

N. 00034/2016REG.PROV.COLL.

N. 04415/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4415 del 2015, proposto da:
New Livingston Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Achille Chiappetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma,
Via Paolo Emilio, 7;

contro

Regione Sardegna, Enac - Ente Nazionale Aviazione Civile;

nei confronti di

Alitalia Cai Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA SEZIONE I n. 00322/2015, resa tra le parti, concernente revoca dell'aggiudicazione del servizio per oneri di servizio pubblico sulla rotta Alghero - Roma Fiumicino e viceversa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Andrea Migliozi e udito per la parte appellante l'avv. Chiappetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 26 giugno 2013 la Regione Sardegna indiceva una gara pubblica per l'affidamento del servizio aereo di linea, con oneri di servizio pubblico sulla rotta Alghero- Roma Fiumicino e viceversa.

All'esito dello svolgimento della gara risultava destinataria dell'aggiudicazione definitiva, come da determinazione n.588 del 6/9/2013, la Società New Livingston Spa e in ragione dell'entrata del nuovo regime di imposizione degli oneri di servizio pubblico, la Regione Sardegna procedeva alla consegna d'urgenza del servizio aggiudicato nelle more del completamento dei controlli sui requisiti dell'aggiudicataria e della conseguente stipulazione del relativo contratto (come da determinazione dirigenziale n.644 del 10 ottobre 2013.

Con nota del 5/3/2014 prot. n. 3010, il Direttore del competente servizio regionale comunicava alla predetta Società la data del 13 marzo 2014 per la stipula del contratto.

Faceva seguito, sempre a cura del predetto dirigente, la nota del 31 marzo 2014 n.4024 con cui constatato che alla data fissata il contratto non era stato stipulato per mancata produzione da parte della New Livingston della cauzione definitiva richiesta a garanzia della corretta esecuzione del servizio, si invitava la suindicata Società a presentare la garanzia in parola entro il 4 aprile 2014: in quella circostanza peraltro l'Amministrazione segnalava anche la irregolarità della situazione contributiva della New Livingston risultante dall'acquisito DURC.

Stante la mancata presentazione alla data da ultimo fissata della chiesta garanzia, la Regione con nota dell'8 aprile 2014 n.4347, comunicava all'aggiudicataria l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art.13 del bando di gara.

Infine con provvedimento dirigenziale del 24 aprile 2014, n.198, veniva disposta a conclusione del relativo procedimento, la decadenza dall'affidamento d'urgenza e la revoca dell'aggiudicazione del servizio e tanto sul rilievo che "fino alla data del presente atto, la Società New Livingston spa non ha provveduto costituire e depositare la garanzia fideiussoria definitiva a favore della Regione volta a garantire la corretta esecuzione e prosecuzione del servizio in oggetto".

Contestualmente con la stessa determinazione il servizio oggetto di gara era affidato alla Società Alitalia CAI spa, seconda classificata nella graduatoria finale stilata all'esito dell'esperita procedura selettiva.

Avverso la determinazione di decadenza e revoca dell'aggiudicazione nonché avverso gli altri atti presupposti proponeva ricorso giurisdizionale prima innanzi al Tar del Lazio e successivamente per riassunzione davanti al Tar Sardegna la New Livingston deducendo la illegittimità sotto vari profili delle determinazioni negativamente assunte a suo carico dalla Regione Sardegna

L'adito Tribunale amministrativo sardo con sentenza n. 322/2015 rigettava il ricorso, ritenendolo infondato.

La Società interessata ha proposto avverso il suindicato decisum l'appello all'esame a sostegno del quale ha dedotto in primo luogo i profili di doglianza già denunciati col ricorso di prime cure e con i motivi successivi motivi aggiunti

Con tali mezzi d'impugnazione l'appellante fa rilevare che il provvedimento di tipo sanzionatorio per cui è causa è stato adottato sebbene non sussistessero elementi di fatto e di diritto che giustificassero l'affermazione secondo cui la fideiussione fosse stata consegnata tardivamente alla Regione Sardegna., mentre nessun termine è stato violato dalla Società..

La Regione avrebbe poi tenuto un comportamento del tutto incongruo ove si consideri che la stessa era stata costantemente aggiornata circa l'imminenza della presentazione della polizza in questione ed inoltre non vi sarebbe stata alcuna valutazione dell'interesse pubblico meritevole di tutele per procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

L'appellante denuncia quindi i profili di illegittimità che vizierebbero specificatamente la motivazione dell'impugnata sentenza, così enucleati:

la motivazione del decisum deve ritenersi errata nella parte in cui fa riferimento al criterio generale applicabile alla luce del dettato normativo dell'art.113 comma 4 del dlgs n.163/2006,

la nota del 5 marzo 2014 nella quale la Regione fissava la data del 31 marzo 2014 non può considerarsi termine di adempiere e la mancata stipula del contratto nella predetta data non è addebitabile alla Società;

il termine del 4 aprile 2014 fissato per la presentazione della fideiussione è stato unilateralmente imposto dalla Regione, in luogo di quello previsto dal bando senza che in precedenza News Livingston fosse incorsa in alcun inadempimento e la sentenza non ha per nulla preso in considerazione il fatto che la Regione era continuamente messa al corrente del procedimento di rilascio della fideiussione attivato dalla Società presso Veneto Banca.

la Regione avrebbe tenuto un comportamento contraddittorio senza dare alcun rilievo alle comunicazioni dell'istituto bancario circa l'impegno della Società ad assumere il pegno su conto corrente quale garanzia per il rilascio della polizza;

è errato il convincimento del Tar secondo cui il 24 aprile 2014, giorno in cui la Regione ha sancito la decadenza, il procedimento per il rilascio della fideiussione fosse in alto mare

il Tar ha completamente ommesso di riferire in ordine alla necessaria valutazione dell'interesse pubblico alla revoca, erroneamente affermando che nella specie si trattava di una decadenza disposta in via automatica.

Parte appellante ha quindi concluso per l'accoglimento del proposto gravame, con richiesta di annullamento degli atti impugnati in primo grado

Gli enti intimati non risultano costituiti in giudizio.

All'udienza del 10 novembre 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

L'appello va respinto, meritando l'impugnata sentenza integrale conferma.

Oggetto di contestazione giudiziale è la determinazione della Regione Sardegna n.198/2014 con cui è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione del servizio aereo di linea sulla rotta Alghero- Roma Fiumicino e viceversa assunta a carico della New Livingston spa in ragione della mancata presentazione della garanzia fideiussoria prevista dall'art.113 codice dei contratti pubblici.

Parte appellante con il gravame all'esame fa rilevare, come in primo grado, l'erroneità dei presupposti su cui si fonda l'adottata misura sanzionatoria, ma la Sezione ritiene doversi convenire con le conclusioni del primo giudice che ha riconosciuto la legittimità dell'impugnato provvedimento.

Com'è noto, l'art.113 codice degli appalti al primo comma prevede l'obbligo per l'aggiudicatario ed esecutore dell'appalto di costituire una garanzia fideiussoria, con l'ulteriore previsione (comma 4) che la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento.

Trattasi, com'è agevole intuire dalla natura e finalità connesse a tale prestazione, di un adempimento dovuto, la cui inadempienza va collegata al mero fatto dell'affidatario senza alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltate in ordine alle conseguenze del mancato adempimento (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 12/3/2015 n. 1321).

Circa i tempi di presentazione di detta garanzia la normativa del T.U. degli appalti alcunché precisa; nondimeno appare ragionevole ritenere, avuto riguardo alla *ratio* della cauzione, chiaramente ravvisabile nella garanzia della puntuale esecuzione delle prestazioni contrattuali, che il termine ultimo entro il quale produrre il documento in questione sia quello che coincide con la stipula del contratto di appalto.

Un tanto nella specie trova conferma dalla previsione di cui al punto13 del capitolato d'oneri, secondo cui la garanzia fideiussoria bancaria doveva essere depositata (quantomeno) contestualmente alla stipula della convenzione per l'affidamento del servizio.

Quello dell'accertamento della data cui rapportare l'adempimento dell'obbligo della presentazione della polizza è il punto nodale della controversia sul quale si impernia l'intero gravame qui in rassegna

Parte appellante, con i tre mezzi d'impugnazione tra loro intimamente connessi e che perciò stesso vanno congiuntamente esaminati, articola la tesi della illegittimità del provvedimento decadenziale su tre punti fondamentali così riassumibili:

alcun comportamento d'inerzia avrebbe tenuto la New Livingston circa la presentazione in tempo utile della polizza fideiussoria rispetto al termine previsto dalla *lex specialis*;

in modo del tutto errato la Regione ha ritenuto di far scattare la decadenza dell'aggiudicazione al superamento di un termine incongruamente fissato;

l'Amministrazione non ha tenuto conto di fatti e circostanze intervenuti prima della scadenza del l'ultimo termine fissato per la presentazione della garanzia.

Nessuna delle suindicate argomentazioni appare convincente.

Quanto alla questione di cui al punto a), parte appellante formula un sottile distinguo tra obbligo di consegna alla data di stipula e obbligo di consegna alla data in cui è fissata la stipula, ma trattasi solo di un abile sofisma: il termine entro cui presentare la cauzione definitiva, secondo quanto previsto dal capitolato d'oneri è quello del 13 marzo 2014, data fissata per la stipula, così come debitamente e previamente comunicato dalla Regione Sardegna alla Società appellante.

Entro il predetto termine la New Livingston avrebbe dovuto consegnare il documento richiesto e non l'ha fatto, a nulla rilevando che poi in quella data non si è proceduto alla stipula del contratto per altre ragioni del tutto indipendenti rispetto all'obbligo comunque sussistente di produrre per quella data la cauzione definitiva.

La difesa di parte appellante suggestivamente tenta di spostare in avanti la data fissata dalla disciplina di gara, ma lo fa sulla scorta di un giudizio per così dire ex post dei fatti accaduti, che non vale ad inficiare la già prefissata data.

In altri termini vi era un termine di presentazione della garanzia, quello coincidente con la data di stipula (quella del 13 marzo 2014), che già imponeva l'adempimento dell'onere di produzione della garanzia e senza che l'esecuzione o meno di tale adempimento si potesse collegare ad altri oneri documentali, sicché alla data suindicata non si può non registrare un primo comportamento omissivo a carico dell'aggiudicataria.

In relazione poi alla questione di cui al punto b), appare senz'altro ravvisabile in capo all'Amministrazione il potere di fissare, una volta riscontrato l'assenza dell'adempimento nella suindicata data, un ulteriore termine entro cui invitare perentoriamente la Società interessata ad adempiere.

E' accaduto così che la Regione con nota del 31 marzo 2014 ha invitato New Livingston a presentare improrogabilmente la polizza entro il successivo 4 aprile 2014: ora a parte il fatto che fino alla data del 31 marzo la polizza non era stata prodotta e ben avrebbe potuto la Società aggiudicataria procedere a depositare quanto richiesto, non si vede perché all'Amministrazione fosse precluso di fissare un altro termine, disposto peraltro in favore della Società fino allora comunque inadempiente.

Quanto infine alla deduzione di cui al punto c), parte appellante intende fare riferimento, conferendo ad essi decisiva valenza, ad alcuni fatti intervenuti prima della data "ultimativa" del 4 aprile 2014, precisamente a fine marzo, e riguardanti in particolare le trattative tra la stessa Società e l'istituto bancario scelto per il rilascio della garanzia.

Ma quelle indicate, a ben vedere, sono circostanze per così dire informali, che non possono avere rilevanza in ordine all'esecuzione dell'adempimento posto in capo alla Società aggiudicataria nel termine prestabilito (4 aprile 2014), se è vero che (come evidenziato nella e-mail di Banca Veneto del 24 aprile 2014) alla data del precedente 4 aprile, termine finale entro cui improrogabilmente far giungere la garanzia fideiussoria, la costituzione della cauzione definitiva non si era perfezionata, per cui altro è la produzione di una bozza di fideiussione e altro ancora è la fideiussione stessa, intesa come documento formalmente definito, rilasciato e prodotto.

Dai fatti esposti, come peraltro correttamente riportati nell'impugnato *decisum*, emerge che il comportamento omissivo si è pacificamente concretizzato (senza che peraltro si sia inverteva una causa impeditiva idonea a giustificare l'inadempimento); ed in ragione di tale acclarato inadempimento l'Amministrazione ben poteva disporre, in diretta applicazione della misura sanzionatoria prevista dalla legge (art. 113 comma 4 T.U. dei contratti pubblici), la decadenza dell'aggiudicazione.

Va respinto altresì il rilievo dedotto da parte appellante circa la mancata osservanza da parte della Regione Sardegna della indicazione delle ragioni di pubblico interesse da porsi a sostegno dell'adottato provvedimento: è appena il caso di far rilevare, come già accennato nell'incipit del "diritto", che la decadenza opera in via automatica, senza che residuo, a fronte della constatata inerzia a carico del soggetto aggiudicatario, margini di discrezionalità e/o poteri di esperire al riguardo altre indagini

Conclusivamente il ricorso, in quanto infondato, va respinto.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Non occorre pronunciarsi sulle spese in assenza di costituzioni delle parti intime.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo Rietta.

Nulla sulle spese

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)