

Pubblicato il 30/06/2022

N. 05445/2022REG.PROV.COLL.
N. 05871/2021 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 5871 del 2021, proposto da Engineering D.Hub s.p.a. in proprio e quale mandataria del Costituendo R.T.I. con Gruppo Tecnocopy s.r.l., Indra Italia s.p.a., Cybertech s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Chiara Carosi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Consip s.p.a., 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

Accenture s.p.a. a socio unico, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Sistemi Informativi s.r.l., Altec Tecnologica s.r.l., Accenture Technology Solutions s.r.l., Ibm Italia s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, n. 5382 del 2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2022 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Carosi e l'avvocato dello Stato Adamo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Il raggruppamento con mandataria la Engineering D.Hub s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 7 maggio 2021, n. 5382 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, che ha respinto il suo ricorso e i motivi aggiunti rispettivamente avverso il provvedimento in data 27 ottobre 2020 con cui Consip s.p.a., in sede di autotutela, ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore dell'appellante stessa, comunicando altresì l'intenzione di procedere all'incameramento della cauzione provvisoria prestata in gara, poi escussa con richiesta inviata alla società garante con pec del 12 novembre 2020, nonché avverso la nuova aggiudicazione, in data 28 ottobre 2020, disposta in favore del R.T.I. Accenture s.p.a.

Il provvedimento gravato è intervenuto nell'ambito della *“procedura aperta [...] per l'affidamento dei servizi sistemistici per la gestione e l'evoluzione dei sistemi informativi della Giustizia Amministrativa”* bandita nel luglio 2019; all'esito della stessa il raggruppamento appellante, esperita la verifica di anomalia dell'offerta, è stato dichiarato aggiudicatario come da comunicazione del 22 luglio 2020.

Consip ha successivamente introdotto, a seguito della segnalazione del concorrente secondo graduato in ordine a profili di anomalia dell'offerta, un procedimento di riesame che ha condotto all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, con il provvedimento oggetto del ricorso di primo grado,

nell'assunto che l'offerta del raggruppamento Engineering risultava irrimediabilmente in perdita.

2. - Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Engineering D. Hub ha impugnato il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, la successiva escussione della garanzia, nonché la *lex specialis* di gara, lamentando la violazione della tutela dell'affidamento ingenerato da un'aggiudicazione intervenuta circa tre mesi prima, la mancata enucleazione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento di autotutela, l'insussistenza di un'ipotesi di anomalia dell'offerta, stante la correttezza del costo complessivo indicato del personale; in subordine ha contestato l'equivocità della *lex specialis* (in particolare, degli artt. 13, 14, 15 e 16), nonché l'illegittimità del provvedimento di escussione della cauzione, nell'assunto che la ritenuta irregolarità dell'offerta non può essere considerata un fatto addebitabile al concorrente.

Con successivi motivi aggiunti ha impugnato il provvedimento in data 28 ottobre 2020 con cui Consip ha aggiudicato l'appalto in favore del R.T.I. con mandataria la Accenture s.p.a., deducendo vizi di illegittimità derivata, nonché la violazione dei principi di buon andamento, efficienza, logicità e ragionevolezza.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso principale e i motivi aggiunti, ritenendo legittimo il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, vertendosi al cospetto di un'offerta "irrimediabilmente in perdita" anche nella considerazione che la riformulazione dell'offerta effettuata dal raggruppamento Engineering D. Hub s.p.a. in sede di giustificativi comporta un'inammissibile modifica postuma della stessa. Con riguardo, poi, all'escussione della garanzia provvisoria, la sentenza ha ritenuto applicabile l'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto l'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela si fonda sull'incongruità dell'offerta, come formulata dal raggruppamento ricorrente, nonostante il chiaro disposto della *lex* di gara.

4.- Con il ricorso in appello il raggruppamento Engineering D. Hub s.p.a. ha criticato la sentenza limitatamente alla statuizione di reiezione del quarto motivo, relativo alla lamentata illegittimità del provvedimento di escussione, deducendo che l'esclusione dalla gara (alla base dell'annullamento dell'aggiudicazione) è dipesa dall'anomalia dell'offerta, per quanto tardivamente rilevata (e dunque a distanza di mesi dalla positiva valutazione in termini di congruità da parte della Commissione giudicatrice e del responsabile del procedimento). Allega Engineering D. Hub che l'art. 10 del disciplinare di gara riconnette l'incameramento della cauzione ai fatti riconducibili all'affidatario, tra cui rientrano la mancata prova del possesso dei requisiti generali e speciali, nonché la mancata produzione della documentazione richiesta e necessaria per la stipulazione del contratto. La ritenuta irregolarità dell'offerta non può essere considerata in termini di fatto addebitabile al concorrente, dipendendo da elementi tecnico-economici, che, in quanto tali, non coinvolgono l'affidabilità soggettiva del concorrente.

5. - Si è costituita in resistenza la Consip s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

6. - All'udienza pubblica del 7 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello, parziale, ha dunque ad oggetto la sola statuizione di primo grado che ha respinto il motivo volto a contestare l'escussione della garanzia provvisoria, dell'importo di euro 133.889,00, con l'allegazione del motivo di violazione dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 10 del disciplinare di gara, nell'assunto che sia stata disposta al di fuori dei casi previsti dalla suindicata clausola della *lex specialis*, alla cui stregua «*ai sensi dell'art. 93, comma 6, del Codice, la garanzia provvisoria 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 artt. 84 e 91 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.*

Sono fatti riconducibili all'affidatario, tra l'altro, la mancata prova del possesso dei requisiti generali e speciali; la mancata produzione della documentazione richiesta e necessaria per la stipula del contratto».

L'assunto dell'appellante, come già evidenziato, è che l'annullamento dell'aggiudicazione (conseguente alla mancata tempestiva esclusione), intervenuto in sede di autotutela, derivante da anomalia dell'offerta, non rilevata nel corso del procedimento di gara, non rientri tra i "fatti riconducibili all'affidatario", ma sia espressione di una valutazione tecnica, non coinvolgente l'affidabilità soggettiva del concorrente. Ciò tanto più che, ove detta anomalia fosse stata accertata nel corso del procedimento di gara, l'esclusione non avrebbe comportato l'escussione della garanzia provvisoria.

L'appello è infondato.

L'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *«la garanzia provvisoria 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 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto».*

La giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'incameramento delle somme a titolo di garanzia provvisoria rappresenta una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione; è dunque insensibile ad eventuali valutazioni finalizzate ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2264; V, 24 giugno 2019, n. 4328). Ciò in quanto la funzione di tale garanzia è quella, per un verso, di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e affidabilità dell'offerta e, per altro verso, di precostituire una forma di tutela, a favore della stazione appaltante, per l'eventualità che, per fatto (anche successivo alla formulazione dell'offerta) comunque riferibile alla concorrente risultata aggiudicataria, non si addivenga alla stipula del contratto. L'escussione della garanzia costituisce dunque una garanzia oggettiva per il corretto

adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione alla partecipazione ad una gara di appalto (Cons. Stato, V, 16 maggio 2018, n. 2896).

Tale indirizzo interpretativo è stato, da ultimo, confermato da Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7, che ha ritenuto evincibile un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità.

Non può dunque condividersi, quanto meno sul piano (rilevante in questa sede) del nesso eziologico, l'assunto dell'appellante secondo cui la ritenuta anomalia dell'offerta non sarebbe riconducibile all'affidatario e non legittimerebbe pertanto l'escussione della garanzia (anche a prescindere dall'ipotesi interpretativa subordinata, contenuta nel provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, di ritenere che il provvedimento di autotutela consegua ad un'inammissibile modifica postuma dell'offerta, destinando a copertura dei costi del servizio di supporto specialistico parte delle risorse complessivamente previste per i servizi di presidio). Il modello di responsabilità oggettiva che assume rilievo in materia di escussione della garanzia provvisoria esclude la rilevanza dell'affidabilità soggettiva del concorrente, anche ad ammettere (secondo la prospettazione dell'appellante) che la stessa non rilevi in caso di anomalia dell'offerta.

Né a diversa soluzione induce, alla stregua dell'approfondimento proprio della trattazione in sede di merito, l'art. 10 del disciplinare di gara, che, nel secondo capoverso, richiama il contenuto dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre nel terzo capoverso afferma che *«sono fatti riconducibili all'affidatario, tra l'altro, la mancata prova del possesso dei requisiti generali e speciali; la mancata produzione della documentazione richiesta e necessaria per la stipula del contratto»*.

Tale ultima disposizione non ha portata esaustiva dei casi che legittimano l'escussione della garanzia provvisoria nella procedura di gara oggetto di controversia, come appare chiaro, anche sul piano dell'interpretazione

letterale, dall'utilizzazione della locuzione avverbiale "tra l'altro", indicativa di una portata meramente esemplificativa delle circostanze ivi indicate come "fatti riconducibili all'affidatario".

2.- La reiezione dell'appello integra comunque, in considerazione della natura interpretativa delle questioni oggetto di controversia, le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO