

L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e la revoca dell'appalto stipulato sulla base di una cauzione falsa sono illegittimi se non considerano lo stato soggettivo di buona fede del concorrente e l'esaurimento della funzione della garanzia cauzionale

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 10-12-2016

1. Cauzione provvisoria - polizza fideiussoria falsa - buona fede del concorrente - contratto stipulato - esaurimento della funzione di garanzia - esclusione dalla gara - illegittimità - soccorso istruttorio - doveroso.
2. Revoca dell'appalto - a distanza di tempo - senza adeguata comparazione degli interessi coinvolti - buona fede del contraente inconsapevole - illegittimità.
3. Contratto stipulato - annullamento in autotutela - omessa considerazione dell'esaurimento degli effetti della garanzia cauzionale - illegittimità - interesse pubblico ha raggiunto il suo scopo.

Guida alla lettura.

La vicenda oggetto del ricorso nasce a seguito di una deliberazione dell'ANAC con cui quest'ultima, avendo rilevato che in un'altra gara, la società (ricorrente nel giudizio in commento) aveva prodotto una garanzia provvisoria falsa o, comunque, proveniente da soggetto non abilitato a emetterla, ha invitato la stazione appaltante (resistente nel predetto giudizio) a riconsiderare i provvedimenti già adottati anche in relazione alla procedura di gara dalla stessa indetta.

Pertanto, la stazione appaltante, ritenendo di condividere le conclusioni cui era pervenuta l'ANAC, ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla gara in precedenza aggiudicata alla stessa, con annullamento, in via di autotutela, dell'aggiudicazione e conseguente caducazione del contratto intanto già stipulato.

Seguiva il ricorso deciso dal TAR salentino con la sentenza annotata che ha accolto il ricorso per le seguenti ragioni, dopo aver ritenuto ammissibile il ricorso pur a fronte dell'eccezione di mancata tempestiva impugnativa della delibera n.770/ANAC, "*stante la natura non vincolante*

di tale atto, trattandosi di appalto ante d.lgs.50/2016; a ciò aggiungasi che quest'ultima Autorità, nel trasmettere la delibera citata, ha semplicemente invitato la stazione appaltante a comunicare gli eventuali provvedimenti conseguenti alle osservazioni formulate dall'Autorità che si intendono adottare".

Nel merito, sono state ritenute assorbenti le censure con le quali la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art.21 nonies della L.241/1990, per non avere la stazione appaltante valutato la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e la buona fede della medesima.

Il TAR, infatti, ha rammentato che la potestà di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 04/01/2011, n. 11).

Inoltre, è stato rilevato che l'interesse pubblico all'annullamento, espressamente richiesto dall'art. 21 nonies della legge 241 del 1990, deve costituire un requisito ulteriore e diverso rispetto all'illegittimità dell'atto e come tale deve essere esplicitato nel provvedimento di annullamento e/o autotutela, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; di tale comparazione deve esservi traccia nel provvedimento medesimo.

Tuttavia, ad avviso del Collegio, l'attività di comparazione degli interessi in conflitto nel caso di specie è del tutto mancata, specie se si condiera che l'annullamento è intervenuto a distanza di circa 16 mesi dall'aggiudicazione definitiva, con conseguente legittimo affidamento della ricorrente in ordine al definitivo accoglimento dell'offerta presentata.

Inoltre, pur essendo detta circostanza idonea ex sé a comportare l'illegittimità dell'atto impugnato, il TAR ha dato atto sia dello stato soggettivo di buona fede della ricorrente, ricostruendo la fattispecie in ordine alla produzione della garanzia cauzionale, sia dell'esaurimento della funzione della garanzia stessa, essendo stato già stipulato il contratto per la cui stipulazione, appunto, doveva servire.

Il Collegio, condividendo sul punto quanto affermato da altri TAR (sent.Tar Lazio latina n.676/2015; ord. Tar Bari n.525/2016), ha ritenuto sussistente il c.d. "falso oggettivo" del documento in questione, sulla cui validità, per quanto emerso dalla documentazione esaminata, la ricorrente aveva confidato inconsapevolmente, pagando anche il relativo premio.

Peraltro, nel caso di specie, all'occorrenza, si sarebbe potuto far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, come ritenuto da una parte significativa della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato Sez. III, 27-10-2016, n. 4528, secondo cui *"In caso di assenza o irregolarità della cauzione provvisoria o della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva la stazione appaltante deve ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio, ex artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 , trattandosi di irregolarità sanabili, e non può disporre immediatamente l'esclusione"*, considerato, altresì, che *"L'art. 75*

del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva)" (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2016, n. 3198)".

Pertanto, non avendo la stazione appaltante fatto buon governo dei suddetti principi, il TAR salentino ha annullato il provvedimento di revoca della stipulazione dell'aggiudicazione definitiva e di revoca dell'appalto nelle more stipulato, essendo stato disposto in violazione del disposto di cui all'art.21 nonies della L.241/1990, atteso che la stazione appaltante non aveva tenuto conto in alcun modo gli elementi posti alla sua attenzione in ordine alla doverosa comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato coinvolto nella fattispecie.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1552 del 2016, proposto da:

XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. ...

contro

YYY S.p.A....;

A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata in Lecce, via F.Rubichi 23;

nei confronti di

ZZZ S.p.A.;

per l'annullamento

1. del provvedimento prot. DAS.AP.0065282.16.U adottato in via di autotutela in data 27.09.2016 a firma del Direttore della Direzione Approvvigionamenti e Sistemi di YYY S.p.A. con il quale, in riferimento all'Appalto Integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del fascio binari arrivi/partenze e presa/consegna (elettrificato e centralizzato), in zona parco San Nicola della stazione di Taranto, per il collegamento degli

stessi con la piastra logistica, con il 4° sporgente ed il 1° sporgente del Porto di Taranto (CIG: 604399701C - CUP: J71H02000120008 -PA-1245), venivano disposti:

- a. l'esclusione dalla gara dell'attuale ricorrente XXX;
 - b. l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della stessa impresa;
 - c. la conseguente, automatica caducazione degli effetti del contratto n. 09/2016 stipulato tra le parti in data 04.05.2016;
2. ove occorra, della Delibera A.N.A.C. n. 770 del 13.07.2016 (All. 3), alla quale l'atto impugnato sub 1 fa acritico rinvio per la individuazione dei profili di illegittimità posti a base del provvedimento di autotutela, in parte qua e nei limiti del proprio interesse, nonché di ogni atto ad essa presupposto e/o istruttorio tra cui, ove occorra, l'atto istruttorio adottato dal Consiglio dell'ANAC in data 27.04.2016;
3. della nota Direzione Approvvigionamenti e Sistemi prot. DAS.AP.AL.0065539.16.U del 27.09.2016 con la quale veniva trasmesso il provvedimento impugnato sub 1 e della comunicazione di avvio del procedimento prot. DAS.AP.0061368.16.U del 9.9.2016;
4. ove occorra, per l'annullamento o la dichiarazione di nullità in parte qua del bando di gara pubblicato, tra l'altro, in data 17.12.2014 sul Supplemento alla GUUE n. S-243, doc. n°428762, e sulla GURI – 5^ Serie Speciale n. 144, del disciplinare (ove esistente) e degli atti di loro approvazione, nei limiti del proprio interesse e nelle parti in cui siano interpretati quali recanti sanzioni di esclusione incompatibili con le previsioni di cui all'art. 75, c. 1, ed all'art. 46, c. 1 bis, D.l.vo n. 163/2006;
5. ove occorra, di tutti gli atti e verbali di gara, di aggiudicazione provvisoria, di aggiudicazione definitiva e di sua dichiarazione di efficacia nella parte in cui non abbiano disposto soccorso istruttorio e regolarizzazione con assegnazione di termine per il deposito di altra cauzione provvisoria, in via principale senza l'inflizione della sanzione di cui all'art. 38, comma 2, del d.P.R. n. 163/2006;
6. dell'aggiudicazione disposta in favore del ZZZ a mezzo provvedimento DAS.AP.0068776.16.U dell'11.10.2016 e, ove occorra, della relativa nota pec di accompagnamento prot. DAS.AP.AL.0069617.16.U del 13.10.2016, comunicata al raggruppamento ricorrente in pari data

con conseguente

- dichiarazione di efficacia del Contratto n. 9/2016 stipulato tra le parti in data 04.05.2016, i cui effetti sono stati illegittimamente considerati automaticamente caducati con il provvedimento impugnato sub 1;
- risarcimento in forma specifica mediante attribuzione della gara in favore della ricorrente e declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato con altro

concorrente ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 del D.l.vo n. 104/2010;

- con espressa domanda di tutela in forma specifica volta ad ottenere la declaratoria di aggiudicazione della gara in favore della ricorrente, contrattualizzazione in suo favore o subentro nel contratto eventualmente stipulato medio tempore con altra ditta con adeguamento del corrispettivo in caso di ritardo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di YYY e di A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione e di ZZZ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che:

con delibera ANAC n.770 del 13.7.2016 quest'ultima, avendo rilevato che in altra gara bandita da YYY, la XXX aveva prodotto una garanzia provvisoria falsa o, comunque, proveniente da soggetto non abilitato a emetterla, invitava Italferr a riconsiderare, che quanto rappresentato nella procedura PA-1258 assumeva rilievo anche con riferimento ad altre procedure, tra cui anche quella di cui è causa (PA-1245);

con successivo provvedimento del 27.9.2016, Italferr comunicava alla ricorrente l'esclusione dalla gara PA-1245 con annullamento, in via di autotutela, dell'aggiudicazione definitiva disposta nei confronti della medesima e caducazione del contratto n.9/2016 stipulato, ritenendo di condividere le conclusioni cui era pervenuta l'ANAC nella suindicata delibera;

avverso gli atti citati è insorta la società ricorrente deducendo le seguenti censure:

I. Violazione di legge: art.46 c.1 ter e 1-bis, art.38, c.2 bis, art.75 c.1 d.lgs. 163/2006 – difetto di istruttoria e di motivazione – omessa rappresentazione dei presupposti di fatto-illogicità e irrazionalità manifeste – violazione e falsa applicazione dell'art.3 e 27c.2 della Cost., dei principi di uguaglianza e di presunzione di non colpevolezza – violazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento – violazione art.97 Cost.

II. Violazione di legge: art.46 c.1 ter, art 38 c.2-bis, art.75 c.1 d.lgs. n.163/2006 – violazione e falsa applicazione degli art. 3,10,c.1 lett.b e 21 nonies L. n.241/1990 – difetto di istruttoria e di

motivazione, omessa rappresentazione dei presupposti in fatto, illogicità e irrazionalità manifesta – violazione del principio del contrarius actus – incompetenza – violazione dei principi di cautela e ragionevolezza, di massima partecipazione delle imprese e di aggiudicazione del contratto alle migliori condizioni possibili.

Si sono costituite in giudizio sia il controinteressato ZZZ, sia YYY, sia l'ANAC.

Ritenuta la fondatezza del ricorso per le seguenti ragioni:

In primo luogo, non può ritenersi l'inammissibilità del ricorso per la mancata tempestiva impugnativa della delibera n.770/ANAC stante la natura non vincolante di tale atto, trattandosi di appalto ante d.lgs.50/2016; a ciò aggiungasi che quest'ultima Autorità, nel trasmettere la delibera citata, ha semplicemente invitato "la stazione appaltante a comunicare gli eventuali provvedimenti conseguenti alle osservazioni formulate dall'Autorità che si intendono adottare".

Sono fondate e assorbenti le censure con le quali la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art.21 nonies della L.241/1990, per non avere la stazione appaltante valutato la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e la buona fede della medesima.

Invero, anche se nei contratti della Pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa Amministrazione e del privato di concludere il contratto, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, non è tuttavia precluso all'Amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo a un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, fondandosi detta potestà di annullamento in autotutela sul principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 04/01/2011 n. 11).

Inoltre, l'interesse pubblico all'annullamento, espressamente richiesto dall'art. 21 nonies della legge 241 del 1990, non può che costituire requisito ulteriore e diverso rispetto all'illegittimità dell'atto e come tale deve essere esplicitato nel provvedimento di annullamento e/o autotutela e lo stesso deve tener conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; di tale comparazione deve esservi traccia nel provvedimento medesimo.

Nella specie, l'attività di comparazione è oggettivamente assente nel provvedimento impugnato, tanto più che lo stesso è intervenuto a distanza di circa 16 mesi dall'aggiudicazione definitiva. Peraltro, l'interesse pubblico alla revoca dell'aggiudicazione definitiva e del contratto stipulato, avvenuta a seguito di una gara pubblica, risulta ancor più cogente dovendo essere valutato l'interesse pubblico all'affidamento della gara alla offerta migliore sia dal punto di vista economico che qualitativo.

Oltre a tale circostanza, idonea ex sé a comportare l'illegittimità dell'atto impugnato, deve condividersi la censura con la quale la ricorrente deduce che la produzione di una polizza fideiussoria falsa a titolo di cauzione provvisoria non poteva, nella specie, comportare l'esclusione dalla gara dovendo applicarsi la regola del soccorso istruttorio, tenuto conto della buona fede del contraente inconsapevole, oltre che del c.d. "esaurimento" della funzione della medesima, essendo intervenuta l'aggiudicazione definitiva e stipulato il contratto.

Il Collegio ritiene che, condividendo sul punto quanto affermato da altri TAR (sent.Tar Lazio latina n.676/2015; ord. Tar Bari n.525/2016), possa obiettivamente riconoscersi che:

La ricorrente ha acquistato la polizza fideiussoria assicurativa n.AMI 2015-0020 rilasciata dalla ... omissis ... il quale, con nota del 15.9.2016 (in risposta a nota della ricorrente del 13.9.2016), ha comunicato alla medesima, tra l'altro, che le fideiussioni "erano accompagnate da autentica notarile e che l'elemento molto convincente fu proprio la verifica della validità delle Apostille allegate alle autentiche eseguite direttamente sul sito governativo inglese, a tal proposito mi chiedo se qualcuno abbia mai controllato come sia possibile allegare delle Apostille vere a degli atti presunti falsi o se invero le Compagnie hanno trovato comodo riconoscere l'operato dei loro procuratori per non rispondere delle eventuali obbligazioni".

In data 16 settembre 2016 la stessa ha proposto atto di denuncia querela presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Matera.

Solo in data 2 luglio 2015 e, quindi, alcuni mesi dopo la stipula della polizza in questione, l'IVASS ha emesso il comunicato stampa con il quale ha rilevato che "in data 23 febbraio 2015 ..." ha dichiarato di aver cessato di sottoscrivere nuove polizze da gennaio 2008 e che la validità dell'ultima polizza emessa in Italia è terminata nel mese di Agosto 2012; pertanto, l'eventuale stipulazione di polizze recanti l'intestazione "... " comporta per i contraenti l'insussistenza della copertura assicurativa e per gli intermediari lo svolgimento di un'attività non consentita dalle vigenti normative".

Le circostanze suindicate pur confermando il c.d. "falso oggettivo" del documento in questione, a giudizio del Collegio rilevano ai fini dell'elemento psicologico della ricorrente, la quale può aver confidato inconsapevolmente sulla validità della polizza sottoscritta (della quale aveva anche pagato il relativo premio) e tali elementi risultano essere stati comunicati alla stazione appaltante con nota del 19 settembre 2016, con la quale, in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento di autotutela –aggiudicazione, la Semataf, per conto del suo procuratore, aveva evidenziato gli aspetti della vicenda mettendo in risalto la buona fede e la diligenza caratterizzanti la sua condotta.

Al contrario, la stazione appaltante non ha tenuto conto degli elementi posti alla sua attenzione, la cui valutazione, proprio al fine di considerare la sussistenza dell'interesse pubblico (e la comparazione di questo con l'interesse e l'affidamento privato coinvolto) alla revoca della stipulazione dell'aggiudicazione definitiva e alla revoca dell'appalto nelle more stipulato, risultava necessaria in ossequio al disposto di cui all'art.21 nonies della L.241/1990;

A ciò deve inoltre aggiungersi che in base all'art.75 comma 6 "La garanzia copre la mancata

sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo” e, nella specie, il contratto, era stato già sottoscritto, sicchè, obiettivamente, il censurato atto di autotela ha, del tutto illegittimamente, omesso di considerare che la garanzia aveva esaurito i suoi effetti, essendo stato stipulato il contratto, e che l'interesse pubblico cui la stessa risulta rivolto aveva comunque raggiunto il suo scopo.

Peraltro, quand'anche voglia ritenersi che l'esistenza di una valida garanzia provvisoria incida sul contenuto dell'offerta, privandola di un suo elemento essenziale, deve richiamarsi quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa, sia pur non univocamente (Cons. Stato Sez. III, 27-10-2016, n. 4528) affermandosi che “In caso di assenza o irregolarità della cauzione provvisoria o della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva la stazione appaltante deve ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio, ex artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 , trattandosi di irregolarità sanabili, e non può disporre immediatamente l'esclusione”(riforma T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, Sez. I, n. 109/2016 e n. 110 del 2016).

Inoltre (Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2016, n. 3198). “L'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva)”.

Le considerazioni suindicate comportano l'illegittimità del provvedimento impugnato stante il rilevato deficit motivazionale e istruttorio, sicchè il ricorso, sotto tale aspetto, deve essere accolto.

Le spese di lite, in considerazione della peculiarità e novità della questione (oltre che del non univoco orientamento giurisprudenziale in materia di assenza o falsità della cauzione provvisoria) devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore



Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario