



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 87 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Gi.Vo Company s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Manuela Minojetti, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristina Ciarcià in Milano, corso di Porta
Vittoria, 28;

contro

Mea - Melegnano Energia Ambiente s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati
Alessandra Calabro' e Gabriele Fava e Sonia Di Lorenzo, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Associati Fava & in Milano, via Durini, 2;

nei confronti di

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

per 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;
- di tutti gli atti agli stessi preordinati, presupposti, consequenziali e comunque connessi, ivi inclusi, in particolare,
- la comunicazione del RUP prot. 16/US/0310 del 24.11.2016 di aggiudicazione provvisoria, per la parte in cui, invitando la ricorrente - allora aggiudicataria provvisoria - a far pervenire la cauzione definitiva, ha introdotto il rispetto di un termine a pena della perdita dell'aggiudicazione;
- dell'art. 11 del disciplinare di gara, nel caso in cui le determinazioni del RUP fossero da intendere come esecutive della previsione, in esso contenuta, per cui “l'aggiudicazione definitiva per la realizzazione dei lavori avverrà previa costituzione della cauzione pari al 10 dell'importo preventivato totale dei lavori da appaltare”;
- dell'eventuale provvedimento, allo stato ignoto, di aggiudicazione della gara a un altro candidato, pure al momento ignoto, e dell'eventuale contratto con quest'ultimo stipulato, per illegittimità derivata dai provvedimenti sopra indicati nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e/o per il subentro nell'affidamento del contratto o, in subordine, per equivalente.

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, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2017 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso principale, la Givo Company s.r.l. ha impugnato i seguenti provvedimenti:

- il provvedimento del rup prot. 16/US/0326 del 6.12.2016 con il quale la Mea Melegnano Energia Ambiente s.p.a. ha revocato l'aggiudicazione provvisoria, disposta in suo favore, della procedura negoziata indetta l'affidamento dei lavori di bonifica dei terreni e per la posa di nuova tubazione della rete di distribuzione gas metano nel Comune di Melegnano.;

- il provvedimento del rup prot. 16/US/0330 del 6.12.2016 con il quale è stata confermata la revoca dell'aggiudicazione provvisoria;
- la comunicazione del rup prot. 16/US/0310 del 24.11.2016 di aggiudicazione provvisoria, per la parte in cui, invitando la ricorrente – allora aggiudicataria provvisoria - a far pervenire la cauzione definitiva, ha introdotto il rispetto di un termine a pena della “perdita dell'aggiudicazione”;
- l'art. 11 del disciplinare di gara, nel caso in cui le determinazioni del rup fossero da intendere come esecutive della previsione, in esso contenuta, per cui “l'aggiudicazione definitiva per la realizzazione dei lavori avverrà previa costituzione della cauzione pari al 10% dell'importo preventivato totale dei lavori da appaltare”.

2. Queste le censure dedotte:

- I. violazione del principio dell'immodificabilità della lex specialis di gara e dell'affidamento dei concorrenti; violazione del principio di certezza dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 31 D.Lgs. 50/2016 e del principio del contrarius actus: difetto di competenza del rup.
- II. violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per travisamento dei fatti; violazione del principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. 50/2016 e violazione e/o falsa applicazione dell'art. 103, comma 3, D.Lgs. 50 cit.;
- III. violazione dei principi di leale collaborazione e di proporzionalità;
- IV. eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza, contraddittorietà;
- V. violazione dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016 sul cd. soccorso istruttorio;
- VI. in subordine: illegittimità della lex specialis di gara (art. 11 del disciplinare) per violazione degli artt. 103, comma 1, e art. 32, comma 7, D.Lgs. 50/2016; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza.

3. La ricorrente ha inoltre chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nell'affidamento del contratto o, in subordine, per equivalente.
4. Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento prot. 16/US/0345 del 20.12.2016 con il quale la MEA Melegnano Energia Ambiente s.p.a. ha determinato di aggiudicare in via definitiva i lavori alla Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c. di Bellasio Enrico e C., l'aggiudicazione provvisoria di cui alla determinazione del rup prot. 16/US/0327 del 6.12.2016 e il contratto eventualmente stipulato, per illegittimità derivata dai vizi dedotti con il ricorso principale avverso l'atto di revoca dell'aggiudicazione disposta nei suoi confronti.
5. Si è costituita in giudizio la Mea Melegnano Energia Ambiente s.p.a. deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, l'improcedibilità del ricorso principale in quanto la ricorrente non avrebbe impugnato, malgrado nota, l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Eredi di Bellasio Eugenio s.n.c. di Bellasio Enrico & C., avvenuta in data 20 dicembre 2016.
6. All'udienza del 21 giugno 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
7. Il ricorso è infondato nel merito, ciò che rende superfluo l'esame dell'eccezione preliminare sollevata dall'amministrazione resistente.
8. La Mea Melegnano Energia Ambiente S.p.A. con determina n. 3 del 26 settembre 2016 ha indetto una procedura negoziata, ex art. 36, comma 2, del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di bonifica dei terreni e per la posa di nuova tubazione della rete di distribuzione gas metano nel Comune di Melegnano. Con nota del 24 novembre 2016, la Mea s.p.a. ha comunicato alla Givo Company s.r.l. l'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore, avvertendola che l'affidamento definitivo sarebbe stato subordinato alla verifica del possesso dei requisiti richiesti dai documenti di gara e invitandola, ai fini della stipula del contratto, a inviare, "entro dieci giorni naturali e consecutivi dalla data di ricezione

della presente, pena la perdita dell'aggiudicazione" della documentazione, tra cui quella comprovante la costituzione della cauzione definitiva.

Il termine di 10 giorni aveva scadenza domenica 4 dicembre 2016.

Lunedì 5 dicembre 2016, alle ore 8,20, la stazione appaltante ha sollecitato la Givo Company s.r.l. ad inviare la documentazione.

Martedì 6 dicembre 2016, con comunicazione prot. 16/US/0326 inviata a mezzo pec alle ore 09,55, l'amministrazione, non avendo ricevuto la cauzione definitiva, ha revocato l'aggiudicazione provvisoria.

Con nota prot. 16/US/0330 il rup ha confermato la revoca, rilevando che il termine per la consegna era scaduto in data 4 dicembre, la cauzione è pervenuta alle ore 10.22.28 e che il provvedimento di revoca era stato adottato alle ore 9.55.45.

9. Ad avviso della ricorrente l'operato dell'amministrazione sarebbe illegittimo in quanto il rup avrebbe integrato la lex specialis di gara, inserendo previsioni perentorie e sanzioni decadenziali non previste negli atti di gara che si tradurrebbero, in sostanza, nell'introduzione di una nuova causa di esclusione.

In mancanza di previsioni nella lettera di invito e nel disciplinare che fissino termini di natura perentoria con sanzione decadenziale per la costituzione della cauzione definitiva, nonché in carenza della fissazione di un termine per la stipula del contratto cui la cauzione definitiva è preordinata – sostiene la ricorrente – il rup non poteva di sua iniziativa introdurre nuove disposizioni senza ledere il principio di affidamento dei concorrenti.

Laddove la stazione appaltante avesse ritenuto di dover innovare o modificare le previsioni di gara, essa avrebbe dovuto operare, in autotutela, attraverso l'istituto della revoca o dell'annullamento del disciplinare, che diversamente resterebbe immutabile.

10. La censura è infondata.

Come si è già affermato in sede cautelare, la circostanza che la *lex specialis* non preveda un termine per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, tra cui quella comprovante la costituzione della cauzione definitiva, non impedisce all'amministrazione di imporre un termine perentorio per l'espletamento di tale adempimento: ciò risponde, invero, alla finalità di evitare che la fase provvisoria si protragga indefinitamente (TAR Lazio, sez. II bis, 2.9.2005, n. 6527; TAR Liguria, sez. II, 19.2.2005, n. 266; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20/07/2006, n. 7610; Cons. di St., V, 6.7.2002, n. 3718, secondo cui “la stazione appaltante, in effetti, pur in assenza di riferimenti specifici nella normativa di gara, ben poteva imporre, di suo, un termine perentorio per la produzione della documentazione in parola da parte dell'aggiudicataria provvisoria, anche per evitare che si protraesse indefinitamente la fase preliminare al perfezionamento della procedura e quindi all'operatività dell'affidamento del servizio, purché, sia chiaro, il termine fosse ragionevole e congruo”) e ad assicurare il rispetto dell'obbligo, che grava sulle parti, di addivenire alla stipula del contratto, entro il termine previsto all'art. 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016.

Il responsabile unico del procedimento, nell'assegnare un termine perentorio per la produzione della documentazione necessaria per la stipula del contratto e, in particolare, per quanto rileva in questa sede, per l'invio della cauzione definitiva, non ha dunque modificato la *lex specialis*, non ha violato l'art. 11 del disciplinare di gara né il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 e neppure l'art. 103, c. 3 del codice dei contratti.

11. La ricorrente ha contestato, poi, che il rup non avrebbe potuto disporre la revoca di atti adottati dalla commissione.

Anche questa doglianza non è fondata. Le operazioni di gara sono invero state condotte dal rup il quale ha parimenti disposto l'aggiudicazione provvisoria

revocata con i provvedimenti impugnati: il principio del *contrarius actus* è stato dunque rispettato.

12. Il comportamento tenuto dall'amministrazione non può poi ritenersi in contrasto con i principi di leale collaborazione e di proporzionalità.

Non sono stati dedotti, invero, elementi che consentano di affermare l'irragionevolezza del termine di 10 giorni assegnato dal rup.

L'amministrazione ha utilizzato l'espressione "giorni naturali e consecutivi", intendendo così ricomprendere nel termine anche i giorni festivi: deve, pertanto, escludersi, nel caso di specie, l'operatività della proroga automatica della scadenza del termine al successivo giorno non festivo. In ogni caso, nonostante il termine fosse scaduto nella giornata del 4 dicembre, l'amministrazione ha, altresì, sollecitato l'invio della documentazione, nella giornata del 5 dicembre 2016.

La ricorrente, peraltro, non ha rappresentato all'amministrazione alcuna difficoltà nella costituzione della cauzione definitiva o nella trasmissione della relativa documentazione, né ha domandato una proroga del termine: con la nota inviata in data 28 novembre 2016 si è difatti limitata ad affermare che la documentazione, relativa alla cauzione definitiva, era mancante, che era in corso di predisposizione da parte dell'assicurazione e che sarebbe stata inviata al più presto (doc. n. 6 della ricorrente).

13. La circostanza che la cauzione sia stata costituita nella giornata del 5 dicembre 2016 non può inficiare la legittimità del provvedimento impugnato proprio perché di tale circostanza l'amministrazione non era stata informata da parte della ricorrente.

Al momento dell'adozione del provvedimento di revoca, il termine concesso era, invero, ormai scaduto senza che l'amministrazione avesse ricevuto la documentazione richiesta e senza che potesse sapere che la cauzione era stata costituita nella giornata del 5 dicembre.

Né va a inficiare la legittimità del provvedimento impugnato una circostanza sopravvenuta quale è l'invio, da parte della ricorrente, in un momento successivo alla ricezione dell'atto di revoca, della documentazione richiesta.

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 quanto portati a sua conoscenza solo in un momento successivo all'adozione dell'atto.

14. Il provvedimento di revoca è, pertanto, adeguatamente motivato con il richiamo alla violazione di un termine perentorio assegnato dall'amministrazione e all'inerzia della ricorrente.

La mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito, costituisce, infatti, giusto motivo di revoca della aggiudicazione: ciò in quanto essa costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara (l'art. 11), che prevede, tra i documenti da presentare a pena di esclusione, la costituzione della cauzione definitiva (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199; sez. VI, 25 gennaio 2008; sez. V, 21 aprile 2006, n. 2267) ed a quanto previsto dall'amministrazione con la nota del 24 novembre 2016, atto con cui l'amministrazione si è autovincolata a dare applicazione alla sanzione della perdita dell'aggiudicazione nel caso di mancato rispetto del termine assegnato.

Inoltre, ai sensi dell'art. 103, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, “la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria”.

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.

15. La ricorrente ha dedotto, infine, l'illegittimità della previsione del disciplinare di gara che all'art. 11 subordina l'aggiudicazione definitiva alla costituzione della cauzione definitiva, pena l'esclusione dalla gara.

La costituzione della cauzione definitiva, in vista della stipula del contratto, sostiene la ricorrente, si colloca naturalmente dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace: non avrebbe alcun senso, per il privato, richiedere (sostenendo i relativi oneri economici), e per il soggetto assicuratore rilasciare, una garanzia rispetto all'aggiudicazione di un appalto non certa e non ancora efficace.

La censura è inammissibile per carenza di interesse.

La lesione lamentata con il presente ricorso non è, invero, legata al momento in cui è stata chiesta la costituzione della garanzia, rispetto al perfezionamento dell'aggiudicazione, ma al fatto che la garanzia sia stata tardivamente trasmessa all'amministrazione.

Inoltre, come si è affermato al punto 10, la fissazione di un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto è da ritenersi consentita anche in assenza di una previsione della *lex specialis*.

16. Per le ragioni esposte il ricorso principale è infondato e va respinto. Ne consegue anche il rigetto dell'istanza risarcitoria.

17. Parimenti infondato è il ricorso per motivi aggiunti con cui sono dedotte unicamente censure di illegittimità derivata dai vizi dedotti con il ricorso principale avverso l'atto di revoca dell'aggiudicazione.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, a favore della Mea - Melegnano Energia Ambiente s.p.a., che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE
Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO