

Publicato il 23/03/2023

N. 00521/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01270/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1270 del 2022, proposto da:

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia e Alfonso Erra, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Provincia di Foggia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

per l'annullamento,

previa adozione di idonee misure cautelari collegiali,

- della nota del Dirigente del Settore appalti, SUA e contratti della Provincia di Foggia prot. n. 50836/2022 del 17.10.2022, con la quale veniva respinta l'istanza del 22.9.2022 proposta dalla società Sicurezza e Ambiente per la

revoca dell'aggiudicazione definitiva alla ditta Zini Elio s.r.l. della gara per l'affidamento in concessione “del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali”;

- ove necessario e per quanto di ragione dei provvedimenti di data ed estremi sconosciuti di proroga del termine perentorio assegnato e/o di autorizzazione alla stipula del contratto, se e in quanto effettivamente adottati;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto di appalto stipulato;

e per l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara *de qua*, anche in esito allo scorrimento obbligatorio della graduatoria *ex art. 110* del decreto legislativo n. 50/2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Zini Elio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2023 per le parti i difensori Pasquale Procacci, su delega di Paolo Clarizia, per la società ricorrente e Sergio Cangelli, su delega di Andrea Stefanelli, per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La Provincia di Foggia indiceva una procedura aperta per l'affidamento in concessione del “servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali”.

La concessione avrebbe avuto durata di anni due prorogabile di ulteriori due anni.

Il valore stimato per il complessivo quadriennio risultava pari a € 400.000,00 (€ 200.000,00 x 2).

Alla gara partecipavano tre operatori economici e, tra questi, l'odierna ricorrente Sicurezza e Ambiente s.p.a., che si graduava al secondo posto con punti 90,75.

Al primo posto si collocava la ditta Zini Elio s.r.l. con punti 91,4.

Con determina n. 1775 del 9.12.2021 la gara *de qua* veniva aggiudicata alla Zini Elio.

Detta aggiudicazione veniva gravata dalla Sicurezza e Ambiente s.p.a. con ricorso r.g. n. 76/2022 innanzi a questo T.A.R., che tuttavia lo respingeva con sentenza del 27.4.2022, n. 575.

Nelle more della definizione del giudizio d'appello r.g. n. 4850/2022 proposto avverso detta sentenza, la Provincia di Foggia, con determina n. 681 del 16.5.2022, dichiarava l'efficacia dell'aggiudicazione.

Con successiva nota del 16.8.2022 l'Amministrazione intimata invitava l'aggiudicataria Zini Elio a produrre la documentazione di rito per la stipula del contratto.

E segnatamente chiedeva:

- «... 1. dichiarazioni societarie, ai sensi del DPCM n. 187 dell'11/05/1991;
2. ricevuta di bonifico bancario di € 1.600,00 per costituzione fondo spese contrattuali (imposta di bollo, imposta di registro e diritti di rogito, intestato a Provincia di Foggia - Servizio Economato sul c/c IBAN IT37U03069 15730 10000 0300001 presso Istituto Bancario Intesa San Paolo, sede di Foggia, con causale "affidamento Servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali);
3. ricevuta del Mod. F23 indicando al punto 6 Ufficio o Ente il codice TVX; al punto 11: codice tributo 456T; al punto 12: descrizione "Imposta di bollo per allegati al contratto: GT 927/2021 - affidamento servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e reintegra delle matrici ambientali compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali"; al punto 13 Importo € 64,00 per il Capitolato Tecnico;

4. Piano Operativo e Sostitutivo di sicurezza e coordinamento;
5. polizza Assicurativa o Bancaria per cauzione definitiva, ai sensi dell'art. 103, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 eventualmente ridotta ai sensi dell'art. 93, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016;
6. polizza assicurativa RC, comprensiva della Responsabilità Civile verso terzi, intestata specificatamente alla Provincia di Foggia come beneficiaria, per la copertura di tutti i danni derivanti dal mancato puntuale ripristino delle condizioni di sicurezza stradale post incidente, con massimale non inferiore ad € 5.000.000,00 = (cinquemilioni/00), con un numero di sinistri illimitato e con validità non inferiore alla durata della concessione. La polizza deve garantire sia le fasi di esecuzione dell'intervento, sia nel periodo successivo - sul manto stradale trattato con l'intervento di "pulitura ed eventuale manutenzione straordinaria" - l'assenza di particelle residue di liquidi inquinanti (lubrificanti, carburanti, refrigeranti, ecc.) o di detriti solidi, non biodegradabili, dispersi) frammenti di vetro, pezzi di plastica, lamiera, metallo, ecc.);
7. rimborso a questa Stazione Appaltante delle spese per la pubblicazione obbligatoria degli AVVISI e dei BANDI pari ad € 1.223,02 ai sensi dell'art. 5 del decreto del MIT 02/12/2016 sul c/c bancario di tesoreria Banca Intesa S. Paolo Iban: IT 76X030 6904 0131 0000 0046024. ...».

La nota *de qua* si concludeva con la seguente formulazione:

«Non ottemperando a quanto richiesto nei termini previsti si procederà, ai sensi dell'art. 93, comma 6, del Dlgs, alla revoca dell'aggiudicazione definitiva e all'escussione della cauzione presentata in sede di gara.».

La ditta Zini Elio riscontrava la cennata richiesta documentale in data 7.9.2022, oltre il termine assegnato.

Con nota del 22.9.2022 la ricorrente Sicurezza e Ambiente s.p.a. contestava la tardività della produzione documentale e diffidava la stazione appaltante a disporre "la revoca dell'aggiudicazione, così come espressamente previsto dalla stessa nota del 16/8/2022 penultimo rigo. In conseguenza della revoca,

il servizio andrà affidato alla scrivente società in virtù del parimenti doveroso scorrimento della graduatoria finale”.

Con la censurata nota prot. n. 50836 del 17.10.2022 la Provincia respingeva l'istanza della società Sicurezza e Ambiente, sulla scorta della seguente motivazione:

«... Si riscontra la Vs nota del 22/9/2022, ed a riguardo si evidenzia che la richiesta di documentazione effettuata in data 16/8/2022, è stata formulata secondo un modello standard che, con riferimento al termine in esso indicato, risponde ad una mera finalità acceleratoria.

In sostanza, nessun automatismo questo Ente ha voluto riconnettere al superamento del termine di 10 giorni, se è vero, come è documentalmente dimostrabile che mai si è proceduto alla revoca di una aggiudicazione definitiva al mero decorso di tale periodo, avendo sempre conferito preminenza all'interesse di entrambi le parti, operatore economico e P.A., di procedere alla stipula del contratto nel più breve periodo di tempo ragionevolmente possibile.

Nel caso specifico, poi il termine breve come da predetto modello, ha finito per includere involontariamente il periodo ferragostano che, è notorio, registra la chiusura delle aziende per ferie, oltre a rappresentare una oggettiva difficoltà per la stessa produzione della documentazione.

Tale circostanza è stata di fatto sottolineata dalla stessa società aggiudicatrice che, a mezzo dei suoi incaricati, il giorno 25 agosto u.s., prima dello scadere del termine in parola, ha comunicato il rientro dalle ferie e richiesto una data per l'invio della documentazione, regolarmente prodotta il 7.09.2022.

Non è inutile, infine, sottolineare l'ulteriore circostanza che questa Provincia ha protratto *motu proprio* per lungo termine la detta stipula, rispetto ad una aggiudicazione divenuta efficace sin dal 18 novembre 2021, in virtù del contenzioso insorto con la società rappresentata dalla S.V., con la conseguenza che l'aver superato di dodici giorni il termine assegnato per la produzione documentale, dopo l'arresto di circa 10 mesi del procedimento,

tra l'altro includendo il periodo di ferragosto, non si ritiene sufficiente a sancire una mancata collaborazione o una scarsa serietà dell'operatore economico, con la conseguenza che il richiesto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione risulterebbe assolutamente ingiustificato, nonché violativo del principio di proporzionalità ...».

Con istanza del 27.10.2022 la società interessata chiedeva accesso alle comunicazioni con le quali gli "incaricati" della ditta Zini Elio avrebbero richiesto "una data per l'invio della documentazione".

L'istanza rimaneva priva di riscontro.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la ricorrente Sicurezza e Ambiente s.p.a. impugnava i provvedimenti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

1) violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 85, comma 5, e 93 comma 6, del decreto legislativo n. dlgs 50/2016; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere; eccesso di potere per sviamento;

2) violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 85, comma 5, e 93 comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere; eccesso di potere per sviamento; illogicità; contraddittorietà;

3) violazione di legge; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere; eccesso di potere per sviamento.

2. - Si costituiva in giudizio la controinteressata Zini Elio s.r.l., resistendo al gravame.

3. - Le parti svolgevano difese in vista della pubblica udienza del 15 marzo 2023, nel corso della quale, all'esito della discussione orale, la causa passava in decisione su richiesta delle parti.

4. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso debba essere respinto in quanto infondato.

La ditta Sicurezza & Ambiente fonda i tre motivi di gravame sulla convinzione che la Provincia di Foggia abbia fissato un termine perentorio

per l'invio della documentazione necessaria per la stipula del contratto, che l'aggiudicataria Zini Elio non l'abbia rispettato e che, di conseguenza, debba derivarne la revoca dell'aggiudicazione e lo scorrimento della graduatoria in proprio favore.

La tesi sostenuta dalla parte ricorrente non è meritevole di positivo apprezzamento.

