



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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 380 del 2020, proposto da T.M.F. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, Arsenale Militare Marittimo di Taranto - Marinarsen, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, presso la medesima per legge domiciliati;

nei confronti

di: Maren S.r.l., Groupama Assicurazioni, in persona dei legali rappresentanti p.t., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 2/2020 del 6.2.2020, comunicata con nota Prot. n. M_D MARSTA0004169 del 7.2.2020, con la quale l'Amministrazione ministeriale determinava “*di revocare l'aggiudicazione del servizio in argomento di cui alla Determinazione n. 1 del 29/1/2020 in favore della A.T.I. costituenda formata dalle imprese TMF S.r.L. (mandataria) – S & Y S.r.l. (mandante), OMCA Service S.r.L. (mandante)*”,

contestualmente disponendo *“l’incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell’art. 93, comma 6, del codice dei contratti pubblici in quanto la revoca dell’aggiudicazione è giustificata da motivi di interesse pubblico a fronte di comportamento riconducibile alla società”* oltre che *“la segnalazione all’Anac”*, nella sola parte in cui la Stazione appaltante ha disposto l’incameramento della cauzione provvisoria prestata dall’ATI ricorrente al momento della presentazione dell’offerta, nonché ha proceduto alla segnalazione della stessa ricorrente all’ANAC;

- della stessa nota Prot. n. M_D MARSTA0004169 del 7.2.2020;
- della nota Prot. n. M_D MARSTA0007407 del 4.3.2020, di segnalazione all’ANAC delle circostanze che hanno condotto alla revoca dell’aggiudicazione relativa alla procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento dell’appalto *“di servizi per il rinnovamento del naviglio minore, dei rimorchiatori portuali e dei galleggianti della Base Navale di Taranto”* (CIG. ZA22936DB6);
- della nota Prot. n. M_D MARSTA0002368 del 24.01.2020 di comunicazione della proposta di aggiudicazione in favore dell’ATI TMF S.r.L.-S&Y S.r.L-OMCA Service S.r.L.;
- della nota Prot. n. M_D MARSTA0005397 del 18.02.2020 di richiesta alla Compagnia Assicuratrice della ricorrente di escussione della garanzia provvisoria presentata dall’operatore economico in sede di offerta;
- del disciplinare di gara per l’affidamento dell’appalto *“di servizi per il rinnovamento del naviglio minore, dei rimorchiatori portuali e dei galleggianti della Base Navale di Taranto”* (CIG. ZA22936DB6);
- del bando di gara per l’affidamento dell’appalto *“di servizi per il rinnovamento del naviglio minore, dei rimorchiatori portuali e dei galleggianti della Base Navale di Taranto”* (CIG. ZA22936DB6);
- del capitolato speciale d’appalto per l’affidamento dell’appalto *“di servizi per il rinnovamento del naviglio minore, dei rimorchiatori portuali e dei galleggianti della Base Navale di Taranto”* (CIG. ZA22936DB6);

- di tutti i verbali di gara inerenti l'affidamento dell'appalto "di servizi per il rinnovamento del naviglio minore, dei rimorchiatori portuali e dei galleggianti della Base Navale di Taranto" (CIG. ZA22936DB6);
- dell'O.d.G. n. 506/2019 di nomina della Commissione giudicatrice;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2020 il dott. Andrea Vitucci e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. n. 18/2020, conv. in L. n. 27/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

- 1) Con il ricorso in esame si impugna il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione limitatamente alla parte con cui, con lo stesso, si incamera la garanzia provvisoria e si dispone la segnalazione ad ANAC.
- 2) La revoca dell'aggiudicazione scaturisce dal fatto che la ricorrente, dopo la proposta di aggiudicazione e senza aver avuto conoscenza (a suo dire) dell'aggiudicazione, ha informato la P.A. che la ditta che aveva messo a disposizione della ricorrente lo scalo di alaggio (per barche fino a 150 tonn. e la cui disponibilità era stata dichiarata in gara, come richiesto dalla *lex specialis*), risultava essere interessata da una procedura per dichiarazione di fallimento, che metteva a serio rischio la possibilità per la concorrente di poter fruire del suddetto scalo di alaggio.

3) Quindi la ricorrente, con nota del 31 gennaio 2020 (di poco successiva alla comunicazione della proposta di aggiudicazione), comunicava alla S.A. tale circostanza.

4) L'amministrazione, con la nota impugnata, del 6 febbraio 2020, comunicava:

- a) direttamente la revoca dell'aggiudicazione, che nel frattempo era intervenuta in data 29 gennaio 2020 (come si attesta nel provvedimento impugnato);

- b) la decisione di escutere la garanzia provvisoria e di procedere alla segnalazione ad ANAC.

5) La ricorrente, premessa la giurisdizione del G.A., col primo motivo di ricorso (con cui si denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 3 L. n. 241/90, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 97 e 41 Cost., eccesso di potere sotto diversi profili, per perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria, violazione delle norme sul giusto procedimento), sostiene che:

- a) l'art. 93, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016, *expressis verbis* prevede 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; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*;

- b) la P.A., più che muoversi nell'ottica del cit. art. 93, ha fatto riferimento all'art. 21 *quinquies* L. n. 241/1990 (in tema di revoca), riferendosi a sopravvenienze di fatto (quale il venir meno della disponibilità dello scalo di alaggio) le quali depongono, quindi, nel senso di un atto adottato non per responsabilità della ricorrente ma per la mera non rispondenza della mutata situazione di fatto all'interesse pubblico;

- c) nel caso di specie non vi è comunque un fatto addebitabile alla ricorrente, in quanto è l'operatore economico col quale era intervenuto l'accordo per la messa a disposizione dello scalo di alaggio a essere interessato dalla procedura fallimentare;
- d) la disponibilità dello scalo di alaggio non è un requisito di partecipazione, ma di esecuzione del contratto, in quanto il bando lo prevede in termini di *“Dichiarazione attestante il possesso o la disponibilità di idoneo scalo per attività di alaggio e varo di imbarcazioni e galleggianti fino a 150 Tonn.”* (§ 7.3, pag. 14, disciplinare di gara, doc. 1 ricorrente);
- e) secondo la ricorrente, infatti, la disponibilità dello scalo di alaggio non può che annoverarsi tra i requisiti di esecuzione, in quanto, diversamente opinando, *“si perverrebbe all'assurda conclusione in forza della quale la lex specialis, nel caso di specie, avrebbe finito coll'imporre a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione uno scalo di alaggio: dunque di reperire, con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario, immobili idonei alle attività da eseguire in caso di affidamento, sostenendo i connessi investimenti in vista di una solo possibile ma non certa acquisizione della commessa”* (pag. 16-17 ricorso);
- f) conseguentemente, secondo la ricorrente, la P.A. non poteva applicare al caso di specie il predetto art. 93, che può operare al più in rapporto alla negativa verifica dei requisiti di ordine generale e speciale ma non in relazione ai requisiti di esecuzione, sicuramente invocabili in un momento successivo alla stipula del contratto;
- g) la ricorrente, nel momento in cui ha comunicato la sopravvenuta indisponibilità dello scalo di alaggio, non aveva ricevuto alcuna comunicazione di aggiudicazione, quindi non aveva ancora lo status di aggiudicataria, con conseguente inapplicabilità dell'art. 93 cit., che fa invece riferimento al fatto dell'aggiudicatario intervenuto dopo l'aggiudicazione;
- h) nel caso di specie, la ricorrente ha appreso del provvedimento di aggiudicazione (del 29 gennaio 2020, di due giorni precedente alla propria

comunicazione di sopravvenuta indisponibilità dello scalo di alaggio) solo perché menzionato nell'atto di revoca impugnato;

- i) sempre secondo la ricorrente, nella determina di aggiudicazione, a parte la firma del funzionario, mancherebbero elementi per attribuire alla stessa data certa;
- j) secondo la ricorrente, l'art. 93, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016, va comunque coordinato con l'art. 32, comma 7, D. Lgs. n. 50/2016, che prevede che *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*;
- k) quindi, secondo la ricorrente, il meccanismo di cui al cit. art. 93, comma 6, può scattare solo dopo che siano stati effettuati i controlli di cui all'art. 32, comma 7, cit., cioè quando, divenuta efficace l'aggiudicazione (ed essendosi quindi ormai a ridosso della stipula del contratto), sopravvenga un fatto dell'aggiudicatario che non consente la mancata sottoscrizione del contratto;
- l) nel caso di specie, il segmento procedimentale in cui è stato adottato l'atto impugnato sarebbe ancora quello della verifica di cui al cit. art. 32, comma 7, con la conseguenza che non potrebbe applicarsi il meccanismo di cui al cit. art. 93, comma 6.

6) Col secondo motivo di ricorso (con cui si denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, 79, 93, D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 45, 46, 76, D.P.R. n. 445/2000, degli artt. 7, 1, 3, L. n. 241/1990, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 97 e 41 Cost., eccesso di potere sotto diversi profili, per perplessità, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza, sviamento, ingiustizia manifesta, carenza di istruttoria, motivazione incongrua, insufficiente e/o contraddittoria, violazione delle norme sul giusto procedimento), la ricorrente sostiene che:

- a) avendo la stazione appaltante revocato l'aggiudicazione, ciò esclude l'ulteriore sanzione della segnalazione;
- b) la segnalazione all'ANAC è comunque illegittima per derivazione dai motivi di censura sin qui spiegati;

- c) la segnalazione ad ANAC è illegittima anche perché la segnalazione si ha per fatti che presuppongono una responsabilità del segnalato, che nel caso di specie non c'è;

- d) la segnalazione è stata fatta al di fuori delle ipotesi tassative di cui all'art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016 (che prevede il caso di false dichiarazioni rese in corso di gara) e di cui all'art. 213, comma 13, D. Lgs. n. 50/2016 (che prevede i casi di rifiuto od omissione di informazioni o documenti all'Autorità, di mancata ottemperanza alla richiesta di comprova dei requisiti, di informazioni o documenti non veritieri forniti a seguito di richiesta di informazioni dall'Autorità, di dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione).

7) All'esito dell'udienza pubblica del 15 luglio 2020, questa Sezione, con ordinanza n. 765 del 20 luglio 2020, ha formulato avviso, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., di possibile parziale inammissibilità del ricorso, limitatamente alla parte in cui, con lo stesso, si censura la segnalazione all'ANAC, assegnando alle parti termine fino al 27 luglio 2020 per presentare memorie difensive al riguardo. La Sezione ha riservato quindi la decisione della causa alla scadenza del predetto termine. Scaduto tale termine, la causa è stata riportata nella camera di consiglio decisoria del 28 luglio 2020.

8) Osserva il Collegio quanto segue.

8.1) L'art. 93, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016, fa riferimento all'incameramento della garanzia per le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per ogni fatto riconducibile all'affidatario. La giurisprudenza ha al riguardo precisato che l'escussione della cauzione non è «*una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto, ma una garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara*» (così, *Cons. Stato, V, 16 maggio 2018, n. 2896*)» (C.d.S. 24 giugno 2019, n. 4328).

8.2) Nel caso di specie, la ricorrente, pur non potendo rispondere dell'attivazione della procedura fallimentare a carico del soggetto che le aveva offerto la disponibilità dello scalo di alaggio, risponde tuttavia del mancato rispetto dell'obbligo, assunto in sede di partecipazione alla gara, di assicurare il possesso/disponibilità del predetto scalo. Ai fini della legittima applicazione dell'art. 93, comma 6, cit., non rileva la distinzione, propugnata dalla ricorrente, tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione del contratto. Infatti, ciò che rileva è il fatto di non poter dare seguito agli obblighi assunti in sede di gara, cosa che, nel caso di specie, non ha consentito la stipula del contratto (tanto vero che non si è più dato corso all'aggiudicazione della gara alla ricorrente). Né risulta che la ricorrente abbia reperito la disponibilità di altro scalo di alaggio.

8.3) Alla luce di quanto sopra, la cauzione poteva essere legittimamente incamerata dalla stazione appaltante.

8.4) Con riferimento alla parte del ricorso con cui si censura la segnalazione inviata dalla Stazione Appaltante all'ANAC, deve ritenersi, come da ordinanza di questa Sezione n. 765 del 20 luglio 2020, che la stessa sia inammissibile, in quanto rivolta contro un atto, quale la segnalazione ad ANAC, *“prodromico ed endoprocedimentale, come tale non impugnabile poiché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo (Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2019, n. 2069)”* (C.d.S., 17 settembre 2019, n. 6190).

9) Conclusivamente, il ricorso è in parte infondato e in parte inammissibile. Le spese possono tuttavia essere compensate tra tutte le parti del giudizio, considerata la peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia di Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato e in parte inammissibile.

Spese di lite compensate tra tutte le parti del giudizio.

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

Così deciso in Lecce nelle camere di consiglio dei giorni 15 luglio 2020 e 28 luglio 2020, tenutesi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 84, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in L. n. 27/2020, e dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 1454 del 19 marzo 2020, con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Andrea Vitucci, Referendario, Estensore

Nino Dello Preite, Referendario

L'ESTENSORE

Andrea Vitucci

IL PRESIDENTE

Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO