

Publicato il 05/02/2018

N. 00738/2018REG.PROV.COLL.  
N. 06315/2017 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 6315 del 2017, proposto da:  
Gi.Vo. Company s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Manuela Minojetti e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

*contro*

MEA - Melegnano Energia Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Calabro', Gabriele Fava e Sonia Di Lorenzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandra Calabro' in Roma, via Piemonte, 26;

*nei confronti di*

Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c. di Bellasio Enrico & C., non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 01766/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del RUP prot. 16/US/0326 del 6.12.2016 con il quale si è determinato di procedere a revocare l'aggiudicazione provvisoria, già disposta a favore della ricorrente, della procedura negoziata indetta dalla Melegnano Energia Ambiente s.p.a. per l'affidamento dei lavori di bonifica dei terreni nel tratto compreso tra la linea ferroviaria progr. Km 197 + 303 all'altezza di via Begonie e viale della Repubblica - Melegnano per la posa della nuova tubazione della rete di distribuzione del gas metano;

- del provvedimento del RUP prot. 16/US/0330 del 6.12.2016 con il quale si è determinato di confermare la revoca dell'aggiudicazione provvisoria a favore dell'impresa in indirizzo;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- del provvedimento di MEA Melegnano Energia Ambiente S.p.A., a firma del RUP, prot. 16/US/0345 del 20.12.2016 con il quale si è effettivamente determinato di aggiudicare in via definitiva i lavori all'impresa Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c. di Bellasio Enrico & C., seconda in graduatoria, e di ogni atto allo stesso preordinato, presupposto, consequenziale e comunque connesso, inclusa, occorrendo,

- l'aggiudicazione provvisoria di cui alla determinazione del RUP prot. 16/US/0327 del 6.12.2016;

- dell'eventuale contratto con quest'ultima stipulato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di MEA - Melegnano Energia Ambiente s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, Di Ienno su delega degli avv. Fava, Calabrò;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. MEA Melegnano Energia Ambiente s.p.a., con determina a contrarre 26 settembre 2016 prot. 16/US/0246, indiceva una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento al prezzo più basso dei lavori di bonifica dei terreni e la posa di nuova tubazione della rete di distribuzione di gas metano nel Comune di Melegnano per una durata di duecento giorni.

1.1. Ai fini che interessano al presente giudizio va richiamato l'art. 11 del disciplinare di gara per il quale: *“L'aggiudicazione definitiva per la realizzazione dei lavori avverrà previa costituzione della cauzione pari al 10% dell'importo preventivato totale dei lavori da appaltare e previa verifica dei prescritti requisiti in capo all'aggiudicatario”*.

2. Alla procedura erano invitate cinque imprese, tra le quali la Gi.Vo. Company s.r.l. e la Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c. di Bellasio Enrico & Company, che si classificavano rispettivamente al primo e al secondo posto della graduatoria.

3. Con avviso 24 novembre 2016 prot. 16/US/0310 MEA s.p.a. comunicava a Gi.Vo. Company s.r.l. l'aggiudicazione provvisoria, specificando nelle medesima nota che: *“L'affidamento definitivo è subordinato alla verifica del possesso dei requisiti richiesti nei documenti di gara. Ai fini della stipula del contratto l'impresa è invitata entro dieci giorni naturali e consecutivi dalla data di ricezione della presente, pena la perdita dell'aggiudicazione, a inviare la seguente documentazione: (...) 11. Documentazione comprovante la costituzione della cauzione definitiva.”*. Il giorno entro il quale trasmettere la cauzione definitiva era così fissato al 4 dicembre 2016, che cadeva di domenica.

4. Il 5 dicembre 2016 la stazione appaltante, nulla avendo ricevuto, sollecitava l'aggiudicataria all'invio della cauzione definitiva, senza ricevere riscontro. Il 6 dicembre 2016, con comunicazione prot. 16/US/0326, inviata alle ore 9.55, MEA s.p.a. revocava l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della Gi.Vo. Company s.r.l.; poco dopo, alle ore 10.22, perveniva la cauzione

definitiva. La revoca, tuttavia, veniva confermata; successivamente, la nuova aggiudicazione era disposta a favore della seconda classificata Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c..

5. Gi.Vo Company s.r.l. impugnava al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, proponendo sei motivi di ricorso; seguivano motivi aggiunti con i quali era impugnata la nuova aggiudicazione alla seconda classificata.

6. Si costituiva in giudizio MEA s.p.a., restava intimata la Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c.; il giudizio si concludeva con la sentenza della Sez. I, 24 agosto 2017 n. 1766 con la quale erano respinti il ricorso principale e i motivi aggiunti. La ricorrente era condannata al pagamento delle spese di lite a favore della stazione appaltante.

7. Nei confronti della sentenza di primo grado è stato proposto appello da Gi.Vo Company s.r.l.; resiste MEA s.p.a. mentre è rimasta intimata la controinteressata, pur regolarmente citata. Gi.Vo Company s.r.l. ha presentato memoria in vista dell'udienza cui è seguita il deposito di memoria di replica da parte di MEA s.p.a.. All'udienza del 9 novembre 2017 la causa è stata assunta in decisione.

8. Con il primo motivo di appello Gi.Vo Company s.r.l. censura la sentenza di primo grado per violazione degli artt. 39, comma 1, Cod. proc. amm., 155, commi 3 e 4, Cod. proc. civ., nonché dell'art. 2963 Cod. civ. e dell'art. 3 Reg. CEE 1182/71, oltre che dei principi generali in materia di computo dei termini nel provvedimento amministrativo. Si sostiene, inoltre, l'erroneità della motivazione e il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto che regolano la fattispecie.

Secondo l'appellante la sentenza non avrebbe applicato il principio generale desumibile da diverse norme (anche processuali: l'art. 155 Cod. proc. civ.) per il quale se un termine viene a scadenza in un giorno festivo, esso andrà a spirare nell'ultima ora del giorno lavorativo successivo.

Fatta applicazione di tale principio al caso di specie, il termine ultimo per la “costituzione” della cauzione definitiva assegnato dal RUP sarebbe scaduto non il 4 dicembre 2016, domenica, ma il 5 dicembre 2016, giorno in cui la cauzione è stata effettivamente rilasciata come dimostrerebbe la data in calce all’atto, per essere poi solo “consegnata” il 6 dicembre.

8.1. Il motivo è infondato.

8.2. Come rilevato anche da MEA s.p.a. nel motivo di appello è posta una questione inconferente ai fini della valutazione della correttezza della condotta della stazione appaltante.

A prescindere, infatti, dall’eventuale proroga del termine dal giorno festivo in cui veniva a scadenza al primo giorno lavorativo successivo, quel che importa è che nella comunicazione del 24 novembre il RUP aveva imposto all’aggiudicatario di “inviare” la cauzione definitiva entro dieci giorni e non solo di “costituire” la stessa. Per la verifica del rispetto del termine imposto non ha, dunque, rilevanza il giorno di costituzione della cauzione, ma solo quello di invio della cauzione; poiché è certo che l’invio è avvenuto il 6 dicembre, avendolo dichiarato la stessa appellata, e che è avvenuto oltre la scadenza fissata, il termine non è stato rispettato.

8.3. Condivisibile, allora, è l’affermazione della sentenza appellata per cui l’eventuale precedente costituzione della garanzia – avvenuta il 5 dicembre entro il termine di scadenza – non può *“inficiare la legittimità del provvedimento impugnato proprio perché di tale circostanza l’amministrazione non era stata informata da parte della ricorrente”*; come pure il successivo passaggio per cui: *“Del resto ove si attribuisse rilievo al sostanziale adempimento, da parte della ricorrente, a quanto previsto dalla legge di gara, la legittimità di un provvedimento amministrativo verrebbe inficiata da fatti legittimamente ignorati dall’amministrazione in quando portati a sua conoscenza solo in un momento successivo all’adozione dell’atto”*. La sentenza bene ha chiarito che rileva il momento di conoscenza della cauzione da parte della stazione appaltante e non quello di costituzione della stessa, potendosi altrimenti sempre mettere in discussione i provvedimenti amministrativi in forza di

circostanze già esistenti ma non portate a conoscenza dell'amministrazione. Né può dirsi, come fa l'appellante nel secondo motivo di appello, che la stazione appaltante era a conoscenza dell'esistenza della cauzione definitiva in quanto le era stato comunicato il 28 novembre che la stessa era in preparazione; tale comunicazione dimostra, anzi, che vi era incertezza sull'esistenza della cauzione.

9. Appare a questo punto da esaminare il terzo motivo di appello rinviando l'esame della censura rivolta alla sentenza con il secondo motivo di appello poiché attinente ad una diversa questione che sarà successivamente considerata.

10. Con il terzo motivo di appello, Gi.Vo. Company s.r.l. censura la sentenza per difetto di motivazione e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto in relazione ai vizi di violazione dei principi di immodificabilità della *lex specialis* di gara, di affidamento dei concorrenti e di certezza dell'azione amministrativa, nonché per violazione dell'art. 31 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e del principio del *contrarius actus* e correlativo difetto di competenza del RUP.

10.1. Nel motivo in esame l'appellante ripropone la questione dell'illegittimità della condotta del RUP il quale, fissando nella comunicazione del 24 novembre il termine di dieci giorni per l'invio della cauzione definitiva, avrebbe introdotto una causa di esclusione non prevista né dal disciplinare di gara né nella lettera di invio, esercitando, tra l'altro, una competenza che non gli spetta ai sensi dell'art. 31 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

10.2 Il motivo di appello è infondato.

10.3. Il Tribunale amministrativo, affrontando la questione, ha assunto che, pur in mancanza di espressa previsione nella *lex specialis*, è consentito alla stazione appaltante di imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, rendendosi, anzi, necessario ad evitare l'indefinito protrarsi della fase aperta dall'aggiudicazione provvisoria.

L'assunto è corretto.

L'art. 31, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede tra i compiti del RUP - Responsabile unico del procedimento, alla lett. c), la cura del “*corretto e razionale svolgimento delle procedure*”; la procedura si svolge in modo “*razionale*” se sviluppata mediante fasi logicamente correlate che conducono alla realizzazione dell'obiettivo perseguito (l'acquisizione dell'opera, del servizio o della fornitura).

Rientra, allora, nei compiti del RUP intervenire per fare in modo che il passaggio da una fase all'altra della procedura avvenga nei tempi giusti evitandone l'ingiustificata dilatazione con eccessivo differimento del momento in cui l'amministrazione può conseguire l'opera o il servizio dal privato. Ciò potrà fare anche imponendo ai privati il compimento delle attività necessarie entro termini perentori.

10.4. Non è dettata, in questo modo, una nuova causa di esclusione come, invece, ritenuto dall'appellante. Con specifico riferimento alla costituzione della cauzione definitiva, infatti, si ricava dall'art. 103, commi 1 e 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – per cui la cauzione è necessaria «*per la sottoscrizione del contratto*» (comma 1) e «*la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dall'affidamento ...*» (comma 3) – che la cauzione deve essere costituita, a pena di decadenza (essendo già intervenuta l'aggiudicazione), antecedentemente alla stipulazione del contratto (ed anzi è condizione per la stipulazione); il rispetto della norma impone al RUP di ottenere la prova dell'avvenuta costituzione della garanzia definitiva per poter fissare la data della stipulazione del contratto. Solo la fissazione di un termine perentorio al privato per fornire la prova può impedire l'indefinito protrarsi del momento della stipulazione del contratto (corretto pertanto è il richiamo operato dal giudice di primo grado alla sentenza Cons. Stato, V, 6 luglio 2002 n. 3718 che ha riconosciuto il potere della stazione appaltante di fissare un termine perentorio per la produzione di documenti).

11. Le esposte considerazioni portano a respingere anche le censure rivolte alla sentenza con il quarto motivo di appello.

11.1. Con il quarto motivo si assume, infatti, la violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara da parte del RUP per aver imposto la dimostrazione dell'avvenuta costituzione della garanzia laddove, invece, il disciplinare di gara si limita ad imporre la costituzione della cauzione. Al riguardo vale quanto detto in precedenza: il RUP può fissare la data di sottoscrizione del contratto solo ove abbia avuto prova dell'avvenuta costituzione della garanzia, è del tutto logico, allora, che alla prima e non solo alla seconda riconnetta la decadenza dell'impresa dall'aggiudicazione.

11.2. Nel medesimo motivo di appello si assume la violazione degli artt. 83 e 103 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per il fatto che in essi non è previsto alcun termine per la costituzione di cauzione definitiva. Sul punto, si è già precisato che rientra nei poteri del RUP la fissazione di termini, anche di carattere perentorio, che consentano la prosecuzione della procedura e che risponde al principio di buon andamento dell'azione amministrativa che, in relazione alla cauzione definitiva, tale termine sia fissato con anticipo rispetto alla data della stipulazione del contratto.

12. Con il quinto motivo di appello Gi.Vo. Company s.r.l. censura la sentenza per difetto di motivazione in relazione all'eccepita violazione dei principi di leale collaborazione e di proporzionalità. È riproposta, in questa sede, la doglianza relativa alla mancata collaborazione da parte della stazione appaltante che, a dire dell'appellante, avrebbe dovuto reiterare la richiesta documentale prima di procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

L'argomento è posto anche dal secondo motivo di appello che, dunque, può essere esaminato congiuntamente al quinto. Nel secondo motivo la violazione del principio di leale collaborazione è vista nella scelta della stazione appaltante di non tener conto delle difficoltà nella costituzione della cauzione definitiva che le erano state rappresentate con la comunicazione del 28 novembre 2011.

12.1. I motivi sono infondati.



12.2. Sulla questione va condiviso quanto afferma la sentenza impugnata, ovvero che: *“Il comportamento tenuto dall’amministrazione non può poi ritenersi in contrasto con i principi di leale collaborazione e di proporzionalità”*; costituisce circostanza non contestata che la stazione appaltante, prima di procedere alla revoca dell’aggiudicazione, avvenuta il 6 dicembre, ha sollecitato, il 5 dicembre, l’invio della documentazione attestante l’avvenuta costituzione della cauzione definitiva, così dimostrando la sua volontà di preservare per quanto possibile l’interesse dell’aggiudicataria in conformità ai principi di lealtà e correttezza. Dal canto suo, la Gi.Vo company s.r.l. non ha fornito risposta al sollecito rivolto dalla stazione appaltante, cosicché l’ultimo riscontro è stata la comunicazione del 28 novembre 2011 nella quale non si riferiva affatto di una difficoltà nella costituzione della garanzia, ma solamente che la stessa era in corso di preparazione. A prescindere dalle difficoltà all’emissione di una cauzione definitiva che dovrebbe seguire de plano la cauzione provvisoria è evidente che l’aggiudicataria si sarebbe dovuta attivare per richiedere una proroga e non limitarsi ad inviare la cauzione a termine che sapeva già essere scaduto.

13. Il sesto e il settimo di appello possono essere congiuntamente trattati poiché in entrambi si censura la sentenza di primo grado per non aver pronunciato sui motivi di ricorso con cui erano contestate le conseguente tratte dalla stazione appaltante dal mancato invio della cauzione definitiva nei termini di legge.

Nel sesto motivo, infatti, l’appellante sostiene che la sentenza non avrebbe pronunciato sulla sua doglianza per la quale, essendo il comportamento imputatole meramente formale (lo sfioramento del termine per l’invio della cauzione), la stazione appaltante, ai fini della revoca avrebbe dovuto dar conto dei sopravvenuti motivi di interesse pubblico in conformità alla previsione di cui all’art. 21-*quinquies* l. 7 agosto 1990 n. 241; nel settimo motivo si afferma, invece, che il Tribunale non avrebbe pronunciato sulla contestazione per cui

prima di procedere alla revoca la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere al soccorso istruttorio.

13.1. I motivi non sono fondati poiché la sentenza si è pronunciata su tutte le doglianze formulate da Gi.Vo Company s.r.l. nei suoi motivi di ricorso e lo ha fatto in maniera del tutto condivisibile, avendo precisato che la sanzione della decadenza dall'aggiudicazione per mancanza della cauzione definitiva discendeva dall'art. 11 del disciplinare di gara il quale, tra i documenti da presentare a pena di esclusione, indicava anche la cauzione definitiva, nonché dall'art. 103, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 come, peraltro, già esposto al punto 10.5 e che la stazione appaltante non era tenuta ad effettuare alcun ulteriore soccorso istruttorio.

È corretta, pertanto, la conclusione della sentenza per la quale: *“L'amministrazione non era quindi onerata di motivare il provvedimento di revoca con sopravvenuti motivi di interesse pubblico né di concedere un nuovo termine per consentire alla ricorrente di produrre la documentazione mancante”*.

14. Con l'ottavo ed ultimo motivo, proposto in via subordinata al mancato accoglimento degli altri motivi, l'appellante sostiene l'illegittimità della *lex specialis* di gara e, precisamente, dell'art. 11 per violazione di legge e precisamente dell'art. 103, comma 1, e 32, comma 7 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. A suo avviso, infatti, il disciplinare di gara non avrebbe potuto richiedere la costituzione di una cauzione definitiva prima che l'aggiudicazione divenisse definitiva a seguito dell'avvenuto controllo dei requisiti. In sostanza, vi sarebbe stata una inversione ingiustificata delle fasi della procedura di aggiudicazione.

Tale motivo è stato esaminato dalla sentenza impugnata e ritenuto inammissibile per difetto di interesse poiché, a prescindere dal momento in cui la cauzione sarebbe dovuta essere presentata, l'aggiudicazione era stata revocata per aver tardivamente inviato la documentazione.

14.1. L'appellante non rivolge una specifica censura alla statuizione di inammissibilità per carenza di interesse e questo renderebbe inammissibile il

motivo ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm..

Ad ogni buon conto, anche a superare il profilo di inammissibilità, il motivo è infondato.

Il disciplinare di gara, all'art. 11, ha solamente imposto la “*previa costituzione della cauzione*” per ottenere l'aggiudicazione definitiva; in questo modo sono state concentrate in un'unica fase, quella dell'aggiudicazione, la verifica del possesso dei requisiti e la costituzione della garanzia definitiva. Si tratta di una scelta che non è in contrasto con le previsioni del codice dei contratti pubblici che si limita ad imporre l'antecedenza della costituzione di garanzia alla stipulazione del contratto (art. 103, commi 1 e 3).

15. In conclusione l'appello deve essere respinto e la sentenza di primo grado confermata integralmente. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Gi.Vo. Company s.r.l. al pagamento delle spese della presente fase del giudizio, che liquida in € 5.000 (cinquemila/00), oltre accessori e spese come per legge, a favore di MEA – Melegnano Energia Ambiente s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Federico Di Matteo**

**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO