



DELIBERA N. 539

16 novembre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da COR.EL S.r.l. – Fornitura continuativa di materiale elettrico – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Base d'asta: 2.500.000 euro - S.A.: SMAT S.p.A.

PREC 138/2022/F

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 93, comma 6

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 103, comma 3

Parole chiave

Cauzione definitiva – Revoca aggiudicazione – Incameramento garanzia provvisoria

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Gara – Aggiudicazione – Mancata costituzione garanzia definitiva – Revoca – Incameramento aggiudicazione provvisoria – Legittimità

La mancata presentazione della garanzia definitiva, entro il termine prestabilito, costituisce giusto motivo di revoca della aggiudicazione. La stazione appaltante procede all'incameramento della garanzia provvisoria quando l'inadempimento dell'obbligazione di addivenire alla stipula del contratto è oggettivamente addebitabile all'aggiudicatario, a prescindere da profili soggettivi di colpevolezza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 novembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 71381 dell'8 settembre 2022, nella quale l'operatore economico COR.EL S.r.l., aggiudicatario della gara in epigrafe, ha lamentato la revoca dell'aggiudicazione disposta a suo danno dalla stazione appaltante a causa della mancata costituzione della garanzia definitiva. L'istante ha riferito che l'inadempimento all'obbligo di costituire la garanzia è da imputarsi esclusivamente al mancato svincolo, da parte della stessa stazione appaltante, della garanzia definitiva costituita per la stipula di un precedente contratto, avente ad oggetto la fornitura affidata con la precedente edizione della medesima gara sempre all'odierno istante. Il rifiuto della stazione appaltante di svincolare la polizza relativa al precedente contratto, che sarebbe giunto a scadenza già il 6 novembre 2021, ha comportato, secondo quanto rappresentato da COR.EL S.r.l., l'impossibilità di ottenere la stipula di una ulteriore polizza a garanzia del



contratto della seconda procedura. A sua volta, il mancato svincolo della precedente garanzia dipenderebbe dalla mancata emissione del certificato di regolare esecuzione della fornitura, nonostante il decorso del termine di tre mesi dalla scadenza del contratto, previsto dal comma 2 dell'art. 102 d.lgs. n. 50/2016. Secondo l'istante, la mancata stipulazione del secondo contratto non sarebbe pertanto dipesa da una condotta negligente di COR.EL S.r.l. ma, al contrario, da una condotta di SMAT contraria ai canoni della buona fede e fortemente dannosa per l'istante: SMAT non avrebbe infatti tenuto in considerazione le forti difficoltà economiche e finanziarie in cui si trova COR.EL S.r.l., dovute al considerevole aumento dei costi delle materie prime e dell'energia, e che richiederebbero un approccio ispirato alla reciproca collaborazione in forza dei principi di equità e buona fede, e, al contrario, ha preteso la presentazione della cauzione, pur essendole nota l'impossibilità di ottenerla in assenza dello svincolo della precedente. La revoca della nuova aggiudicazione, e il successivo incameramento della garanzia provvisoria e la segnalazione ad Anac, gravemente e ingiustamente pregiudizievoli per l'istante, sarebbero pertanto illegittime;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 19 settembre 2022 con nota prot. n. 74092;

Vista le note acquisite al prot. n. 75849 del 23 settembre 2022 e al prot. n. 76287 del 26 settembre 2022, con la quale la stazione appaltante ha contestato in fatto la rappresentazione dell'istante e ha rivendicato la legittimità del proprio operato. Secondo SMAT sarebbe infatti erroneo il presupposto secondo cui il precedente contratto di fornitura, stipulato il 6 novembre 2020, è terminato il 6 novembre 2021 (stante la scadenza contrattualmente prevista in 365 giorni), in quanto lo stesso istante ne ha chiesto formalmente l'estensione fino all'esaurimento dell'importo contrattuale. Inoltre, la stazione appaltante ha riferito di avere contestato a COR.EL S.r.l., a partire dai primi mesi di esecuzione del contratto, una serie di reiterati ritardi nella consegna delle forniture, che si sono protratti per tutta la vigenza contrattuale, tanto da indurla, nella primavera 2022, ad applicare le penali previste dal contratto. Nell'estate del 2022 risultavano ancora degli ordini inevasi. Pertanto, al momento dell'aggiudicazione della gara in epigrafe (17 maggio 2022), la stazione appaltante non avrebbe potuto emettere il certificato di regolare esecuzione della fornitura poiché il precedente contratto era ancora pendente e, peraltro, non correttamente eseguito. Dunque, la revoca dell'aggiudicazione sarebbe stata un atto dovuto, del tutto legittimo. A conferma della propria tesi, la stazione appaltante ha prodotto l'ordinanza n. 14665 del 24 settembre 2022, emessa dal Tribunale di Torino in sede di procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. promosso da COR.EL S.r.l. per ordinare lo svincolo della polizza e inibire la segnalazione ad ANAC e l'escussione della garanzia provvisoria, nella quale l'A.G.O. ha respinto il ricorso per mancanza del requisito del *fumus boni iuris*. In particolare, il Tribunale di Torino ha ritenuto che «*la ricostruzione della vicenda negoziale sorta con la prima aggiudicazione e le produzioni documentali offerte dalla convenuta, consentono di integrare un quadro complessivo circa i rapporti tra le parti che – nei limiti propri del procedimento cautelare e di una delibazione provvisoria – smentisce la tesi della ricorrente*» di illegittimità della condotta esercitata dalla stazione appaltante. Sulla base della documentazione prodotta, il Tribunale ha giudicato «*corretta la decisione della convenuta di non emettere il certificato di regolare esecuzione fornitura, poiché l'ultimazione delle prestazioni non poteva dirsi ancora completata (art. 102 D.Lgs. 50/2016); parimenti il mancato svincolo della garanzia appariva coerente con la previsione di cui all'art. 103 del D.Lgs 50/2016, che comunque collega tale prestazione all'adempimento del contratto e all'emissione del certificato di regolare esecuzione. Allo stato degli atti e tenuto conto della sommarietà del procedimento, il comportamento della società convenuta appare quindi legittimo e nessuna condotta negligente o dolosa appare alla stessa ascrivibile*»;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Considerato preliminarmente che, ai sensi dell'art. 211, comma 1, d. lgs. n. 50/2016, i pareri di precontenzioso sono finalizzati alla soluzione di questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, con conseguente esclusione di quelle insorte nel corso del rapporto contrattuale. Il richiamato limite esterno della funzione precontenziosa, nel caso di specie, potrebbe, alla luce del combinato disposto dell'art. 3, comma 1, e 7, comma 1, lett.a), Regolamento Precontenzioso 2019, porre una questione di ammissibilità della richiesta di



parere che, seppur solo incidentalmente, risulta estesa alla valutazione della condotta delle parti in sede di esecuzione del primo contratto. Viene in soccorso per il superamento del possibile *impasse* l'ordinanza con cui il Tribunale di Torino, investito della richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza, si è pronunciato sulla vicenda negoziale sorta con la prima aggiudicazione. Essa costituisce una statuizione del giudice competente a conoscere delle vicende aventi natura oggettivamente privatistica riguardanti il primo rapporto negoziale che, nel caso di specie, rappresentano una questione pregiudiziale rispetto alla soluzione della questione principale, costituita dalla valutazione della legittimità della revoca della seconda aggiudicazione;

Ritenuto che, stante il rapporto di consequenzialità tra le due questioni, in applicazione di un principio di coordinamento tra funzioni aventi ambiti di competenza differenti - la giurisdizione del G.O. e la funzione precontenziosa - il presente parere di precontenzioso è pertanto limitato all'indagine sulla revoca dell'aggiudicazione e sugli atti conseguenti della stazione appaltante, basandosi come indispensabile antecedente logico-giuridico sull'ordinanza del Tribunale di Torino, che ha ritenuto, con riferimento alle contestate vicende del primo rapporto contrattuale, ivi incluso il mancato svincolo della prima garanzia, che il comportamento di SMAT appaia legittimo e che nessuna condotta negligente o dolosa appaia alla stessa ascrivibile;

Visto, con riferimento alla revoca dell'aggiudicazione, l'art. 103 d.lgs. n. 50/2016, che, al primo comma, prevede l'obbligo per l'aggiudicatario ed esecutore dell'appalto di costituire una "garanzia definitiva" e, al comma 3, dispone che la mancata costituzione della garanzia «*determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante*»;

Considerato che, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza, dalla natura e finalità connesse alla prestazione dalla garanzia definitiva si desume che si tratta di un adempimento dovuto, la cui inadempienza va collegata al mero fatto dell'affidatario, senza alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltante in ordine alle conseguenze del mancato adempimento (Consiglio di Stato, V, n. 34/2016); pertanto non è dubitabile che la mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito, costituisca giusto motivo di revoca della aggiudicazione (TAR Lombardia, Milano, n. 1766/2017);

Considerato che, nel caso in esame, il disciplinare di gara, all'art. 6.1.1., è chiaro nel prevedere che «*Entro 15 giorni dalla data dell'aggiudicazione e comunque prima della stipulazione del contratto l'Appaltatore dovrà costituire, mediante fidejussione bancaria o assicurativa, una garanzia fideiussoria (cauzione definitiva)*» e che «*La mancata costituzione della prescritta garanzia fideiussoria determina la revoca dell'aggiudicazione e l'acquisizione della cauzione provvisoria da parte della Stazione appaltante*». Dalla documentazione versata in atti emerge che, in data 17 maggio 2022, in attuazione della *lex specialis*, la stazione appaltante ha comunicato l'aggiudicazione e ha chiesto la produzione della garanzia definitiva «*entro e non oltre 15 giorni dalla data di ricevimento della presente*». Successivamente, in data 21 giugno 2022, SMAT ha concesso ulteriori cinque giorni a COR.EL S.r.l. per confutare l'inidoneità di una compagnia svizzera indicata come possibile fidejussore, fissando per la stipula del contratto la data del 28 giugno 2022. In data 5 luglio 2022, SMAT ha ulteriormente sollecitato l'invio, «*da effettuare tassativamente entro 3 giorni lavorativi*» dal ricevimento della nota, di idonea cauzione definitiva, con ulteriore posticipazione della data della stipula al giorno 11 luglio 2022 e con esplicito avvertimento che «*in assenza di positivo riscontro nei termini citati*», avrebbe proceduto con la revoca dell'aggiudicazione, l'incameramento della cauzione provvisoria, l'esclusione dalla gara e la segnalazione all'ANAC. Infine, in data 15 luglio 2022, in considerazione della mancata ricezione della documentazione richiesta, ha comunicato che la mancata costituzione della cauzione definitiva determinava la decadenza dell'affidamento ai sensi dell'art. 103, comma 3, d.lgs. n. 50/2016;

Ritenuto che la mancata presentazione della garanzia definitiva entro il termine fissato dalla stazione appaltante, peraltro più volte prorogato su richiesta dell'istante, è un fatto incontestabile e che, in conseguenza



di ciò, la revoca dell'aggiudicazione rappresenta un atto dovuto, a cui la stessa stazione appaltante si è autovincolata, dapprima nel disciplinare e successivamente nelle note via via trasmesse all'aggiudicatario;

Visto, con riferimento all'incameramento della garanzia provvisoria, l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, che, come modificato dal d. lgs. n. 56/2017, dispone che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»;*

Considerato che la novella apportata dal correttivo all'originaria formulazione del comma 6 dell'art.93, che prevedeva che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave»*, ha determinato la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, che prescinde dai profili soggettivi del dolo e della colpa grave e che consente pertanto di escludere la responsabilità dell'aggiudicatario nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità (Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 7/2022). L'incameramento della garanzia provvisoria scatta a fronte di un mero "fatto" del debitore principale che viola le regole di gara. Essa infatti, secondo unanime giurisprudenza (Cfr. Plenaria cit.), non ha una funzione sanzionatoria ma compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante. Se l'inadempimento dell'obbligazione di addivenire alla stipula del contratto è addebitabile all'aggiudicatario anche a titolo di colpa, egli è tenuto anche al risarcimento del danno in misura pari all'eccedenza rispetto alla cauzione già prestata (Consiglio di Stato, sez. V, n. 7217/2021);

Ritenuto che, nel caso di specie, come già evidenziato, la mancata stipula del contratto è oggettivamente addebitabile alla mancata costituzione della cauzione da parte di COR.EL S.r.l. e che tale fatto determina *ex se* l'incameramento della garanzia provvisoria;

Visto, con riferimento alla segnalazione ad Anac, l'art. 213 comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale l'Autorità gestisce il Casellario Informativo dei contratti pubblici, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. La norma prevede anche che l'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso. Con proprio regolamento (Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), l'Autorità ha previsto che la sezione B del Casellario contiene le notizie, le informazioni e i dati concernenti i provvedimenti di esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto o di concessione e di revoca dell'aggiudicazione per la presenza di uno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, che consolidano il grave illecito professionale posto in essere nello svolgimento della procedura di gara od altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico. L'art. 11 del medesimo regolamento prevede che le stazioni appaltanti e gli altri soggetti detentori di informazioni concernenti l'esclusione dalle gare ovvero fatti emersi nel corso di esecuzione del contratto hanno l'obbligo di inviare all'Autorità tali informazioni nel termine di 30 giorni decorrenti dalla conoscenza o dall'accertamento delle stesse;

Considerato che la decadenza dall'aggiudicazione, con conseguente impossibilità di stipulare il contratto, costituisce una notizia potenzialmente incidente sull'integrità o affidabilità dell'operatore economico, essa rientra tra quelle soggette all'obbligo di segnalazione. Ciò tuttavia non determina l'automatica annotazione nel Casellario. In ordine all'esercizio del potere di annotazione, la giurisprudenza amministrativa ha specificato infatti che l'Autorità ha il dovere di valutare sia la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario, sia l'utilità della stessa quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dalla annotazione. In particolare, è stato precisato che *«in tutti in casi in cui le annotazioni non rientrino tra quelle tipizzate dal legislatore come "atto dovuto", le stesse devono essere adeguatamente motivate in ordine alle ragioni della ritenuta utilità* (Tar Lazio, I, 8 marzo 2019, n. 3098). Con riferimento all'ipotesi di decadenza



dall'aggiudicazione, l'ANAC ha il dovere di valutare, in concreto, se il fatto che ha dato origine al provvedimento dell'amministrazione è rilevante al fine di una valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico da parte delle stazioni appaltanti (TAR Lazio, I-quater, n. 9451/2022);

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la revoca dell'aggiudicazione, l'incameramento della garanzia provvisoria e la segnalazione della notizia ad ANAC siano conformi alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 novembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente