

Pubblicato il 16/03/2022

N. 00764/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01297/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1297 del 2020, proposto dalla Far Global Service S.r.l.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Grazia Maria Tomarchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Biancavilla, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Meli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

il Comune di Paternò, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. 16097 del 17.07.2020, con la quale il Comune di Biancavilla ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria per la mancata sottoscrizione del contratto;

ove occorra, della determinazione n. 265 del 13.07.2020 e del relativo avvio del procedimento, nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e/o

conseguenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Biancavilla;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Far Global Service s.r.l.s. – dopo il favorevole espletamento della procedura di verifica della sospetta anomalia dell'offerta - era stata dichiarata aggiudicataria, con determinazione n. 1 del 13.01.2020, dell'appalto indetto dal Comune di Biancavilla – il cui svolgimento è stato curato dalla C.U.C. avente come capofila il Comune di Paternò – per la *“gestione aree a parcheggio o sosta a pagamento con fornitura di parcometri e realizzazione manutenzione di relativa segnaletica stradale e con servizio di accertamento di violazioni mediante l'impiego di ausiliari del traffico”*.

Con nota del 26.05.2020 – successivamente reiterata il 18.06.2020 – la stazione appaltante ha quindi invitato la società aggiudicataria a presentare i documenti per la stipula del contratto. Tuttavia, la Far Global Service s.r.l.s. – avvalendosi della clausola del bando (punto IV.3.7) che limita a 180 giorni, decorrenti dal termine ultimo di ricevimento delle offerte, la vincolatività dell'offerta medesima – ha chiesto al Comune di Biancavilla di esercitare il diritto di recesso, invitando la stazione appaltante a procedere allo scorrimento della graduatoria per individuare il nuovo aggiudicatario.

Il Comune, con nota n. 265 del 13.07.2020 ha disposto la revoca dell'aggiudicazione nei confronti della Far Global Service s.r.l.s., e con ulteriore provvedimento n. prot. n. 16097 del 17.07.2020 ha anche disposto l'incameramento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 93, D. Lgs. 50/2016, a causa della mancata sottoscrizione del contratto.

Avverso tali determinazioni la Far Global Service s.r.l.s. è insorta col ricorso in epigrafe, col quale solleva le seguenti censure:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del punto IV.3.7 del bando di gara. Eccesso di potere: sviamento della causa tipica, illogicità, arbitrarietà ed ingiustizia manifesta;

Premettendo che il termine per la presentazione delle offerte nella gara *de qua* era scaduto il 6.09.2019, la ricorrente assume che la propria offerta era da ritenersi valida e vincolante – ai sensi dell'art. 32, co. 4, del Codice dei contratti pubblici, e del punto IV.3.7 del bando di gara - solo fino alla data del 4.03.2020. Pertanto, l'incameramento della cauzione disposto con il secondo degli atti impugnati sarebbe illegittimo, risultando invece pienamente giustificato il recesso manifestato dalla società, a fronte di un invito a fornire la documentazione propedeutica a concludere il contratto recapitato dal Comune solo in data 26.05.2020, ossia oltre due mesi dopo la scadenza del termine di vincolatività dell'offerta.

In aggiunta, la ricorrente rileva di aver motivato il recesso anche con riguardo alla sopravvenuta emergenza epidemiologica dovuta al Covid 19, che non avrebbe permesso di valutare la possibilità di un ritorno alla normalità. A fronte di tale motivazione – si legge nel motivo di ricorso in esame – il Comune avrebbe dovuto accettare il recesso, senza incamerare la cauzione, atteso che questa costituisce una liquidazione anticipata del danno, e presuppone quindi una forma di responsabilità della ditta, nella fattispecie assente;

2.- violazione dell'art. 10 bis della L. 241/90 poiché l'incameramento della cauzione non è stata prospettata nell'atto di avvio del procedimento ed è stata disposta solo col provvedimento finale.

L'intimato Comune di Biancavilla si è costituito in giudizio per opporsi all'accoglimento del ricorso, e con successiva memoria ha precisato quanto segue: a) che il termine di legge, pari al massimo a 180 giorni, deve

intercorrere tra due distinti “momenti” rappresentati dal termine ultimo di presentazione delle offerte e dall’aggiudicazione; tale termine nella fattispecie sarebbe stato rispettato, atteso che l’aggiudicazione è intervenuta il 13.01.2020; b) per l’ipotesi in cui il termine in questione non avesse come *dies ad quem* il provvedimento di aggiudicazione, ma il momento indicato dalla ricorrente, allora dovrebbe comunque applicarsi nella fattispecie la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi disposta per legge – ai sensi dell’art. 103 del D.L. 18/2002, e poi prorogata dall’art. 37 del D.L. 23/2020 – dal 23.02.2020 al 15.05.2020; c) la richiesta di conclusione dell’iter procedurale era già stata inviata dall’amministrazione alla ditta Far Global Service già con note nn. 1094 del 16.01.2020 e 2795 del 6.02.2020; d) la ricorrente non avrebbe potuto recedere *ad nutum*, senza comunicazione formale antecedente alle diffide ricevute; e) l’omessa indicazione dell’incameramento della cauzione nell’avvio di procedimento non assume valenza invalidante, trattandosi di effetto automatico e vincolato previsto per legge a seguito della mancata sottoscrizione del contratto, di guisa che trova applicazione l’art. 21 *octies* co. 2, della L. 241/90.

All’udienza del 23 febbraio 2022 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato in diritto ed in fatto, e va quindi respinto.

Sotto il primo profilo deve rilevarsi quanto segue. L’art. 32 del D. Lgs. 50/2016 stabilisce ai commi 4, 6 e 8 che: “4. *L’offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell’invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine. (...)*

6. *L’aggiudicazione non equivale ad accettazione dell’offerta. L’offerta dell’aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8. (...)*

8. *Divenuta efficace l’aggiudicazione, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o*

nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto.”.

In sintesi, dalla illustrata normativa si deduce che: a) il comma 4 stabilisce un termine massimo di 180 per la vincolatività dell'offerta, per il cui computo viene menzionato solo il *dies a quo* (scadenza del termine per la presentazione delle offerte); b) non è precisato se il predetto termine venga interrotto con il provvedimento di aggiudicazione, o con la stipulazione del contratto; c) la giurisprudenza è univoca nell'affermare che il decorso del predetto termine non impedisce alla stazione appaltante di decretare l'aggiudicazione, ma consente solo all'aggiudicatario di ritirare l'offerta prima che intervenga l'aggiudicazione (in tal senso, Cons. Stato, III, 6989/2020).

Deve anche aggiungersi che in base ai citati commi 6 ed 8 dell'art. 32 l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino alla scadenza di sessanta giorni successivi all'aggiudicazione.

Se ne deduce che sussiste in materia di gare d'appalto un doppio termine di vincolatività dell'offerta: a) quello di 60 giorni, decorrente dall'aggiudicazione, entro il quale si deve procedere alla stipulazione del contratto, pena la possibilità di revoca dell'offerta da parte dell'aggiudicatario; b) quello di 180 giorni (che viene in esame nel caso di specie), che decorre dal termine ultimo di presentazione delle offerte, e che può essere interrotto – ritiene il Collegio – dall'intervenuto provvedimento di aggiudicazione. Infatti, solo quest'ultima lettura appare logica e coerente con l'impianto normativo descritto.

Premesso quanto appena esposto, deve rilevarsi come nel caso oggi in esame l'aggiudicazione sia intervenuta il 13.01.2020, ossia prima del decorso del termine di 180 giorni di vincolatività dell'offerta dell'aggiudicatario. Pertanto, il diritto di recesso non poteva essere legittimamente esercitato da quest'ultima.

Oltre ad essere infondata in punto di diritto, la censura risulterebbe comunque infondata anche in fatto, ove si accedesse all'interpretazione

fornita dalla ricorrente. Invero, in base alla documentazione versata in giudizio, il Collegio rileva come la ricorrente abbia omesso di menzionare l'esistenza di un documento – la nota del Comune di Biancavilla n. prot. 2795 del 6.02.2020 – con la quale la ditta era stata invitata dalla stazione appaltante a produrre documentazione (pagamenti di diritti di segreteria, imposte di bollo e di registro, versamento della cauzione definitiva) propedeutici alla stipula del contratto. Tale nota costituisce, dunque, il primo atto col quale l'amministrazione ha invitato la ditta aggiudicataria a procedere alla conclusione dell'iter procedimentale, e rappresenta il precedente a cui fanno espresso riferimento le note di sollecito/diffida successivamente inviate al medesimo scopo, dallo stesso Comune, in data 26 maggio 2020 (prot. 12040) e 18 giugno 2020 (prot. 14118). La citata nota prot. 2795 del 6.02.2020 peraltro risulta essere stata certamente ricevuta dalla società ricorrente, che l'ha riscontrata limitandosi a segnalare l'intervenuto decesso dell'amministratore unico della società (come risulta dalla documentazione in atti).

Da ciò discende che – se anche si volesse ritenere (come postulato in ricorso) che la stipulazione del contratto (e non la mera aggiudicazione) sarebbe dovuta intervenire entro il termine di 180 giorni dettato nel bando – il mancato raggiungimento di tale traguardo è dipeso esclusivamente dalla società ricorrente, che si è sottratta ai ripetuti inviti emessi dalla stazione appaltante tendenti a giungere alla stipula del contratto. Pertanto, il recesso dalla procedura negoziale non può essere considerato né legittimo, né tempestivo.

Va ora analizzata la parte del motivo in esame, nella quale la ricorrente tende a giustificare il proprio recesso in base all'insorgenza dell'epidemia Covid 19, non presente al momento del bando, né a quello della presentazione delle offerte, sostenendo che tale sopravvenuta circostanza non avrebbe potuto far scattare la sanzione dell'incameramento della cauzione. Ebbene, sotto tale aspetto, la censura non risulta affatto convincente, giacché la società non ha

assolutamente spiegato perché ed in che modo l'espandersi del virus abbia potuto determinare il suo *revirement* sulla scelta di eseguire l'appalto.

Quanto al secondo motivo di ricorso, se ne deve dichiarare l'infondatezza, risultando condivisibile la tesi della stazione appaltante, secondo la quale l'incameramento è un atto vincolato, rispetto al quale risultano indifferenti le spiegazioni e/o giustificazioni eventualmente addotte dall'impresa concorrente. Ed infatti, secondo recente giurisprudenza: *“L'incameramento della cauzione provvisoria e l'attivazione del pedissequo procedimento di segnalazione all'ANAC sono conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti, nonchè insensibile a eventuali valutazioni volte a evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione.”* (Cons. Stato, V, 5420/2020; nello stesso senso, sez. V, 5819/2019; Tar Palermo 1912/2018).

Se, dunque, la cauzione non poteva non essere incamerata, risulta irrilevante il fatto che detta conseguenza non sia stata illustrata nel preavviso di revoca dell'aggiudicazione emesso dalla stazione appaltante.

In definitiva, il ricorso va respinto.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese processuali in favore della controparte costituita, liquidate in euro 1.500,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Bruno

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO