

Pubblicato il 25/03/2021

N. 02521/2021REG.PROV.COLL.
N. 05458/2019 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 numero di registro generale 5458 del 2019, proposto da C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Gianni Rotice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ignazio Lagrotta, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Lovanio, 16 Sc. B;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Doranzo Infrastrutture s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Gianluigi Pellegrino e Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC Registri di

Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

Consorzio Stabile Vitruvio s.c. a r.l., Consorzio Stabile Alveare Network, General Works Italia s.r.l., non costituite in giudizio;

R.C.M. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto e Pietro Quinto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Pietro Quinto in Roma, via dei Giubbonari, 47;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Sez. I, n. 00453/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, della Doronzo Infrastrutture s.r.l. e della R.C.M. Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Lagrotta, Notarnicola, Pellegrino, Dionigi, Quinto e dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-L'A.T.I. con mandataria la C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 21 marzo 2019, n. 453 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce, sez. I, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il suo ricorso ed i motivi aggiunti esperiti, in via principale, rispettivamente avverso il decreto dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio (già Autorità Portuale di Taranto) n. 43/18 in data 20 aprile 2018 con il quale è stata esclusa dalla procedura aperta per

l'affidamento dei *“lavori di rettifica, allargamento ed adeguamento strutturale della banchina di Levante del Molo di San Cataldo e della calata 1 del Porto di Taranto”* (con contestuale caducazione del provvedimento che la aveva collocata al secondo posto in graduatoria), avverso la delibera n. 133 in data 4 aprile 2018, di aggiudicazione della gara alla Doronzo Infrastrutture s.r.l. (poi sostituita, con provvedimento del 4 gennaio 2019, dalla R.C.M. Costruzioni s.r.l.), nonché del punto 6.1., lett. C), del disciplinare di gara, ove preveda l'impegno, a pena di esclusione, di un fideiussore a rilasciare in caso di aggiudicazione la garanzia per l'esecuzione del contratto.

L'esclusione dell'appellante A.T.I. C.C.C.-Rotice dalla gara (avente un importo a base d'asta di euro 25.500.000,00) è motivata in ragione della mancata presentazione, in sede di rinnovo della efficacia delle offerte scadute, dell'impegno alla stipula della polizza definitiva. In particolare, l'A.T.I. appellante ha presentato, alla data di scadenza delle offerte 14 dicembre 2016, una polizza provvisoria con impegno alla stipula della definitiva; in sede di rinnovo dell'impegno, in data 7 dicembre 2017, la cauzione provvisoria, pari ad euro 222.045,00, a mezzo di assegni circolari.

In data 6 febbraio 2018 la stazione appaltante ha chiesto che tale garanzia fosse integrata con la formalizzazione dell'impegno al rilascio della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte di uno dei soggetti fideiussori individuati ai sensi dell'art. 93, comma 3, dello stesso testo legislativo. A tale richiesta l'appellante ha opposto che la normativa sopravvenuta non prevedeva più il rilascio dell'impegno alla stipula della cauzione definitiva per le piccole e medie imprese; con successiva comunicazione del 26 marzo 2018 ha ulteriormente precisato che, avendo prestato la garanzia provvisoria a mezzo assegni circolari (equiparabile al denaro corrente), non sussisteva l'obbligo di integrazione mediante impegno fideiussorio.

Successivamente alla pubblicazione, in data 4 aprile 2018, della graduatoria, in cui prima risultava la Doronzo Infrastrutture s.r.l. e seconda l'A.T.I. C.C.C.-Rotice, la stazione appaltante con la delibera n. 43 del 20 aprile 2018 ha annullato la collocazione in seconda posizione della odierna appellante e ne ha disposto l'esclusione, nell'assunto che anche nel caso di presentazione di una cauzione provvisoria mediante assegno circolare occorra la dichiarazione di impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva.

2. - Con il ricorso in primo grado l'A.T.I. C.C.C.-Rotice ha dedotto l'illegittimità dell'esclusione nella considerazione che alla data del 7 dicembre 2017 non sussisteva più l'esigenza di prestare la cauzione per le piccole e medie imprese, e peraltro nella fattispecie controversa la cauzione era stata effettuata in contanti, sì che non occorre la dichiarazione di impegno di un fideiussore; ha aggiunto come peraltro in data 24 marzo 2018 avesse conseguito l'impegno del fideiussore a mezzo di polizza n. A20182000402051016; con motivi aggiunti ha poi gravato l'aggiudicazione in favore della società Doronzo per manifesta incongruità dell'offerta, nonché le modalità ed i tempi della sostituzione dell'ausiliaria Consorzio Vitruvio da parte della stessa Doronzo.

3. - La sentenza appellata ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso; in particolare ha respinto l'impugnazione dell'esclusione rilevando che l'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 prescrive che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, senza fare distinzioni a seconda delle modalità di prestazione della garanzia provvisoria, ed aggiungendo che alla procedura in questione risulta inapplicabile la novella introdotta dal "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, entrata in vigore il 20 maggio 2017, e dunque successivamente all'indizione della procedura di gara, escludente tale obbligo per le microimprese, per le piccole e medie imprese, nonché per i raggruppamenti temporanei e per i consorzi ordinari dalle medesime costituiti.

La sentenza ha dunque precisato che alla reiezione delle censure avverso l'esclusione consegue il difetto di interesse dell'A.T.I. ricorrente a contestare gli esiti della gara; in via consequenziale ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla Doronzo Infrastrutture s.r.l.

4.- Con il ricorso in appello l'A.T.I. C.C.C.-Rostice ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado.

5. - Si sono costituite in resistenza l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio, la R.C.M. Costruzioni s.r.l., nonché la Doronzo Infrastrutture s.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso; quest'ultima, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., ha riproposto le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado non esaminate dalla sentenza appellata.

La R.C.M. Costruzioni s.r.l. ha altresì eccepito l'improcedibilità dell'appello per non avere l'A.T.I. C.C.C.-Rotice impugnato il nuovo provvedimento di aggiudicazione di cui al decreto n. 79 in data 1 ottobre 2020.

6. - All'udienza pubblica del 18 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Può prescindersi dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità svolte dalla Doronzo Infrastrutture s.r.l. e riproposte in quanto assorbite dalla sentenza appellata, concernenti il contestato cumulo dell'impugnazione dell'esclusione e dell'aggiudicazione, come pure la contestata acquiescenza rispetto all'esclusione, atteso che l'appello è infondato.

In ogni caso, va sinteticamente osservato, per completezza di trattazione, che il cumulo dell'impugnazione dell'esclusione e dell'aggiudicazione è diretta conseguenza della contestualità dei due provvedimenti, sì da non essere ravvisabile una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2018, n. 1216).

Al contempo, l'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo è configurabile solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di comportamenti o dichiarazioni univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività; tali requisiti non sono ravvisabili nella comunicazione in data 16 marzo 2016, dal carattere interlocutorio, dell'A.T.I. C.C.C.-Rotice di essersi attivata per ottenere l'impegno del fideiussore al rilascio della cauzione definitiva, con richiesta di proroga del termine assegnato, comunicazione poi contraddetta dalla nota del 4 aprile con cui il medesimo raggruppamento ha rappresentato di non essere tenuto al rilascio della cauzione definitiva, avendo prestato quella provvisoria con assegni circolari.

2. - Deve analogamente essere disattesa l'eccezione di improcedibilità dell'appello svolta dalla R.C.M. Costruzioni s.r.l. nella memoria del 2 febbraio 2021 per non avere l'A.T.I. appellante gravato il decreto dell'Autorità n. 79 dell'1 ottobre 2020, disponente, a seguito della sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, la rinnovata esclusione della Doronzo ed aggiudicazione in favore della R.C.M. Il provvedimento in questione, infatti, con riguardo all'aggiudicazione in favore della società R.C.M., è meramente confermativo della precedente aggiudicazione del luglio 2019.

3.- Il primo e centrale motivo di appello contesta l'esclusione dalla gara per non avere formalizzato l'impegno al rilascio della cauzione definitiva di cui all'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016 da parte di uno dei soggetti fideiussori individuati ai sensi dell'art. 93, comma 3 dello stesso testo legislativo, in difformità di quanto richiesto dall'Autorità Portuale con la nota del 9 febbraio 2018. L'appellante deduce che non era tenuta a tale adempimento in quanto rientrante nella categoria delle microimprese, piccole e medie imprese, secondo quanto prescritto dal novellato art. 93, comma 8, e comunque in ragione del fatto che aveva prestato la cauzione provvisoria in contanti. Aggiunge come nella delibera

n. 133 del 4 aprile 2018 l'Autorità portuale aggiudicava la gara alla Doronzo Infrastrutture e l'appellante risultava seconda graduata, ciò dimostrando che la stazione appaltante aveva ritenuto valida la prospettazione dell'A.T.I. C.C.C.; di qui un ulteriore profilo di illegittimità della deliberazione n. 43 del 20 aprile 2018, che ha annullato la precedente delibera e disposto l'esclusione dell'A.T.I. In ogni caso -allega ancora- l'appellante aveva provveduto al deposito in giudizio della polizza fideiussoria avente decorrenza 24 marzo 2018 e tale circostanza sarebbe stata trascurata dal primo giudice.

Critica la sentenza che ha condiviso la posizione della stazione appaltante in ordine alla non applicabilità alla procedura di gara dello *ius superveniens*, e cioè del correttivo al codice dei contratti pubblici apportato dalla novella del 2017 (d.lgs. n. 56 del 2017, entrato in vigore il 20 maggio 2017, e dunque successivamente all'indizione della procedura in esame), nell'assunto che occorra avere riguardo ai singoli segmenti della procedura di gara per dare applicazione alla regola del *tempus regit actum*. Censura altresì la sentenza per non avere valorizzato la cauzione provvisoria prestata mediante assegni circolari intestati all'amministrazione, comportante, come corollario, che in caso di mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, dovuta a fatto riconducibile all'affidatario, l'amministrazione avrebbe potuto soddisfarsi incassando gli assegni. Per tali ragioni, sempre nella prospettazione dell'appellante, è illegittima la prescrizione del punto 6.1. lett. C), del disciplinare di gara, in quanto, nell'imporre ai partecipanti oneri e formalismi non necessari, viola i principi di ragionevolezza e proporzionalità tra i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara ed il correlato interesse pubblico tutelato e sotteso all'adempimento formale richiesto. Tanto più che con dichiarazione del 14 febbraio 2018 l'A.T.I. C.C.C.-Rotice ha dichiarato che, nel caso di aggiudicazione, avrebbe presentato la cauzione definitiva.

Il motivo è infondato.

L'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo vigente al momento dell'indizione della procedura di gara, dispone 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, di cui agli artt. 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario»*. L'art. 59, comma 1, lett. g), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha successivamente introdotto un nuovo periodo, disponente che *«il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese»*.

La lex specialis di gara è conforme alla normativa vigente al momento della sua indizione (8 novembre 2016) ed in particolare il punto 6.1, lett. C), del disciplinare di gara, in tema di “garanzia provvisoria”, dispone che *«la garanzia, anche se costituita in contanti o assegno circolare o in titoli del debito pubblico, a pena di esclusione, ed ai sensi dell'art. 93, c. 8 del D.lgs n. 50/2016, deve prevedere l'impegno di un fidejussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare, in caso di aggiudicazione, la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto»*.

L'esclusione dell'appellante a termini del disciplinare di gara risulta dunque perfettamente legittima e non è ravvisabile una violazione, da parte della *lex specialis*, del principio di ragionevolezza e proporzionalità, trattandosi di clausola riproduttiva della norma di legge.

Quanto alla rilevanza dello *ius superveniens*, costituito dal d.lgs. n. 56 del 2017, occorre ribadire il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola non solo le imprese partecipanti, ma anche la pubblica amministrazione, che non vi si può sottrarre; pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che lo *ius*

superveniens possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse ed assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente all'adozione del bando (tra le tante, Cons. Stato, V, 7 giugno 2016, n. 2433; V, 12 maggio 2017, n. 2222).

Si può forse sostenere che nei procedimenti di gara il criterio informatore sia quello del *tempus regit actionem*.

Peraltro, anche ad accedere all'assunto di parte appellante secondo cui la (parzialmente diversa) regola del *tempus regit actum* ha valore nell'ambito dei singoli segmenti di cui si compone od in cui si può scomporre il procedimento, sarebbe sempre necessario ragionare in termini di intangibilità delle situazioni giuridiche definite per dare applicazione allo *ius superveniens*. E ciò presuppone fasi autonome, seppure coordinate, condizione che, evidentemente, non può applicarsi alla vicenda in esame, atteso che lo *ius superveniens* che esclude l'impegno alla cauzione definitiva per le PMI si inserisce nella fase di presentazione dell'offerta, sì che prescindere, in occasione della richiesta di conferma di efficacia della medesima, equivarrebbe a darne una impropria portata retroattiva, chiaramente interferente con il principio di *par condicio*.

Neppure assume rilevanza la circostanza che l'appellante abbia prestato la garanzia provvisoria mediante assegni circolari, non solo perché in tale senso prevedeva la già ricordata clausola del disciplinare di gara, ma anche per una più sostanziale ragione. L'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che la garanzia provvisoria (quand'anche versata in contanti o strumento equivalente) è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto, con la conseguenza che, una volta stipulato il contratto, la stazione appaltante non avrebbe più titolo per trattenere la somma versata a titolo di garanzia

provvisoria, e mancherebbe qualsivoglia garanzia per la corretta esecuzione del contratto (Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018, n. 721).

Da ultimo, la polizza fideiussoria n. A201820000402051016 emessa da ArgoGlobal in favore dell'A.T.I. C.C.C., e da questa versata agli atti nel corso del giudizio di primo grado, è priva di valore, essendo stata emessa il 30 maggio 2018, e dunque in epoca successiva all'esclusione del raggruppamento, disposta con decreto n. 43/18 in data 20 aprile 2018.

4. - Il secondo motivo di appello critica poi la statuizione di inammissibilità concernente l'impugnativa dell'aggiudicazione, con particolare riguardo all'omessa pronuncia in ordine al motivo articolato *sub* B.3. del primo atto di motivi aggiunti, con il quale si chiedeva in via gradata l'annullamento dell'intera procedura ai fini della rinnovazione della gara in relazione a quanto dedotto nel motivo B.2., volto a contestare l'incongruità dell'offerta della Doronzo (prevedente in modo asseritamente ingiustificato un costo della manodopera di euro 1.309.242,45, inferiore del 50 per cento rispetto al costo stimato dalla stazione appaltante in sede di gara, pari ad euro 2.627.787,04), successivamente esclusa, per altra ragione, con provvedimento in data 4 gennaio 2019, motivo che viene dunque reiterato. In particolare, si deduce l'insostenibilità del costo della manodopera indicato dalla Doronzo Infrastrutture s.r.l., la quale avrebbe contenuto i costi indicando solamente operai qualificati e manovali per lavorazioni invece richiedenti operai specializzati, come pure si contesta la sostanziale sottostima delle spese generali da parte della stessa società Doronzo. Il motivo è infondato.

A prescindere infatti dalla vicenda della esclusione della società Doronzo, annullata una prima volta e poi nuovamente disposta dall'Autorità Portuale con decreto n. 79 in data 1 ottobre 2020 (recante altresì conferma dell'aggiudicazione in favore della R.C.M. Costruzioni), oggetto di gravame ancora pendente, ritiene il Collegio che la riconosciuta legittimità dell'esclusione dell'appellante la privi

dell'interesse anche solo strumentale ad impugnare gli atti successivi, tra cui l'aggiudicazione.

Se infatti ai fini del riconoscimento di una posizione differenziata e qualificata in capo all'operatore economico che ha preso parte ad una procedura di gara è, di regola, sufficiente l'interesse strumentale ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve tuttavia ritenersi che tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dalla gara, perché tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti, dovendosi qualificare il suo interesse come un mero interesse di fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, per non avere partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti della relativa procedura, anche se c'è un interesse alla caducazione dell'intera selezione al fine di conseguire la possibilità di partecipazione alla nuova procedura competitiva che si svolgerebbe in caso di riedizione della gara (Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 570). Deve conseguentemente affermarsi che il consolidamento dell'esclusione dalla procedura rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura, come bene ha ritenuto la sentenza appellata.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello, con l'unita domanda risarcitoria, va respinto.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo; ne va invece disposta, sussistendone le ragioni prescritte dalla legge, la compensazione con riguardo alla Doronzo Infrastrutture s.r.l.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio e della R.C.M. Costruzioni s.r.l., delle spese di giudizio, liquidate in euro cinquemila/00 (5.000,00) per ciascuna; dispone invece la compensazione delle spese di giudizio con riguardo alla Doronzo Infrastrutture s.r.l.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO