

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 12/12/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38887-se-l-aggiudicatario-rinuncia-alla-gara-risulta-legittima-l-escussione-della-garanzia-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

## **Se l'aggiudicatario rinuncia alla gara risulta legittima l'escussione della garanzia provvisoria**

## Consiglio di Stato decisione numero 3746 del 31 agosto 2016

Anche l'ulteriore censura contenuta nel motivo d'appello in esame, con la quale la ricorrente sostiene che la cauzione non potrebbe essere incamerata all'esito della verifica sul possesso dei requisiti ex art. 48 cod. contratti pubblici, trattandosi di procedura di affidamento di un appalto compreso nei servizi di cui all'allegato II B al citato codice, è inammissibile. La doglianza è stata infatti proposta solo con il presente appello, in spregio al divieto enunciato dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm.

SONIA LAZZINI

In ogni caso, la stessa è manifestamente infondata, oltre che in contraddizione con quanto affermato in quello precedente, dal momento che nel caso di specie la cauzione è stata incamerata non in seguito al negativo accertamento dei requisiti di partecipazione alla gara, ma perché l'appellante ha dichiarato di «*rinunciare alla gara*» (così nella nota del 19 agosto 2014).

L'ipotesi di cui la stazione appaltante ha fatto applicazione nel caso di specie è dunque quella contemplata dall'art. 75, comma 6, del codice "appalti", la cui violazione è stata infatti dedotta dalla medesima ricorrente nel proprio ricorso davanti al TAR.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero numero numero 3746 del 31 agosto 2016

Pubblicato il **31/08/2016**

N. 03746/2016REG.PROV.COLL.

N. 10534/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Nel primo motivo d'appello la ricorrente censura la sentenza impugnata per travisamento dei fatti di causa, per avere il TAR ritenuto che l'incameramento della **cauzione** sia avvenuto per difetto dei requisiti di ordine generale, mentre in realtà è pacifico che nessuna verifica di questi ultimi è mai stata effettuata dal Comune di Ancona.

2. Il motivo è inammissibile perché non devolve alla cognizione di questo giudice d'appello la verifica circa la legittimità degli atti impugnati in primo grado, sia pure attraverso l'enucleazione di censure specifiche ex art. 101, comma 1, cod. proc. amm. alla decisione appellata, ma rimane circoscritto alla motivazione con cui il TAR ha respinto il ricorso originario. E' dunque applicabile la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo cui le censure con cui si deduce la carente o illogica motivazione della sentenza appellata sono inammissibili, essendo destinate ad essere assorbite dall'effetto devolutivo dell'appello e dal potere correttivo del giudice di secondo grado rispetto ad errori logico-giuridici del giudice di primo grado che non abbiano inciso sulla correttezza della decisione finale (ex multis: Sez. III, 10 aprile 2012, n. 2057; Sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5142, 21 settembre 2015, n. 4392; Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3708; Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3296, 27 aprile 2015, n. 2139, 9 aprile 2015, n. 1790).

3. Anche l'ulteriore censura contenuta nel motivo d'appello in esame, con la quale la ricorrente sostiene che la **cauzione** non potrebbe essere incamerata all'esito della verifica sul possesso dei requisiti ex art. 48 cod. contratti pubblici, trattandosi di procedura di affidamento di un appalto compreso nei servizi di cui all'allegato II B al citato codice, è inammissibile. La doglianza è stata infatti proposta solo con il presente appello, in spregio al divieto enunciato dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm.

In ogni caso, la stessa è manifestamente infondata, oltre che in contraddizione con quanto affermato in quello precedente, dal momento che nel caso di specie la **cauzione** è stata incamerata non in seguito al negativo accertamento dei requisiti di partecipazione alla gara, ma perché l'appellante ha dichiarato di «rinunciare alla gara» (così nella nota del 19 agosto 2014). L'ipotesi di cui la stazione appaltante ha fatto applicazione nel caso di specie è dunque quella contemplata dall'art. 75, comma 6, del codice "appalti", la cui violazione è stata infatti dedotta dalla medesima ricorrente nel proprio ricorso davanti al TAR.

4. Con un'ulteriore censura la società sostiene che la disposizione ora citata, nel prevedere che la

garanzia provvisoria copre la «*mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario*», riguarderebbe solo l'ipotesi in cui la gara sia stata definitivamente aggiudicata, e dunque non si applicherebbe quando in essa sia stata disposta la sola aggiudicazione provvisoria.

5. Sennonché questo Consiglio di Stato afferma al riguardo principi diversi.

In linea con la finalità tipica della **cauzione** provvisoria, consistente nel responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. Ad. plen. 10 dicembre 2014, n. 34), la giurisprudenza è infatti orientata nel senso che il suo incameramento è giustificato dal pregiudizio arrecato all'interesse della stazione appaltante di affidare il contratto posto a gara, e pertanto ogniqualvolta in quest'ultima si siano verificati comportamenti delle concorrenti tali da impedirne il perfezionamento, ancorché non sia stata ancora formalizzata l'aggiudicazione provvisoria (Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302, citata dal Comune di Ancona nelle proprie difese davanti al TAR; nella medesima linea Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3749). Pertanto, a fortiori l'incameramento della **cauzione** deve ritenersi legittimo nel caso di specie, in cui l'aggiudicazione provvisoria era già stata emessa in favore dell'odierna appellante (all'esito della selezione delle offerte, nel citato verbale di gara in data 12 agosto 2014).

6. Deve soggiungersi al riguardo che nella materia dei contratti pubblici come le stazioni appaltanti sono chiamate ad amministrare un diritto di rilevante complessità e soggiacciono ad un regime di particolare rigore per le illegittimità in esse commesse, nel quale non ha rilievo l'elemento della colpevolezza (Corte di giustizia Ue, 30 novembre 2011, C-314/09 Stadt Graz), così un livello di correlativa responsabilizzazione è esigibile dalle imprese che partecipano alle procedure di affidamento di tali contratti. Pertanto, del tutto è del tutto logico e coerente che le stesse si assumano le conseguenze negative sul piano economico per condotte ambigue e contraddittorie, come quella di presentare un'offerta, poi risultata la migliore all'esito della selezione concorsuale, per poi comunicare di volere rinunciare all'appalto, imponendo all'amministrazione di rivalutare i presupposti di convenienza sottesi alla stipula del contratto.

A questo riguardo, peraltro, deve evidenziarsi che il più volte citato comma 6 dell'art. 75, cod. contratti pubblici non accolla in modo indiscriminato alla concorrente il rischio di mancata sottoscrizione del contratto, ma richiede che tale evento sia ascrivibile al «*fatto dell'affidatario*», e quindi ad una condotta allo stesso imputabile. Ma sull'imputabilità alla ricorrente della mancata conclusione del contratto oggetto della procedura di gara qui in contestazione non vi è alcun dubbio, atteso che la rinuncia dell'odierna appellante è rimasta del tutto immotivata, al di là del generico richiamo a imprecisate sopravvenienze aziendali, di cui alla nota del 19 agosto 2014.

7. Nel motivo d'appello in esame si sottolinea infine che il rifiuto non ha arrecato alcun pregiudizio al regolare svolgimento della gara ed al tempestivo avvio del servizio, in virtù del fatto che, non appena ricevuta la comunicazione di rinuncia in questione, il Comune di Ancona ha provveduto contestualmente ad aggiudicare la gara alla concorrente che seguiva in graduatoria.

8. Anche questa censura non può tuttavia essere condivisa, perché la previsione normativa che pone la garanzia provvisoria a copertura del rischio di mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario ha una funzione preventiva di responsabilizzazione dei partecipanti alla gara, come sopra evidenziato, la quale prescinde dal concreto sviluppo successivo di questa ed in particolare dal fatto che ad essa la stazione appaltante vi abbia fatto fronte.

9. Passando quindi al secondo motivo d'appello, in esso la ricorrente censura la revoca

dell'aggiudicazione provvisoria disposta in proprio favore (con determinazione n. 1482 del 28 agosto 2014, sopra citata), perché «nella fattispecie non vi era alcun provvedimento definitivo che arrecava vantaggi» (pag. 14 dell'appello), ed inoltre perché adottata senza previa comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241 del 1990.

10. Il motivo è infondato.

Innanzitutto, al pari di ogni altra manifestazione provvedimento di volontà dell'amministrazione l'aggiudicazione provvisoria è comunque suscettibile di revoca, ancorché si tratti di provvedimento ad effetti interinali. La revoca incide infatti sull'atto, nel senso del suo ritiro, e non già sugli effetti con esso prodottisi.

Per altro verso, in base alla pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, dalla quale non vi sono ragioni per discostarsi, il carattere meramente interinale e non conclusivo del procedimento di gara dell'aggiudicazione provvisoria comporta la non applicabilità delle garanzie partecipative tipiche del potere di autotutela di cui alla legge n. 241 del 1990 (solo per citare le più recenti pronunce espressive di questo indirizzo: Sez. III, 27 novembre 2014, n. 5877, 24 maggio 2013, n. 2838, 11 luglio 2012, n. 4116; Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266, 28 dicembre 2011, n. 6951, 20 aprile 2012, n. 2338).

11. Infine, con il terzo motivo d'appello la ricorrente ripropone l'assunto secondo cui l'incameramento della garanzia provvisoria potrebbe essere disposto solo nei confronti della concorrente dichiarata aggiudicataria definitiva. A confutazione dello stesso è pertanto sufficiente richiamare le considerazioni già svolte in precedenza.

12. L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese tra la società appellante e l'Autorità nazionale anticorruzione possono essere compensate, stante la costituzione di quest'ultima con mera comparsa di forma. Non vi è invece luogo a provvedere nei rapporti tra la prima e le altre appellate, poiché non costituitesi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di causa tra l'appellante e l'Autorità nazionale Anticorruzione e dichiara il non luogo a provvedere nei rapporti tra la medesima appellante e le parti non costituite.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO