



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2193 del 2010, proposto da:
Eco.Ge S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso, giusta procura a margine del ricorso, dagli
avv. Giuseppe Inglese e Giuseppe Milazzo, elettivamente domiciliato
presso lo studio del secondo in Palermo, via La Farina, n. 13/C;

contro

Sviluppo Italia Aree Produttive s.p.a., in persona del legale
rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a
margine della memoria di costituzione, dagli avv. Francesco De
Gennaro, Giuliano Berruti, Francesco Stallone, elettivamente
domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Palermo, via Nunzio
Morello, n. 40;

nei confronti di

- BNG s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo del RTI con la Ecosud s.r.l., rappresentato e difeso, giusta procura a margine della memoria di costituzione, dall'avv. Vito Agresti, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Giovanna Condorelli, in Palermo, via Torricelli, n. 3;
- Ecosud s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitosi autonomamente in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. BOLO/AD/165 0/2 010 del 23 settembre 2010, con la quale Sviluppo Italia Aree Produttive s.p.a. ha comunicato di aver disposto, con determinazione dell'amministratore delegato del 21 settembre 2010, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente dell'appalto per la “messa in sicurezza d'emergenza discarica r.s.u. sita in C.da Torretta nel Comune di Bolognetta (PA)”;
- la suddetta determinazione dell'amministratore delegato di Sviluppo Italia del 21 settembre 2010, non comunicata alla ricorrente;
- la sopra citata nota prot. BOLO/AD/165 0/2 010 del 23 settembre 2010, anche nella parte in cui Sviluppo Italia ha comunicato l'intendimento di disporre “l'incameramento - anche a mezzo escussione - della cauzione provvisoria”;
- la lettera di invito dell'8 luglio 2010 in parte qua e, all'occorrenza, il bando di gara del 3 giugno 2010;

- la nota di Sviluppo Italia prot. BOLO/AD/1769/2010 del 13 ottobre 2010, recante reiezione dell'atto di significazione ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., presentato il 5 ottobre 2010, con il quale la ricorrente ha invitato Sviluppo Italia a ritirare e annullare d'ufficio il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria;
- la nota di Sviluppo Italia prot. BOLO/ALC/1714/2010 del 6 ottobre 2010, recante comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'ATI BNG s.r.l. - Ecosud s.r.l.;
- il non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'ATI BNG s.r.l. - Ecosud s.r.l.

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza cautelare;

Visti gli atti di riassunzione della ricorrente;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria di B.N.G. s.r.l.;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria di Sviluppo Italia;

Visto il decreto presidenziale n. 1095 del 6 dicembre 2010;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1118 del 14 dicembre 2010;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2011 il primo referendario Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato.

1. La controversia ha ad oggetto il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto di servizi per la “messa in sicurezza d'emergenza discarica r.s.u. sita in C.da Torretta nel Comune di Bolognetta (PA)” (importo a base di gara € 1.094.638,46, di cui € 44.503,32 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA).

Tale atto è stato motivato con riferimento alla presentazione della cauzione definitiva oltre il termine di 10 giorni previsto dall'art. 13, lettera A), della lettera di invito dell'8 luglio 2010.

2. Il gravame in esame era stata originariamente proposto innanzi al TAR Lazio Roma, che, con ordinanza n. 1660 del 19 novembre 2010, ha rilevato la propria incompetenza, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del nuovo codice del processo amministrativo, indicando come competente il TAR Sicilia Palermo, cosicché la ricorrente, con istanza, notificata il 26 novembre 2010 e depositata il 2 dicembre successivo, ha riassunto il giudizio.

Alla istanza di riassunzione, non contenente i motivi di censura dei provvedimenti impugnati, non è stato, però, allegato l'atto introduttivo del giudizio, né alcun altro atto relativo alla controversia, cosicché il collegio non è stato posto nelle condizioni di valutare la fondatezza o l'infondatezza del ricorso e, con ordinanza n. 1118 del 14 dicembre 2010, ha rigettato l'istanza cautelare.

In data 12 gennaio 2011, è stata depositata una nuova istanza di

riassunzione, notificata il 20 dicembre 2010, in calce alla quale è stato riportato il ricorso originariamente proposto.

Preliminarmente va esaminata l'eccezione di nullità del primo atto di riassunzione, in quanto non contenente i motivi del ricorso, che è stata sollevata dalla difesa della controinteressata.

La questione non è di agevole soluzione, in quanto l'art. 16, comma 2, del nuovo codice del processo amministrativo, si limita a prevedere che il difetto di competenza sia rilevato, anche d'ufficio, con ordinanza, la quale indica il giudice competente e che se, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di tale decisione, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo segue davanti a questi.

Pur non dando la norma alcuna indicazione in ordine al contenuto della istanza di riassunzione, deve ritenersi che il ricorso debba essere riprodotto (mediante allegazione o copiatura) al fine di consentire al giudice di pronunciarsi sulla istanza cautelare.

A tale conclusione si arriva sulla base della ratio della norma, che è quella di coniugare l'esigenza dell'esame della istanza cautelare in tempi brevi con quella del rispetto delle norme in materia di competenza (qualificata dal nuovo codice come inderogabile anche e soprattutto per porre fine al fenomeno del c.d. "turismo cautelare" o "forum shopping").

A causa dei ristretti termini del giudizio cautelare (soprattutto qualora, come nella specie, riguardi riti abbreviati con conseguente

dimidiazione ex art. 119, comma 2 c.p.a.) e dei tempi (inevitabilmente più lunghi) della trasmissione d'ufficio del fascicolo, qualora l'istanza di riassunzione non riporti l'esposizione in fatto ed i motivi di censura, la controversia non può, infatti, essere decisa.

In altri termini, ad avviso del Collegio, sulla base di una interpretazione teleologica dell'art. 16, comma 2, del codice, deve ritenersi necessaria la riproduzione del ricorso introduttivo nell'atto di riassunzione della controversia innanzi al TAR individuato come competente dal giudice originariamente adito.

A diversa conclusione non può addivenirsi sulla base del precedente giurisprudenziale indicato dal ricorrente, secondo il quale l'atto di riassunzione del processo, inserendosi nell'ambito di un rapporto processuale già instaurato, può avere un contenuto più limitato rispetto a quello introduttivo ed è rituale ove rechi gli elementi idonei all'individuazione del giudizio, che s'intende riassumere (Consiglio Stato, V, 11 luglio 2001, n. 3852).

Nella fattispecie esaminata in tale decisione si era, infatti, verificata l'interruzione del processo per il decesso di una delle parti necessarie, cosicchè il giudizio proseguiva innanzi allo stesso TAR, il quale era già in possesso del relativo fascicolo ed era, pertanto, nelle condizioni di decidere la controversia.

Diversa è la situazione nel caso di riassunzione innanzi ad un diverso TAR per la trattazione della istanza cautelare nel rispetto delle norme sulla competenza, in quanto, se si facesse dipendere la trattazione

dalla trasmissione d'ufficio del fascicolo, i tempi si dilaterrebbero.

Il primo atto di riassunzione va, pertanto, ritenuto non conforme all'art. 16, comma 2, del codice del processo amministrativo.

Per quanto riguarda la seconda istanza, la quale è tardiva, va riconosciuto il beneficio dell'errore scusabile, essendo fin troppo evidente la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 37 del citato codice, laddove si prevede che il giudice può disporre la rimessione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto.

Tale istituto è, infatti, configurato in termini generali dalla giurisprudenza amministrativa, la quale costantemente ritiene che la sua applicazione comprende una vasta area di fattispecie, che, per la peculiarità e novità della questione oggetto del contendere, per la complessità del quadro normativo riferito anche alle competenze degli organi nella materia, per oscillazioni di giurisprudenza e altre analoghe ragioni, si configurano idonee ad introdurre menomazioni e maggiore difficoltà nell'esercizio dei diritti di difesa (per tutte Consiglio Stato, VI, 3 agosto 2010, n. 5145).

Nella specie la novità della questione è in re ipsa, la complessità del quadro normativo si collega alla mancanza di una disciplina puntuale in ordine al contenuto dell'atto di riassunzione.

3. Ciò posto, può procedersi all'esame del merito del ricorso.

Con il primo motivo si deduce l'illegittimità della lettera di invito, nella parte in cui assegna all'aggiudicatario provvisorio un termine di

10 giorni per la presentazione della cauzione definitiva.

3.1 Preliminarmente va esaminata l'eccezione di irricevibilità sollevata dall'Amministrazione resistente, la quale sostiene che, essendo la previsione in questione contenuta nell'invito dell'8 luglio 2010, il ricorso sarebbe tardivo.

L'eccezione è infondata, essendo incontroverso in giurisprudenza che l'onere di immediata impugnazione del bando di concorso (o, comunque, dell'atto di indizione della procedura selettiva) sussiste solo nei casi in cui l'interessato intenda contestare la decisione dell'Amministrazione di avviare la gara, oppure ritenga di censurare le clausole che impediscono, in radice, la stessa partecipazione, mentre non sussiste per le altre fattispecie, nelle quali si deve attendere di verificare la lesività della previsione all'esito della procedura (ex multis Consiglio Stato, V, 15 ottobre 2010, n. 7515; 10 agosto 2010, n. 5555; 25 maggio 2010, n. 3308).

3.2 Può, pertanto, procedersi all'esame del merito della censura.

L'art. 13, lettera A), della lettera di invito dell'8 luglio 2010 prevedeva che Sviluppo Italia avrebbe aggiudicato provvisoriamente all'impresa prima classificata l'appalto ed avrebbe richiesto alla stessa: la documentazione attestante il possesso delle condizioni di partecipazione all'appalto dichiarate in sede di gara; gli atti occorrenti per gli accertamenti previsti dalla normativa antimafia e la cauzione definitiva.

Tali atti dovevano essere prodotti "a pena di esclusione entro e non

oltre 10 giorni dalla richiesta”.

La successiva lettera B) statuiva che, in caso di mancato rispetto di tale termine, l'aggiudicazione provvisoria sarebbe stata revocata e la cauzione provvisoria incamerata.

Orbene, ferma restando la chiara previsione della inderogabilità del termine de quo anche per la produzione della cauzione definitiva, il problema, che si pone è quello della legittimità della richiesta di tale garanzia immediatamente dopo l'aggiudicazione provvisoria.

Anche questa non è una questione di agevole soluzione, in quanto, come rilevato dalla Amministrazione resistente e dalla controinteressata, non vi è nessuna norma, che individui in maniera precisa il momento nel quale va chiesta la cauzione definitiva.

Ciononostante, deve procedersi ad una interpretazione teleologicamente orientata del quadro normativo di riferimento, che tenga conto della ratio dell'istituto e si ispiri al principio (di derivazione comunitaria) di proporzionalità, secondo il quale l'Amministrazione deve adottare provvedimenti adeguati rispetto all'obiettivo perseguito ed a quello di non aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 241/1990.

Si impone, pertanto, di individuare, come punto di partenza, la funzione della cauzione definitiva, che, secondo l'art. 113, comma 5, del d.lgs.vo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice degli appalti), è preordinata alla copertura degli oneri per il mancato od inesatto adempimento, così differenziandola nettamente da quella della

cauzione provvisoria, alla quale il precedente art. 75, comma 6 assegna la garanzia per la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, con consequenziale previsione dello svincolo automatico al momento della sottoscrizione dell'atto negoziale.

In altri termini, il legislatore, pur non statuendolo espressamente, ha collocato, sulla base della funzione alla stessa attribuita, la cauzione definitiva in una fase connessa con quella della stipula del contratto e, pertanto, successiva a quella della aggiudicazione provvisoria, coincidente con l'affidamento definitivo.

Conferma di tale assunto si ritrova nell'incipit dell'art. 113, laddove si prevede l'obbligo di costituire la cauzione definitiva in capo all'esecutore del contratto, che, come è evidente, non è l'aggiudicatario provvisorio, ma il soggetto (teoricamente diverso, potendo la verifica dei requisiti successiva alla aggiudicazione provvisoria dare risultato negativo) l'aggiudicatario definitivo, con il quale l'Amministrazione stipula l'atto negoziale.

Ulteriore conferma si rinviene nell'art. 48, comma 2, laddove si statuisce che, concluse le operazioni di gara, l'Amministrazione richiede all'aggiudicatario di comprovare, entro dieci giorni, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

Il mancato riferimento alla cauzione definitiva non è casuale e non può essere supplito dalla Amministrazione in sede di predisposizione degli atti di gara, in quanto si ricollega alla circostanza che sino alla

aggiudicazione definitiva è sufficiente la garanzia fornita dalla cauzione provvisoria, mentre non ha ragion d'essere quella connessa alla cauzione definitiva.

In merito alla certezza del rilascio di quest'ultima (e ad ulteriore conferma della non pertinenza della richiesta all'aggiudicatario provvisorio) interviene, peraltro, la previsione di cui all'art. 75, comma 8, laddove si prevede che l'offerta presentata in sede di gara deve essere corredata, oltre che dalla cauzione provvisoria, anche dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

Il sistema normativo è, pertanto, coerente nel prevedere un complesso articolato di garanzie agganciato funzionalmente alle varie fasi della procedura di gara, in quanto:

- l'offerta deve essere corredata: da una cauzione provvisoria (che copre il rischio della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario) e dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva;
- l'aggiudicatario provvisorio deve comprovare i requisiti di partecipazione;
- l'aggiudicatario definitivo deve presentare la cauzione definitiva, che copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento.

Nella specie, l'Amministrazione ha richiesto la produzione della cauzione definitiva entro il termine inderogabile di 10 giorni

all'aggiudicatario provvisorio, ponendo a carico dello stesso un onere contrastante con il quadro normativo in materia di cauzioni.

La ricorrente si è, peraltro, attivata in maniera diligente al fine di adempiere l'obbligo impostole, in quanto, come risulta dalla documentazione versata in atti, con nota del 10 settembre 2010, acquisita al protocollo con il n. 970, ha trasmesso la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione, nonché la nota di posta elettronica, con la quale le era stato rappresentato che la cauzione definitiva era in fase di istruttoria presso la Finword s.p.a. e sarebbe stata inviata in tempi brevi.

La polizza è stata rilasciata dalla Finword s.p.a. ed autenticata dal notaio Farinaro in data 15 settembre 2010 e la ricorrente la ha trasmessa a Sviluppo Italia al momento del suo ricevimento, avvenuto il 20 settembre 2010.

La ricorrente ha comunicato, nel termine assegnatole, che la cauzione definitiva era in fase di predisposizione e la ha trasmessa con un lievissimo ritardo di 4 giorni dalla ricezione della raccomandata e di 7 dal fax.

Il riferimento ai profili fattuali della fattispecie in esame conferma ulteriormente come l'imposizione della trasmissione della cauzione definitiva successivamente alla aggiudicazione provvisoria non è legittima e può comportare l'estromissione dalla procedura di gara di un'impresa, malgrado la prestazione di una elevata diligenza, con conseguente alterazione dei meccanismi della concorrenza.

Concludendo, la doglianza è fondata.

Per completezza, va rilevato che a diversa conclusione non può giungersi sulla base del riferimento fatto dalla controinteressata alla urgenza dell'appalto (che aveva ad oggetto la messa in sicurezza di una discarica), con conseguente legittima e ragionevole anticipazione degli adempimenti propedeutici alla stipulazione del contratto al fine di dare celere avvio alla prestazione del servizio.

Trattasi, infatti, di una esigenza, che poteva essere soddisfatta con l'esecuzione del contratto in via d'urgenza di cui all'art. 11, comma 9, del codice degli appalti.

4. Dalla fondatezza del primo motivo deriva quella del quarto, con il quale è stata dedotta la illegittimità in via derivata della revoca della aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente e di incameramento della cauzione, nonché della aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI BNG s.r.l. – Ecosud S.r.l..

Concludendo, in forza di quanto esposto, assorbiti gli ulteriori motivi, il ricorso è fondato e va accolto.

Le spese vanno compensate in ragione della complessità e della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2011

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO