

APPALTI: Gara – Partecipazione – Impresa in amministrazione straordinaria – Mancata prestazione delle garanzie di legge – Esclusione – Legittimità.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 6 aprile 2022, n. 4005

- in *Riv. trim. appalti*, 3, 2022, pag. 997 e ss., con commento di M.B. Chito, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione straordinaria e contratti pubblici*.

Non essendo rinvenibile in materia nessuna norma che consenta di poter considerare la procedura di amministrazione straordinaria quale fattispecie derogatoria rispetto agli adempimenti prescritti dall'art. 93 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa in amministrazione straordinaria che abbia omissso di produrre le garanzie provvisorie richieste per la presentazione dell'offerta, gli impegni per il rilascio delle definitive ed il loro rinnovo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e di Dussmann Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2022 la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti, la Manital s.c.p.a. (di seguito, anche semplicemente “Manital”) impugna la propria esclusione dalla gara indetta da Consip s.p.a. (d’ora in poi, anche semplicemente “Consip”) “*per l’affidamento di un Accordo Quadro, ai sensi dell’art. 54, comma 4, lettera a) del D.Lgs. 50/2016, avente ad oggetto i servizi di pulizia uffici, università e enti di ricerca - edizione 1 - ID 2076*” (c.d. “*Gara Grandi Immobili*”), disposta ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettere c) e c *ter*) del d.lgs. n. 50/2016 con riferimento ai lotti 27, 28, 29, 30 e 31, in ragione - tra l’altro - del provvedimento sanzionatorio dell’A.G.C.M. n. 27646 del 17 aprile 2019 (emesso per aver la ricorrente, in solido con la controllante Manitalidea s.p.a., partecipato insieme ad altri operatori alla realizzazione di un’intesa anticoncorrenziale e restrittiva della concorrenza nella procedura ad evidenza pubblica per la fornitura su tutto il territorio nazionale dei servizi di *facility management* quarta edizione, gara Consip FM4) nonché della risoluzione della Convenzione Consip FM3 disposta in data 28 maggio 2020 e delle risultanze emerse dal casellario

dell'ANAC relative ad altre *“numerose risoluzioni per inadempimento adottate in danno della Società ... da parte di svariate stazioni appaltanti”*.

Sostiene, in particolare, parte ricorrente l'illegittimità di tale esclusione sostanzialmente per difetto di istruttoria e motivazione, violazione dei principi di trasparenza, di proporzionalità e di tassatività delle cause di esclusione, non avendo (in tesi) Consip avviato un'autonoma valutazione e ponderazione dei fatti richiamati a supporto della contestata rottura del rapporto fiduciario con la concorrente.

Consip si costituiva in giudizio, ampiamente argomentando sulla legittimità della propria determinazione.

Anche Dussmann service s.r.l. - evocata in giudizio quale controinteressata per aver presentato un'offerta per i medesimi lotti e, ad esito dell'esame della documentazione amministrativa, essere stata ammessa a proseguire nella procedura - si costituiva, chiedendo il rigetto del gravame proposto.

La Sezione con ordinanza , nel ritenere *“che le questioni poste dalla società ricorrente necessitano di un adeguato approfondimento che non è possibile effettuare in sede di sommaria delibazione cautelare”* e *“a prescindere dalla fondatezza delle contestazioni formulate in ricorso”*, accoglieva la domanda cautelare avanzata da Manital, per l'effetto, sospendendo l'efficacia dell'impugnato provvedimento di esclusione del 24 marzo 2021 ed ordinando alla stazione appaltante di riammettere (con riserva) la ricorrente alla procedura di gara.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna il nuovo ed ulteriore provvedimento di esclusione dagli stessi lotti della gara in questione - emesso dalla stazione appaltante il 27 ottobre 2021, a seguito della riammissione (in ossequio al richiamato disposto cautelare) della Manital alla procedura di gara - *“poiché le offerte risultano prive della cauzione provvisoria di € 3.440.000,00 e dell'impegno a prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione c.d. definitiva, entrambi elementi essenziali per la legittima presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 93 D.Lgs. 50/16 e s.m.i. e quindi della partecipazione alla gara dell'operatore economico”*.

La ricorrente, nel valorizzare la peculiarità della situazione che interessa un'impresa in amministrazione straordinaria, fa valere l'illegittimità di tale nuova determinazione di estromissione, oltre che *“in via derivata”*, per eccesso di potere, lamentando che Consip, escludendola dalla partecipazione alla gara, avrebbe di fatto precluso ai propri Commissari il perseguimento degli obiettivi di risanamento assegnati loro dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Con successive memorie sia la Consip che la Dussman service s.r.l., replicavano sulla legittimità (anche) della seconda estromissione disposta in danno della Manital, entrambe evidenziando l'indispensabilità degli omessi adempimenti.

Seguiva il deposito di ulteriori memorie di replica in cui ciascuna delle parti ribadiva le proprie opposte tesi difensive.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2022, la causa veniva trattata e, dunque, trattenuta in decisione.

Per quanto riguarda, innanzi tutto, l'ordine di esame dei ricorsi proposti dalla Manital, ragioni di economia processuale consigliano di iniziare col vagliare il secondo ricorso per motivi aggiunti, avanzato avverso l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente il 27 ottobre 2021 (ulteriore e successiva a quella impugnata con il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti), conseguendo all'eventuale rigetto delle relative doglianze l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei motivi formulati avverso la prima estromissione.

Passando, dunque, ad esaminare il merito delle censure formulate nell'ultimo ricorso per motivi aggiunti depositato il 30 novembre 2021, la Manital - muovendo dall'analisi del dato normativo e dalle finalità che la procedura di amministrazione straordinaria persegue - sostiene che l'esclusione disposta da Consip (a seguito della sua riammissione alla procedura) per omessa prestazione delle cauzioni provvisorie e dell'impegno a prestare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione sarebbe anch'essa illegittima (oltre per in via derivata) per vizi propri, in quanto precluderebbe la continuità dell'attività economica della ricorrente e, per l'effetto, il raggiungimento di quegli obiettivi di risanamento, invero, sottesi alla procedura di amministrazione straordinaria.

Ebbene, ciò posto, il Collegio è dell'avviso che tale censura non sia meritevole di accoglimento, in ragione di quanto previsto dall'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016, nonché vieppiù coerentemente stabilito nella *lex specialis* di gara, non essendo rinvenibile in materia nessuna norma che consenta di poter considerare la procedura di amministrazione straordinaria quale fattispecie derogatoria rispetto agli adempimenti ivi prescritti.

Tale art. 93 - rubricato "*Garanzie per la partecipazione alla procedura*" – sancisce, infatti, che "*L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria ... (che) copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario ... (e) deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta*". Inoltre, "*Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata*

nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione”.

Stabilisce, altresì, tale articolo che *“L’offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall’impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto”.*

Il paragrafo 10 del Capitolato d’oneri - peraltro, nemmeno impugnato dalla ricorrente - nel riprodurre sostanzialmente il contenuto della richiamata disposizione codicistica, prescriveva, inoltre, che:

- *“L’offerta è corredata da: 1) una garanzia provvisoria, come definita dall’art. 93 del Codice ...; 2) una dichiarazione di impegno, da parte di un istituto bancario o assicurativo o altro soggetto di cui all’art. 93, comma 3 del Codice, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva ai sensi dell’articolo 93, comma 8 del Codice, qualora il concorrente risulti affidatario (...);*

- *“in caso di partecipazione a più lotti dovranno essere prestate tante distinte ed autonome garanzie provvisorie e impegni al rilascio della definitiva quanti sono i lotti cui si intende partecipare”;*

- la garanzia provvisoria deve *“avere validità per 360 giorni dal termine ultimo per la presentazione dell’offerta”* ed *“essere corredata dall’impegno del garante a rinnovare la garanzia ai sensi dell’art. 93, comma 5 del Codice, su richiesta della stazione appaltante per il tempo necessario alla conclusione delle operazioni di gara, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l’aggiudicazione”;*

- inoltre *“in caso di richiesta di estensione della durata e validità dell’offerta e della garanzia fideiussoria - il concorrente può produrre una nuova garanzia provvisoria di altro garante, in sostituzione della precedente, a condizione che abbia espressa decorrenza dalla data di presentazione dell’offerta”;*

- infine, *“nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante potrà richiedere agli offerenti, ai sensi dell’art. 32, comma 4 del Codice, di confermare la validità dell’offerta sino alla data che sarà indicata e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data. Il mancato riscontro alla richiesta della stazione appaltante sarà considerato come rinuncia del concorrente alla partecipazione alla gara”.*

Ebbene, la giurisprudenza amministrativa è, al riguardo, pressochè unanime nel ritenere che il citato art. 93, in ragione della sua struttura nonché della funzione che espressamente attribuisce alla garanzia provvisoria – destinata, come visto, a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo

l'aggiudicazione per fatto non imputabile alla stazione appaltante - pur in assenza di una esplicita comminatoria imponga a pena di esclusione la sua prestazione (da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2483/2021).

Sebbene, infatti, detto inadempimento non sia testualmente presidiato dalla sanzione espulsiva, tale norma detta una prescrizione che rientra tra le norme che comunque “*contemplano cause di esclusione*” in ragione dell'imposizione di “*adempimenti doverosi*, anche alla luce dell'orientamento espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 21 del 2012 e n. 9 del 2014 (rese con riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, ora contenuto all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016), secondo cui, sempre nella logica del *numerus clausus*, “*la tassatività può ritenersi rispettata anche ... allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara*”.

Ne discende come, a fronte della previsione di un siffatto obbligo generalizzato – vale dire, posto indistintamente a carico di tutti i partecipanti alla gara - di produzione della garanzia a corredo della propria offerta, Consip non avrebbe potuto legittimamente consentire che la partecipazione alla gara della Manital proseguisse pur in assenza di un tale adempimento, non rinvenendosi in materia una disposizione che preveda che l'impresa in amministrazione straordinaria ne sia esentata, così come da quello – ugualmente doveroso ed imperativo - di prestare, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

Come, infatti, non è possibile rintracciare nell'ordinamento una disposizione che vieti alla stazione appaltante di escludere un operatore economico a cui sia contestato l'illecito professionale ai sensi dell'art 80, comma 5, lett. c) solamente per il fatto di essere in amministrazione straordinaria, *a fortiori* non è ugualmente rinvenibile una norma che consenta di considerare l'ammissione a detta procedura in termini derogatori rispetto agli adempimenti posti a carico dei concorrenti in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

Le imprese in amministrazione straordinaria partecipano, infatti, alle procedure ad evidenza pubblica nel rispetto delle prescrizioni del Codice dei contratti pubblici, che trovano applicazione nei confronti di tutti i partecipanti alla gara, sicché esse soggiacciono alle medesime regole vigenti per qualunque concorrente, dovendo, dunque, produrre le garanzie provvisorie richieste per la presentazione dell'offerta, gli impegni per il rilascio delle definitive ed il loro rinnovo.

Né alcun rilievo assume, in senso contrario, la circostanza che la ricorrente fosse stata riammessa (con riserva) alla procedura in ottemperanza della richiamata pronuncia cautelare resa dalla Sezione

nell'ambito di tale giudizio, assumendo, per l'effetto, la Manital la medesima posizione degli altri concorrenti, con conseguente sottoposizione alle stesse regole valide per costoro.

Consentire a Manital di partecipare alla procedura di gara in assenza della cauzione provvisoria sarebbe, infatti, risultato contrario al principio di imparzialità e *par conditio* in quanto lesivo degli interessi degli altri operatori economici, parimenti ammessi alla procedura di gara e, dunque, tenuti a tale adempimento richiesto per legge.

Parimenti non condivisibile appare l'assunto di pretesa illegittimità della determinazione di esclusione per aver Consip dato *“prevalenza all'interesse perseguito dalla S.A. senza alcuna considerazione dell'interesse alla base della Procedura, anch'esso di natura pubblicistica, di non pregiudicare le legittime aspettative del ceto creditorio”*, esulando la tutela di siffatte istanze dalla sfera di competenza della resistente, il cui compito è, infatti, quello di svolgere le procedure di gara nel rispetto della normativa di riferimento, garantendo l'imparzialità e la *par conditio* degli operatori in gara, con il fine ultimo di mettere a disposizione delle amministrazioni aderenti, nel minor tempo possibile, gli strumenti di acquisto per l'approvvigionamento dei servizi di cui necessitano.

A ciò si aggiunga come l'atto di esclusione di cui si discorre risulti essere stato emesso all'esito di una fitta corrispondenza con l'interessata, nell'ambito della quale Consip, nell'accogliere le reiterate istanze di proroga, le concedeva quasi quattro mesi per la prestazione di quanto richiesto, così dimostrando di tenere in dovuta considerazione le difficoltà rappresentate dalla Manital nel produrre le appendici di estensione della validità delle cauzioni già prestate o, in alternativa, nuove garanzie anche sotto forma di deposito cauzionale, per poi, infine, escluderla a fronte della pretesa, come visto non condivisibile, di rimanere in gara senza fornire alcunché.

Deve, poi, essere disatteso il motivo con il quale si sostiene che la seconda determinazione del 27 ottobre 2021 di estromissione della ricorrente dalla gara sarebbe annullabile per *“illegittimità derivata”* per i motivi già contenuti nell'atto introduttivo e nel primo ricorso per motivi aggiunti, osservando il Collegio come essa sia stata adottata da Consip per motivazioni del tutto autonome e distinte rispetto a quelle poste a fondamento della prima esclusione del 24 marzo 2021, sicché i due atti non risultano legati da un vincolo di presupposizione logica tale che all'annullamento dell'uno consegua per gli stessi motivi l'invalidità anche dell'altro.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto, in ragione della legittimità, sotto i profili contestati, del provvedimento di estromissione da ultimo adottato da Consip in relazione all'omessa prestazione delle cauzioni provvisorie a garanzia

delle offerte presentate e del parimenti mancato impegno a prestare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

Alla legittimità dell'esclusione della Manital disposta da Consip ad ottobre 2021 dai lotti 27, 28, 29, 30 e 31 della gara in epigrafe consegue, infine, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti - entrambi formulati nei confronti della precedente esclusione della società dagli stessi lotti a marzo 2021 - atteso che alcuna utilità potrebbe derivarne alla parte ricorrente dall'eventuale accoglimento, non potendone conseguire l'ammissione a proseguire nella procedura di gara.

In conclusione il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto ed il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti devono, invece, per l'effetto essere dichiarati improcedibili.

Sussistono, comunque, giusti motivi, attesa la peculiarità della vicenda, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il secondo ricorso per motivi aggiunti e dichiara improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse sia il ricorso introduttivo che il primo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario, Estensore

Michele Tecchia, Referendario

L'ESTENSORE

Eleonora Monica

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO