cda, sia proponendo la pronuncia di decadenza sia comunicandola all'interessata e procedendo all'incameramento della cauzione provvisoria.

Quanto all'obbligo di costituire la cauzione affermava l'ATC che la fideiussione avrebbe dovuto essere depositata immediatamente in virtù del principio *quod sine die debetur statim debetur*; in ogni caso l'amministrazione aveva espressamente qualificato il termine assegnato perentorio; contestava inoltre la stazione appaltante di avere concesso qualsivoglia proroga in relazione al deposito della cauzione definitiva, considerato che il deposito di quest'ultima era intervenuto comunque oltre il decorso anche del termine di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 e che la ricorrente aveva depositato una polizza di importo inferiore al dovuto, nella quale non era ravvisabile alcun errore materiale idoneo ad ingenerare il dovere di soccorso ma semplicemente un inadempimento.

Contestava infine l'insorgenza di qualsivoglia affidamento.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il collegio ritiene di confermare le valutazioni già espresse in sede cautelare.

L'impugnato provvedimento di decadenza (di cui i restanti atti in contestazione altro non sono che presupposti fattuali o giuridici), deliberazione n. 50 del 23.12.2009 (in atti sub. doc. 11 dell'amministrazione), riassume i fatti della vicenda ed evidenzia in particolare che: con missiva del 23.10.2009 prot. 4054/4 l'amministrazione aveva richiesto alla ricorrente la produzione della documentazione prevista dal disciplinare di gara nel termine perentorio di 10 giorni, termine entro il quale solo parte della documentazione era stata effettivamente prodotta; in data 3.12.2009 l'impresa aveva inoltrato polizza fideiussoria incapiente rispetto agli obblighi di gara; in data 10.12.2009 il RUP aveva informato la ricorrente di voler proporre la pronuncia di decadenza ai sensi dell'art. 113 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006.

In relazione alla proposta di decadenza si precisa nell'atto impugnato: "tale attività trova fondamento tanto nel ritardo della costituzione della polizza fideiussoria definitiva che avrebbe dovuto avere improrogabilmente luogo entro il termine perentorio del 6.11.2009, quanto nella summenzionata sensibile incapienza della medesima, pari ad € 268.856,50 anzichè € 620.833,56."

Puntualizza infine l'amministrazione nel successivo atto che pronunciato la decadenza: "ancora alla data odierna l'impresa RICORRENTE s.r.l. non ha ottemperato agli obblighi scaturenti dalla *lex specialis* nel bando di gara."

Per completezza si evidenzia che la comunicazione del RUP, che preannunciava l'intenzione di richiedere la pronuncia di decadenza, richiamata nella deliberazione n. 50/09 (in atti sub. doc. 15 dell'amministrazione), invocava specificatamente quale ragione della sanzione l'incapienza della polizza fideiussoria definitiva prodotta in data 3.12 e il sensibile ritardo nella produzione di detta polizza rispetto al termine originariamente concesso per la costituzione della garanzia definitiva.

In fatto è quindi documentale che l'amministrazione ha dichiarato la decadenza motivandola in relazione all'incapienza della polizza prodotta in data 3.12 ed al ritardo nella costituzione della garanzia fideiussoria definitiva, ritardo assunto persistente in data 23.12.2009 e computato in relazione al termine perentorio di 10 giorni inizialmente assegnato con la missiva del 23.10.

E' tuttavia anche documentalmente provato che, con fax in data 21.12.2009 (sub. doc. 16 di parte ricorrente), parte ricorrente, a "integrazione e sostituzione della polizza già prodotta", ha inviato polizza fideiussoria conforme ai massimali richiesti. Dalla documentazione in atti si evince che il documento è stato inviato via fax con corretto referto di ricezione ai numeri di fax 01413809230 e 0141380941; da tutta la documentazione in atti risulta che tali numeri di fax corrispondono a quelli in uso all'ATC ed al RUP incaricato, in particolare il primo recapito figura nella carta intestata ATC presente in atti, ed è pacifico e documentato che le parti, nel corso dell'intera procedura, hanno più volte comunicato via fax e che sempre l'amministrazione ha ricevuto la documentazione spedita con esito positivo a detto numero di fax.

Sussistono pertanto i presupposti nel caso di specie per ritenere la spedizione con esito positivo idonea a far presumere che la documentazione in questione sia regolarmente pervenuta al destinatario il quale, salvo generici dubbi, nulla allega di specifico (ad esempio mal funzionamento dell'apparecchio) per superare detta ragionevole presunzione.

D'altro canto la giurisprudenza ha più volte affermato: "mette conto evidenziare che, ai sensi dell'art. 45, comma 1, del d.lgs 17 marzo 2005, n. 82, recante il "Codice dell'amministrazione digitale", "I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale." .. il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente, sicché è stato affermato che "tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione" (cfr. CdS, VI, 4 giugno 2007, n. 2951; Tar Lazio, III-quater, 13 febbraio 2008, n. 1254; Tar Sicilia, Palermo, II, 7 febbraio 2008, n. 197; Tar Lazio, III-bis, 4 gennaio 2008, n. 238; Tar Lazio, I bis, 27 ottobre 2004, n. 17353; Tar Piemonte, 10 giugno 2002, n. 1190). È stato poi soggiunto, in ordine alla presunzione che assiste la ricezione del fax e alla prova contraria che può essere opposta dal destinatario quanto segue: "Posto ...che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue che... un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio" (CdS n. 2951/2007, che fa riferimento a una precedente decisione della Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2202; nonché Tar Lazio, III, 11 febbraio 2006, n. 1066). In coerente applicazione di quanto precede è evidente che il principio secondo cui la comunicazione mediante telefax rappresenta strumento idoneo - in carenza di espresse previsioni che dispongano altrimenti - a determinare la piena conoscenza di un atto e/o documento (principio che trae il suo fondamento positivo nel precitato d.lgs. n. 82/2005) non può essere vanificato da semplici dichiarazioni del soggetto destinatario che opponga di non avere ricevuto il fax (cfr. Tar Friuli, I, 8 novembre 2007, n. 720)." (così complessivamente TAR Lazio sez. III bis 27.5.2008 n. 5113).

Nella memoria depositata per l'udienza di merito l'amministrazione ha precisato che la legge di gara richiedeva la polizza in originale e non un semplice fax, sicché anche il documento trasmesso in data 21.12 non escluderebbe l'inadempimento. Premesso che l'impugnato provvedimento di decadenza non reca in alcun punto della motivazione simile considerazione e che neppure è contestato in giudizio che la ricorrente abbia, dopo qualche giorno, ancorché inutilmente, tentato di consegnare l'originale rispetto al quale è da ritenersi pacifico che la copia inviata via fax fosse conforme, pare ovvio che, anche sotto il profilo della rilevanza dell'inadempimento ai fini di una pronuncia di decadenza, un conto è la contestazione della mancanza o dell'incapienza della polizza, ben altro è la contestazione dell'idoneità di una anticipazione via fax di una polizza valida e capiente; ferma poi la considerazione che il mancato invio dell'originale dovrebbe essere valutato alla luce del dettato normativo già ricordato di cui all'art. 45 del d.lgs. 82/2005.

Alla luce di quanto sopra riassunto in fatto la ricorrente lamenta il difetto di motivazione dell'atto impugnato e la contraddittorietà della condotta dell'ATC, censure che si ritengono fondate.

Ne consegue che, delle motivazioni addotte nell'atto, essendo stata superata dai fatti la contestazione circa l'incapienza della polizza, residuava come attuale solo quella circa il ritardo nella costituzione della garanzia

E' pacifico che né la vigente normativa né la legge di gara individuavano un termine di costituzione della garanzia fideiussoria qualificato come perentorio, fermo restando che la medesima è adempimento necessario ai fini della stipulazione del contratto; è pacifico e documentale che, con missiva in data 23.10.2009, l'amministrazione aveva invitato la ricorrente a produrre la necessaria

documentazione nel termine ivi qualificato “perentorio di 10 giorni” (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).

Secondo la giurisprudenza è consentito alla stazione appaltante fissare un termine perentorio che risponda al pubblico interesse della corretta e celere gestione della procedura nella fase successiva all’aggiudicazione provvisoria; inoltre, nello svolgimento del rapporto contrattuale, è invocabile il principio, richiamato dall’amministrazione nelle sue difese, secondo cui *quod sine die debetur statim debetur*; vero è anche tuttavia anche che la pronuncia di decadenza non può che correlarsi ad una irreversibile o comunque grave violazione di un obbligo contrattuale essenziale, ovvero ad una condotta che pregiudichi sostanzialmente il regolare svolgimento dell’appalto, sicché il profilo di inadempimento contestato deve essere valutato nel complesso della condotta delle parti e delle obbligazioni dovute, considerato che la costituzione della garanzia definitiva resta una delle obbligazioni e dei doveri comportamentali del contraente privato; nè può ignorarsi la sostanziale differenza tra inadempimento e tardivo adempimento.

La domanda deve pertanto trovare accoglimento, restando assorbita ogni altra censura; sono quindi illegittimi il provvedimento di decadenza pronunciato con deliberazione n. 50 del 2009 e di revoca dell’aggiudicazione e la conseguente comunicazione 4997/3 del 23.12.2009, con la quale detta revoca è stata partecipata all’assicurazione unitamente all’incameramento della cauzione provvisoria.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2354 del 4 maggio 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino ed in particolare il seguente passaggio:

< Ha statuito il supremo consesso amministrativo: “la natura perentoria o meno di un termine introdotto in via amministrativa va desunta dallo scopo che l’amministrazione persegue, e cioè dalla funzione che lo spazio temporale concesso è destinato ad assolvere. Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della PA nella fase posteriore all’aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento che induce a ritenere di norma perentori i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara. Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale, posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quella

dell'aggiudicatario. Il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato. L'amministrazione ha la possibilità, come qualsiasi altro contraente, di determinarsi, se è stabilito a suo favore il termine, nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un differimento in vista della sua convenienza e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo come nella fattispecie in cui la fideiussione deve essere prestata da specifiche categorie di intermediari" (Cons. St. sez. V, 11.2.2002 n. 3908). >

Ma non solo

< Alla luce dei suddetti principi, e considerando la peculiarità della situazione in esame, si osserva: l'amministrazione poteva, nel perseguimento dell'interesse pubblico ma nel ruolo di corretto contraente assunto nella fase successiva all'aggiudicazione, indicare un termine di adempimento ritenuto improrogabile. Quanto alla qualificazione di detto termine, ed a prescindere da quella utilizzata dalle parti, alla luce della fase in cui la contrattazione si trovava, l'iniziativa presa dovrebbe inquadarsi nell'ambito della diffida ad adempiere in termine un termine congruo e ritenuto essenziale per l'utilità della prestazione oggetto dell'appalto. Il termine connesso a tale valutazione (e conseguentemente la sua disciplina) non è assimilabile ad un termine perentorio quali quelli propri della normativa processuale, caratterizzati dall'improrogabilità. Il termine processuale perentorio è qualificato tale dalla legge ed è posto a presidio dell'interesse generale (di cui è portatore l'ordinamento) al corretto e celere svolgimento del giudizio, indisponibile per le parti; ancora, come si evidenzia nella citata pronuncia del Consiglio di Stato, un termine perentorio e sanzionato con la decadenza fissato dalla lex specialis di gara assumerebbe il carattere dell'improrogabilità (salva impugnazione del bando) a tutela del principio della par condicio, poiché la stazione appaltante non potrebbe, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, mutare le regole essenziali sulle quali si è svolta la competizione concorrenziale.

Ben diverso è il termine posto dall'amministrazione solo nella fase successiva all'aggiudicazione ai fini dell'adempimento; l'amministrazione agisce in questo caso certamente perseguendo l'interesse pubblico ma nel ruolo, non di tutore dell'ordinamento generale ovvero di garante del rispetto della legge di gara inesistente sul punto, bensì di corretto contraente, ancorché dotato di specifiche prerogative e finalità. Pare allora più corretto qualificare il termine come "essenziale"; nella sostanza l'amministrazione che sollecita il celere adempimento della prestazione della cauzione non può che ancorare tale sollecitazione all'effettiva essenzialità della prestazione e connessa inutilità, dopo il decorso del termine posto, della medesima; d'altro canto, poiché l'amministrazione agisce come una parte che di propria iniziativa unilaterale e nel proprio interesse ha individuato un termine, è ben possibile che la stessa parte rivaluti detto interesse, accettando un adempimento tardivo ma utile, senza potersi invocare né l'improrogabilità dei termini perentori né una inesistente sanzione di legge o di gara.

Ancora è evidente che, muovendosi la parti in un contesto di corretta condotta precontrattuale, l'eventuale violazione del termine assegnato e la conseguente sanzione non possono prescindere, come anche precisato nella citata pronuncia del giudice d'appello, dalle giustificazioni addotte dalla parte

ritardataria, dalla loro consistenza e pertinenza, dalla loro imputabilità o meno alla controparte. La grave pronuncia di decadenza in relazione ad un “ritardo” deve evidenziare complessivamente, in un’ottica di normale affidamento, tanto le conseguenze irreparabili di detto ritardo quanto le giustificazioni o meno del medesimo e la loro ritenuta inattendibilità.

Nel concreto, per contro, l’amministrazione ha in un primo momento di fatto consentito il superamento del termine originariamente qualificato perentorio (ad esempio accettando la polizza consegnata il 3.12. di cui non ha contestato la tardività ma l’incapienza, ed anche semplicemente non promuovendo alcuna declaratoria di decadenza ben oltre il termine assegnato, poiché l’intenzione di promuovere una declaratoria di decadenza risulta manifestata solo con la lettera in data 10.12). Infatti, con prima nota 29.10, parte ricorrente aveva chiesto la proroga del termine di deposito della documentazione inizialmente assegnato, se pure non espressamente riferita alla polizza fideiussoria; con successivo fax in data 5.11 parte ricorrente aveva espressamente comunicato l’impossibilità di presentare tempestivamente la polizza fideiussoria definitiva a causa di problemi con l’assicurazione (cfr. doc. 8 di parte ricorrente). Con comunicazione del 15.12.2009 (successiva quindi a tutte le richieste di proroga ed in replica ad espressa contestazione del legale della ricorrente circa l’idoneità del termine assegnato anche per il deposito della fideiussione) l’amministrazione, riassumendo il decorso dell’intera procedura, affermava “è di palmare evidenza che il silenzio al riguardo (proroga dei termini) non poteva che essere inteso quale implicita accettazione del termine così come proposto, giacché una diversa determinazione avrebbe condotto l’ente ad intraprendere azioni di diversa e più incisiva natura. In ciò non può certo ravvedere una mancanza di riscontro alle istanze di proroga della sua assistita che sono di fatto regolarmente intervenute sino alla data del 9.12.2009, ergo oltre i termini da essa stessa richiesti” (cfr. doc. 15 di parte ricorrente).

La stessa amministrazione aveva dunque *expressis verbis* dichiarato di aver “tollerato” il ritardo, quantomeno sino al 9.12.2009.>

A cura di Sonia Lazzini

**N. 02345/2010 REG.SEN.
N. 00090/2010 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 90 del 2010, proposto da:
Ricorrente S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Donatella Finiguerra, con domicilio eletto presso l'avv.to Donatella Finiguerra in Torino, piazza Adriano, 6;

contro

Agenzia Territoriale per la Casa - Asti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Silvia Bianco, con domicilio eletto presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Consorzio Controinteressata delle Cooperative di Produzione e Lavoro S.C.P.A. in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento prot. 4054/4 del 23 ottobre 2009;

del provvedimento prot. 4815/4 del 10 dicembre 2009;

del provvedimento prot. 4882/4 del 15 dicembre 2009;

del provvedimento deliberativo n. 50 del 23 dicembre 2009;

del provvedimento prot. 4997/3 del 23 dicembre 2009, con cui sono stati comunicati la revoca dell'aggiudicazione e l'incameramento della cauzione provvisoria;

dell'aggiudicazione dell'appalto per realizzazione di n. tre edifici a quattro piani fuori terra per complessivi nr. 36 alloggi e relative pertinenze in Asti - Villaggio San Fedele lotti 1 e 2" in favore del Consorzio Controinteressata, quale secondo classificato;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agenzia Territoriale per la Casa - Asti;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2010 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di 3 edifici a quattro piani fuori terra per complessivi 36 alloggi e relative pertinenze, indetta dall'agenzia territoriale per la casa con bando pubblicato il 28 aprile 2008.

Con determina dirigenziale n. 347 del 23 ottobre 2009 l'ATC affidava l'appalto alla RICORRENTE s.r.l.

Con nota prot. 4054/4 del 23 ottobre 2009 la stazione appaltante comunicava alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione richiedendo "entro il termine perentorio di giorni 10 dal ricevimento della presente" la produzione della garanzia fideiussoria definitiva nella misura e nei modi previsti dall'art. 113 del d.lgs. 163 del 2006. Con detta nota l'A.T.C. informava che "nel caso in cui la ditta non avesse provveduto tempestivamente o regolarmente a tali adempimenti" l'aggiudicazione sarebbe stata revocata con incameramento della cauzione provvisoria, salvo risarcimento del maggior danno ed aggiudicazione al concorrente seguente in graduatoria.

La ricorrente produceva la documentazione, esclusa la garanzia fideiussoria e la polizza CAR ex art. 129 del d.lgs. 163/2006; ciò a causa dei tempi tecnici richiesti dalla compagnia assicurativa per la stipulazione della polizza. In data 5.11 la Ricorrente chiedeva di posticipare la produzione della documentazione mancante. La Ricorrente risultava anche aggiudicataria di altro cantiere ATC, P.I.R.U. Pilone,

per il quale riceveva comunicazione che la consegna lavori avrebbe avuto luogo il 30 novembre 2009; il 30 novembre veniva effettuata la consegna d'urgenza di quest'ultimo cantiere. Quanto al cantiere San Fedele, qui in contestazione, veniva redatta bozza di consegna non sottoscritta per il prolungarsi nella giornata degli incombeni relativi al cantiere P.I.R.U. Pilone. La Ricorrente in pari data manifestava disponibilità a fissare un nuovo appuntamento per la consegna lavori. Il 3.12.2009 la ricorrente depositava polizza fideiussoria erroneamente emessa per importo minore di quello dovuto. In data 10.12 l'A.T.C. informava che avrebbe proposto al Consiglio di Amministrazione di dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione con incameramento della cauzione e segnalazione all'autorità di vigilanza. L'11.12. la RICORRENTE invitava la stazione appaltante a rivedere la decisione di sottoporre al CdA la decisione di decadenza dall'affidamento e le ulteriori determinazioni, evidenziando l'illegittimità di un termine perentorio di soli 10 giorni inizialmente assegnato e la contraddittorietà della condotta della stazione appaltante.

Il responsabile del procedimento rispondeva confermando la nota del 15.12; il 21.12. la Ricorrente inviava a mezzo fax copia della polizza definitiva con l'importo corretto.

Il 23 dicembre il CdA decideva la revoca dell'aggiudicazione "per ritardata ed insufficiente costituzione della polizza fideiussoria definitiva" incamerando la cauzione provvisoria.

Il ritardo nella produzione della polizza doveva ritenersi imputabile alla compagnia assicuratrice; sin dal 28 ottobre la ricorrente aveva infatti chiesto al broker assicurativo l'emissione delle polizze che avrebbero dovuto essere consegnate alle stazione appaltante. L'assicurazione aveva chiesto varie successive integrazioni contrattuali, tra cui l'inoltro del piano finanziario. In data 3 dicembre, oltre un mese dopo la richiesta, perveniva la prima polizza fideiussoria rilasciata da Milano

Assicurazioni e datata 2.12, immediatamente consegnata ad A.T.C. L'11 dicembre la Ricorrente inoltrava alla compagnia assicurativa la nota A.T.C. con cui veniva comunicata l'intenzione di dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione; anche la nota ATC 10 dicembre veniva inoltrata all'assicurazione. Il 21.12 veniva inviata raccomandata, anticipata via fax, con cui si sollecitava l'assicurazione all'emissione della polizza. Inviata via fax all'amministrazione la polizza corretta, in data 23.12 la ricorrente riceveva comunicazione della revoca dell'aggiudicazione.

Lamenta parte ricorrente l'incompetenza del Consiglio di Amministrazione a disporre la decadenza dall'aggiudicazione e la violazione del principio del *contrarius actus*. L'aggiudicazione a favore della ricorrente era infatti stata disposta con determina dirigenziale n. 347 del 23 ottobre 2009 mentre il provvedimento di ritiro era stato assunto dal Consiglio di Amministrazione dell'A.T.C., con deliberazione n. 50 del 2009. Il potere di autotutela avrebbe dovuto essere esercitato con le medesime formalità procedurali seguite per l'adozione dell'atto rimosso.

Lamenta parte ricorrente l'eccesso di potere per errore di fatto e travisamento e la violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del buon andamento nonché l'illogicità manifesta. La Ricorrente aveva chiesto una proroga dell'originario termine concesso per il deposito della documentazione, lamentando l'eccessiva brevità di quello dapprima fissato; a fronte di tali osservazioni l'amministrazione aveva dichiarato di avere implicitamente accettato il termine proposto. Considerato che la richiesta di proroga era stata ricevuta dall'amministrazione il 6 novembre, il termine di 28 giorni di proroga doveva considerarsi scaduto solo il 4.12.2009.

Ne discendeva l'illogicità della condotta dell'amministrazione.

Lamenta parte ricorrente la violazione del principio del legittimo affidamento e l'eccesso di potere per contraddittorietà, nonché la violazione dell'art. 97 cost., del principio del buon andamento e la violazione dell'art. 1454 c.c.. L'amministrazione

aveva accettato la proroga proposta, e programmato la consegna dei lavori per il 30.11, salvo poi invocare il decorso del termine per pronunciare la decadenza.

Affinchè il decorso del termine potesse comportare una decadenza era tuttavia necessaria la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.. Lamenta parte ricorrente la violazione degli artt. 11 e 113 del d.lgs. n. 164 del 2006 e degli artt. 12 cpv. del bando, nonché dell'art. 5 del disciplinare di gara e 2.5.2 del Capitolato speciale, la violazione dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e del divieto di aggravamento del procedimento, nonché la violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 per mancanza assoluta di motivazione. Né la legge né i documenti di gara prevedevano un termine perentorio per la costituzione della garanzia definitiva, sicchè la garanzia poteva essere validamente costituita sino alla data di stipula del contratto, dovendosi altresì considerare che quest'ultima, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 163/2006, poteva avvenire solo decorsi trenta giorni dalla comunicazione ex art. 79 d.lgs. 163/2006.

Conseguentemente risultava illegittima la richiesta di immediata costituzione della garanzia fideiussoria.

Lamenta parte ricorrente la violazione del principio del giusto procedimento e del legittimo affidamento e la violazione degli artt. 1453 e 1455 c.c. nonché del principio dell'imputabilità dell'inadempimento, la violazione dell'art. 1256 c.c. e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà. Il ritardo nella costituzione della cauzione risultava imputabile all'assicurazione, tali ragioni erano state palesate all'amministrazione che non aveva tenuto in alcun conto la non colpevolezza della condotta della ricorrente in relazione al ritardo, in violazione del principio di affidamento.

Lamenta infine parte ricorrente la violazione degli artt. 6 lett. b) l. n. 241/1990 e 46 d.lgs. n. 163/2006 nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di fatti e contraddittorietà e l'assenza di ragioni di interesse pubblico

in ordine alla pronuncia di decadenza. La polizza depositata in data 3 dicembre recava un importo garantito minore rispetto a quello dovuto, anche questo errore era imputabile alla compagnia assicurativa. Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 241/1990 il responsabile del procedimento avrebbe avuto un dovere di soccorso rispetto alla presentazione di documentazione afflitta da un palese errore materiale; né il bando né il disciplinare ponevano alcuna espressa sanzione per l'erronea costituzione della cauzione, sicchè nessun ostacolo si frapponeva alla possibilità di integrare o sostituire la cauzione sino al momento della sottoscrizione del contratto. Chiedeva pertanto l'accoglimento del ricorso.

Si costituiva l'amministrazione resistente deducendo che l'unica consegna lavori intervenuta tra le parti aveva avuto riguardo ad un altro appalto; le bozze di consegna lavori prodotte in relazione all'appalto in contestazione erano infatti meri atti unilateralmente predisposti dalla ricorrente e non sottoscritti da alcuna parte; con la lettera datata 19.10.2009 parte ricorrente si era limitata a chiedere la proroga per la consegna della polizza CAR, senza alcun riferimento alla polizza fideiussoria; la polizza consegnata in data 3.12 non era poi afflitta da errore materiale bensì semplicemente inferiore al dovuto.

Quanto alla censurata incompetenza del Cda deduceva parte resistente che il provvedimento adottato, al di là dell'erronea denominazione, non integrava revoca dell'originaria aggiudicazione bensì un nuovo ed autonomo provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, non legato ad una illegittimità originaria dell'atto bensì ad una inadempienza sopravvenuta.

In base allo statuto dell'ente il Cda ha la competenza residuale su tutte le materie non attribuite al Presidente o al Direttore Generale; il Presidente ha potere di agire in via d'urgenza, salvo ratifica del Cda. In tal modo era stato nominato il RUP, conferendogli poteri istruttori, restando tuttavia in capo al Cda il potere di emanare atti aventi efficacia esterna. Correttamente il RUP, constatata in sede istruttoria la

sussistenza dei presupposti per la pronuncia di decadenza, aveva proposto l'adozione del formale provvedimento al Cda. Il provvedimento adottato non sarebbe in ogni caso annullabile ai sensi dell'art. 21 octies trattandosi di atto vincolato. Infine il RUP aveva fatto propria la dichiarazione di decadenza pronunciata dal Cda, sia proponendo la pronuncia di decadenza sia comunicandola all'interessata e procedendo all'incameramento della cauzione provvisoria.

Quanto all'obbligo di costituire la cauzione affermava l'ATC che la fideiussione avrebbe dovuto essere depositata immediatamente in virtù del principio quod sine die debetur statim debetur; in ogni caso l'amministrazione aveva espressamente qualificato il termine assegnato perentorio; contestava inoltre la stazione appaltante di avere concesso qualsivoglia proroga in relazione al deposito della cauzione definitiva, considerato che il deposito di quest'ultima era intervenuto comunque oltre il decorso anche del termine di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 e che la ricorrente aveva depositato una polizza di importo inferiore al dovuto, nella quale non era ravvisabile alcun errore materiale idoneo ad ingenerare il dovere di soccorso ma semplicemente un inadempimento.

Contestava infine l'insorgenza di qualsivoglia affidamento.

Con ordinanza n. 104/10 veniva accolta l'istanza cautelare.

Con memoria in data 27.3.2010 parte resistente contestava che fosse configurabile, nell'ambito del procedimento, una proroga tacita o per facta concludentia di un termine qualificato perentorio; contestava che la polizza presentata in data 23.12 via fax di corretto importo non rispettasse comunque le condizioni di bando, che prescrivevano la presentazione della medesima in originale.

Con memoria in data 2.4.2010 parte ricorrente ribadiva l'eccezione di incompetenza, evidenziando che l'art. 21 octies invocato dall'amministrazione non risultava applicabile all'incompetenza relativa; insisteva pertanto per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza dell'8.4.2010 la causa veniva discussa e decisa.

DIRITTO

Il collegio ritiene di confermare le valutazioni già espresse in sede cautelare.

L'impugnato provvedimento di decadenza (di cui i restanti atti in contestazione altro non sono che presupposti fattuali o giuridici), deliberazione n. 50 del 23.12.2009 (in atti sub. doc. 11 dell'amministrazione), riassume i fatti della vicenda ed evidenzia in particolare che: con missiva del 23.10.2009 prot. 4054/4 l'amministrazione aveva richiesto alla ricorrente la produzione della documentazione prevista dal disciplinare di gara nel termine perentorio di 10 giorni, termine entro il quale solo parte della documentazione era stata effettivamente prodotta; in data 3.12.2009 l'impresa aveva inoltrato polizza fideiussoria incapiente rispetto agli obblighi di gara; in data 10.12.2009 il RUP aveva informato la ricorrente di voler proporre la pronuncia di decadenza ai sensi dell'art. 113 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006.

In relazione alla proposta di decadenza si precisa nell'atto impugnato: "tale attività trova fondamento tanto nel ritardo della costituzione della polizza fideiussoria definitiva che avrebbe dovuto avere improrogabilmente luogo entro il termine perentorio del 6.11.2009, quanto nella summenzionata sensibile incapienza della medesima, pari ad € 268.856,50 anzicchè € 620.833,56."

Puntualizza infine l'amministrazione nel successivo atto che pronunciato la decadenza: "ancora alla data odierna l'impresa RICORRENTE s.r.l. non ha ottemperato agli obblighi scaturenti dalla lex specialis nel bando di gara."

Per completezza si evidenzia che la comunicazione del RUP, che preannunciava l'intenzione di richiedere la pronuncia di decadenza, richiamata nella deliberazione n. 50/09 (in atti sub. doc. 15 dell'amministrazione), invocava specificatamente quale ragione della sanzione l'incapienza della polizza fideiussoria definitiva

prodotta in data 3.12 e il sensibile ritardo nella produzione di detta polizza rispetto al termine originariamente concesso per la costituzione della garanzia definitiva.

In fatto è quindi documentale che l'amministrazione ha dichiarato la decadenza motivandola in relazione all'incapienza della polizza prodotta in data 3.12 ed al ritardo nella costituzione della garanzia fideiussoria definitiva, ritardo assunto persistente in data 23.12.2009 e computato in relazione al termine perentorio di 10 giorni inizialmente assegnato con la missiva del 23.10.

E' tuttavia anche documentalmente provato che, con fax in data 21.12.2009 (sub. doc. 16 di parte ricorrente), parte ricorrente, a "integrazione e sostituzione della polizza già prodotta", ha inviato polizza fideiussoria conforme ai massimali richiesti. Dalla documentazione in atti si evince che il documento è stato inviato via fax con corretto referto di ricezione ai numeri di fax 01413809230 e 0141380941; da tutta la documentazione in atti risulta che tali numeri di fax corrispondono a quelli in uso all'ATC ed al RUP incaricato, in particolare il primo recapito figura nella carta intestata ATC presente in atti, ed è pacifico e documentato che le parti, nel corso dell'intera procedura, hanno più volte comunicato via fax e che sempre l'amministrazione ha ricevuto la documentazione spedita con esito positivo a detto numero di fax.

Sussistono pertanto i presupposti nel caso di specie per ritenere la spedizione con esito positivo idonea a far presumere che la documentazione in questione sia regolarmente pervenuta al destinatario il quale, salvo generici dubbi, nulla allega di specifico (ad esempio mal funzionamento dell'apparecchio) per superare detta ragionevole presunzione.

D'altro canto la giurisprudenza ha più volte affermato: "mette conto evidenziare che, ai sensi dell'art. 45, comma 1, del d.lgs 17 marzo 2005, n. 82, recante il "Codice dell'amministrazione digitale", "I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi

compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale." .. il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente, sicchè è stato affermato che "tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione" (cfr. CdS, VI, 4 giugno 2007, n. 2951; Tar Lazio, III-quater, 13 febbraio 2008, n. 1254; Tar Sicilia, Palermo, II, 7 febbraio 2008, n. 197; Tar Lazio, III-bis, 4 gennaio 2008, n. 238; Tar Lazio, I bis, 27 ottobre 2004, n. 17353; Tar Piemonte, 10 giugno 2002, n. 1190). E stato poi soggiunto, in ordine alla presunzione che assiste la ricezione del fax e alla prova contraria che può essere opposta dal destinatario quanto segue: "Posto ...che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue che... un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio" (CdS n. 2951/2007, che fa riferimento a una precedente decisione della Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2202; nonché Tar Lazio, III, 11 febbraio 2006, n. 1066). In coerente applicazione di quanto precede è evidente che il principio secondo cui la comunicazione mediante telefax rappresenta strumento idoneo - in carenza di espresse previsioni che dispongano altrimenti - a determinare la piena conoscenza

di un atto e/o documento (principio che trae il suo fondamento positivo nel precitato d.lgs. n. 82/2005) non può essere vanificato da semplici dichiarazioni del soggetto destinatario che opponga di non avere ricevuto il fax (cfr. Tar Friuli, I, 8 novembre 2007, n. 720).” (così complessivamente TAR Lazio sez. III bis 27.5.2008 n. 5113).

Nella memoria depositata per l'udienza di merito l'amministrazione ha precisato che la legge di gara richiedeva la polizza in originale e non un semplice fax, sicché anche il documento trasmesso in data 21.12 non escluderebbe l'inadempimento. Premesso che l'impugnato provvedimento di decadenza non reca in alcun punto della motivazione simile considerazione e che neppure è contestato in giudizio che la ricorrente abbia, dopo qualche giorno, ancorché inutilmente, tentato di consegnare l'originale rispetto al quale è da ritenersi pacifico che la copia inviata via fax fosse conforme, pare ovvio che, anche sotto il profilo della rilevanza dell'inadempimento ai fini di una pronuncia di decadenza, un conto è la contestazione della mancanza o dell'incapienza della polizza, ben altro è la contestazione dell'inidoneità di una anticipazione via fax di una polizza valida e capiente; ferma poi la considerazione che il mancato invio dell'originale dovrebbe essere valutato alla luce del dettato normativo già ricordato di cui all'art. 45 del d.lgs. 82/2005.

Alla luce di quanto sopra riassunto in fatto la ricorrente lamenta il difetto di motivazione dell'atto impugnato e la contraddittorietà della condotta dell'ATC, censure che si ritengono fondate.

L'amministrazione infatti ha adottato un provvedimento di decadenza in data 23.12, del tutto ignorando nel corpo dell'atto che, in data 21.12, era stata consegnata, ancorché via fax, una polizza capiente e continuando ad invocare l'incapienza della polizza del 3.12, pacificamente superata da quella del 23.12. Ancora l'amministrazione ha ritenuto non accettabili le giustificazioni fornite dalla

ricorrente circa il ritardo; la formula con la quale dette giustificazioni sono state disattese nell'atto impugnato appare quanto mai generica e certamente la riconsiderazione delle giustificazioni addotte non poteva in fatto prescindere dalla considerazione di circostanze pacificamente sopravvenute al momento della pronuncia di decadenza, quale appunto l'effettivo invio della polizza.

Ne consegue che, delle motivazioni addotte nell'atto, essendo stata superata dai fatti la contestazione circa l'incapienza della polizza, residuava come attuale solo quella circa il ritardo nella costituzione della garanzia.

E' pacifico che né la vigente normativa né la legge di gara individuavano un termine di costituzione della garanzia fideiussoria qualificato come perentorio, fermo restando che la medesima è adempimento necessario ai fini della stipulazione del contratto; è pacifico e documentale che, con missiva in data 23.10.2009, l'amministrazione aveva invitato la ricorrente a produrre la necessaria documentazione nel termine ivi qualificato "perentorio di 10 giorni" (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).

Secondo la giurisprudenza è consentito alla stazione appaltante fissare un termine perentorio che risponda al pubblico interesse della corretta e celere gestione della procedura nella fase successiva all'aggiudicazione provvisoria; inoltre, nello svolgimento del rapporto contrattuale, è invocabile il principio, richiamato dall'amministrazione nelle sue difese, secondo cui *quod sine die debetur statim debetur*; vero è anche tuttavia anche che la pronuncia di decadenza non può che correlarsi ad una irreversibile o comunque grave violazione di un obbligo contrattuale essenziale, ovvero ad una condotta che pregiudichi sostanzialmente il regolare svolgimento dell'appalto, sicché il profilo di inadempimento contestato deve essere valutato nel complesso della condotta delle parti e delle obbligazioni dovute, considerato che la costituzione della garanzia definitiva resta una delle

obbligazioni e dei doveri comportamentali del contraente privato; nè può ignorarsi la sostanziale differenza tra inadempimento e tardivo adempimento.

Ha statuito il supremo consesso amministrativo: “la natura perentoria o meno di un termine introdotto in via amministrativa va desunta dallo scopo che l’amministrazione persegue, e cioè dalla funzione che lo spazio temporale concesso è destinato ad assolvere. Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della PA nella fase posteriore all’aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento che induce a ritenere di norma perentori i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara. Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale, posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quella dell’aggiudicatario. Il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, per effetto dell’aggiudicazione, obbligato. L’amministrazione ha la possibilità, come qualsiasi altro contraente, di determinarsi, se è stabilito a suo favore il termine, nel senso che può pretendere l’adempimento o decidere di consentire un differimento in vista della sua convenienza e dell’accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti quando l’adempimento dipenda dal fatto del terzo come nella fattispecie in cui la fideiussione deve essere prestata da specifiche categorie di intermediari” (Cons. St. sez. V, 11.2.2002 n. 3908).

Alla luce dei suddetti principi, e considerando la peculiarità della situazione in esame, si osserva: l’amministrazione poteva, nel perseguimento dell’interesse pubblico ma nel ruolo di corretto contraente assunto nella fase successiva all’aggiudicazione, indicare un termine di adempimento ritenuto improrogabile. Quanto alla qualificazione di detto termine, ed a prescindere da quella utilizzata dalle parti, alla luce della fase in cui la contrattazione si trovava, l’iniziativa presa

dovrebbe inquadrarsi nell'ambito della diffida ad adempiere in termine un termine congruo e ritenuto essenziale per l'utilità della prestazione oggetto dell'appalto. Il termine connesso a tale valutazione (e conseguentemente la sua disciplina) non è assimilabile ad un termine perentorio quali quelli propri della normativa processuale, caratterizzati dall'improrogabilità. Il termine processuale perentorio è qualificato tale dalla legge ed è posto a presidio dell'interesse generale (di cui è portatore l'ordinamento) al corretto e celere svolgimento del giudizio, indisponibile per le parti; ancora, come si evidenzia nella citata pronuncia del Consiglio di Stato, un termine perentorio e sanzionato con la decadenza fissato dalla lex specialis di gara assumerebbe il carattere dell'improrogabilità (salva impugnazione del bando) a tutela del principio della par condicio, poiché la stazione appaltante non potrebbe, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, mutare le regole essenziali sulle quali si è svolta la competizione concorrenziale.

Ben diverso è il termine posto dall'amministrazione solo nella fase successiva all'aggiudicazione ai fini dell'adempimento; l'amministrazione agisce in questo caso certamente perseguendo l'interesse pubblico ma nel ruolo, non di tutore dell'ordinamento generale ovvero di garante del rispetto della legge di gara inesistente sul punto, bensì di corretto contraente, ancorché dotato di specifiche prerogative e finalità. Pare allora più corretto qualificare il termine come "essenziale"; nella sostanza l'amministrazione che sollecita il celere adempimento della prestazione della cauzione non può che ancorare tale sollecitazione all'effettiva essenzialità della prestazione e connessa inutilità, dopo il decorso del termine posto, della medesima; d'altro canto, poiché l'amministrazione agisce come una parte che di propria iniziativa unilaterale e nel proprio interesse ha individuato un termine, è ben possibile che la stessa parte rivaluti detto interesse, accettando un adempimento tardivo ma utile, senza potersi invocare né

l'improrogabilità dei termini perentori né una inesistente sanzione di legge o di gara.

Ancora è evidente che, muovendosi la parti in un contesto di corretta condotta precontrattuale, l'eventuale violazione del termine assegnato e la conseguente sanzione non possono prescindere, come anche precisato nella citata pronuncia del giudice d'appello, dalle giustificazioni addotte dalla parte ritardataria, dalla loro consistenza e pertinenza, dalla loro imputabilità o meno alla controparte. La grave pronuncia di decadenza in relazione ad un "ritardo" deve evidenziare complessivamente, in un'ottica di normale affidamento, tanto le conseguenze irreparabili di detto ritardo quanto le giustificazioni o meno del medesimo e la loro ritenuta inattendibilità.

Nel concreto, per contro, l'amministrazione ha in un primo momento di fatto consentito il superamento del termine originariamente qualificato perentorio (ad esempio accettando la polizza consegnata il 3.12. di cui non ha contestato la tardività ma l'incapienza, ed anche semplicemente non promuovendo alcuna declaratoria di decadenza ben oltre il termine assegnato, poiché l'intenzione di promuovere una declaratoria di decadenza risulta manifestata solo con la lettera in data 10.12). Infatti, con prima nota 29.10, parte ricorrente aveva chiesto la proroga del termine di deposito della documentazione inizialmente assegnato, se pure non espressamente riferita alla polizza fideiussoria; con successivo fax in data 5.11 parte ricorrente aveva espressamente comunicato l'impossibilità di presentare tempestivamente la polizza fideiussoria definitiva a causa di problemi con l'assicurazione (cfr. doc. 8 di parte ricorrente). Con comunicazione del 15.12.2009 (successiva quindi a tutte le richieste di proroga ed in replica ad espressa contestazione del legale della ricorrente circa l'idoneità del termine assegnato anche per il deposito della fideiussione) l'amministrazione, riassumendo il decorso dell'intera procedura, affermava "è di palmare evidenza che il silenzio al riguardo

(proroga dei termini) non poteva che essere inteso quale implicita accettazione del termine così come proposto, giacchè una diversa determinazione avrebbe condotto l'ente ad intraprendere azioni di diversa e più incisiva natura. In ciò non può certo ravvedere una mancanza di riscontro alle istanze di proroga della sua assistita che sono di fatto regolarmente intervenute sino alla data del 9.12.2009, ergo oltre i termini da essa stessa richiesti" (cfr. doc. 15 di parte ricorrente).

La stessa amministrazione aveva dunque *expressis verbis* dichiarato di aver "tollerato" il ritardo, quantomeno sino al 9.12.2009.

A fronte questo quadro fattuale ed alla luce dei principi in diritto sopra enunciati non può che ritenersi fondata la censura di difetto di motivazione e incoerenza del comportamento in relazione all'impugnato provvedimento, là dove l'amministrazione ha invocato una presunta improrogabilità del termine dalla stessa smentita nella propria corrispondenza, una incapienza della polizza non più attuale al momento della pronuncia di decadenza ed una sorta di automaticità delle sanzione adottata, prescindendo dalla valutazione di circostanze evidentemente dirimenti (quale l'intervenuta produzione della corretta polizza ed i ritardi imputabili all'assicurazione) ed altrettanto evidentemente incidenti sulla gravità dell'inadempimento/ritardo.

Sotto questo profilo l'atto impugnato manca di motivazione e la condotta tenuta pecca di carenze istruttorie e incoerenza del comportamento.

La domanda deve pertanto trovare accoglimento, restando assorbita ogni altra censura; sono quindi illegittimi il provvedimento di decadenza pronunciato con deliberazione n. 50 del 2009 e di revoca dell'aggiudicazione e la conseguente comunicazione 4997/3 del 23.12.2009, con la quale detta revoca è stata partecipata all'assicurazione unitamente all'incameramento della cauzione provvisoria.

Sussistono motivi per compensare le spese di lite, considerando che la ricorrente ha comunque tenuto una condotta non tempestiva né lineare, circostanza che, se

pur inidonea a suffragare la dichiarata decadenza, giustifica l'irrigidimento dell'amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo Regionale per il Piemonte – sezione prima –
Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2010

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

IL SEGRETARIO