In primis, occorre tenere in considerazione la fase in cui versa la procedura.

Una volta perfezionatasi l'aggiudicazione, infatti, il rapporto che assume rilevanza è quello intersoggettivo e bilaterale fra i due contraenti, uno dei quali è già in taluni casi, e per effetto stesso dell'aggiudicazione, obbligato.

In tale fase sussistono sostanzialmente due doveri di collaborazione tra le parti: da un lato, l'Amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento avviato, sia a garanzia dell'interesse del privato aggiudicatario, sia a tutela dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'affidamento posto in essere; dall'altro, l'affidatario ha il dovere di collaborare nel fornire la documentazione necessaria ai fini della stipula, nonché di rispondere a eventuali richieste di chiarimenti da parte della Stazione appaltante.

Tale è la *ratio* delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50/2016) che, da un lato, impongono all'Amministrazione di stipulare il contratto entro un termine di sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione definitiva (cfr. art. 32) - efficacia che dipende dal buon esito dei controlli effettuati sul concorrente - e, dall'altro, definiscono termini in capo ai concorrenti, ad esempio, per comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione.

Tuttavia, fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione, e preliminare alla stipulazione del contratto, acquisisce un rilievo secondario il principio della parità di trattamento che induce invece a ritenere di norma perentori i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della procedura di gara: non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale, posizioni

di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario (in tal senso, T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 14.7.2007, n. 1643).

In tale ottica l'ANAC nel parere n. 4 del 2015 ha evidenziato che “sussiste in capo all'Amministrazione la possibilità di esercitare il potere di autotutela e, per l'effetto, dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria qualora l'affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto”.

Detto in altri termini, è l'Amministrazione che, nella fase successiva all'aggiudicazione, ha la facoltà di auto vincolarsi e di auto imporsi (di fissare) un termine perentorio per l'adempimento delle incombenze finalizzate alla stipulazione del contratto.

Ciò che conta, quindi, è la volontà dell'Amministrazione.

Nella fattispecie in esame è mancata la volontà della Provincia di avvalersi di tale facoltà e, nello specifico, di fissare un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria alla sottoscrizione del contratto.

A tal riguardo, va rilevato che nella nota del 16.8.2022 la Provincia si è limitata a richiedere che la consegna dei documenti avvenisse entro 10 giorni dal ricevimento della nota stessa, senza ulteriori indicazioni da cui potesse desumersi la perentorietà del termine, cosicché deve escludersi che dall'inosservanza dello stesso potessero automaticamente discendere le gravi conseguenze sanzionatorie tratte dalla ditta ricorrente.

Ma ciò che più rileva è che nella successiva nota del 17.10.2022, oggetto d'impugnazione, la Provincia chiarisce che “la richiesta di documentazione è stata formulata secondo un modello standard che, con riferimento al termine in esso indicato, risponde ad una mera finalità acceleratoria. In sostanza nessun automatismo questo Ente ha voluto riconnettere al superamento del termine dei 10 giorni ...”.

Ne discende che senza una vera intenzione dell'Amministrazione di fissare un termine perentorio non può sussistere nemmeno la violazione del termine da parte della controinteressata Zini.

Va, altresì, rilevato che le sentenze citate dalla parte ricorrente non sono pertinenti rispetto alla fattispecie oggetto di giudizio.

Riguardano infatti, da un lato, un caso in cui l'Amministrazione ha voluto fissare un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, e il Consiglio di Stato le ha riconosciuto il diritto di farlo anche in mancanza di espressa previsione nella *lex specialis* (sentenza del Consiglio di Stato n. 8685/2022 citata dalla ricorrente Sicurezza e Ambiente), volontà che qui - come detto - non si è manifestata.

Dall'altro, viene in rilievo un'ipotesi in cui, addirittura, il termine perentorio era previsto dalla legge di gara (sentenza del Consiglio di Stato n. 7302/2021), eventualità che, allo stesso modo, non si rinviene nella fattispecie in esame.

Invero, nel caso di specie gli unici riferimenti si rinvergono nell'art. XXV del disciplinare che, in fedele applicazione dell'art. 103, comma 3, del codice, si riferisce alla decadenza dall'aggiudicazione in caso di mancata presentazione della garanzia definitiva semplicemente "prima della stipula del contratto", nonché nell'art. 9, punto 8 del capitolato in cui, anche in questo caso, si richiede al concessionario la stipula di idonea polizza assicurativa "prima della stipula del contratto", senza specificare altro.

Occorre anche evidenziare che - sempre se voluta - la decadenza dell'aggiudicazione per il mancato rispetto del termine perentorio può avvenire qualora l'affidatario non collabori alla stipula del contratto a fronte delle richieste documentali ricevute (in tal senso, cfr. parere dell'ANAC n. 4/2015).

Nella vicenda per cui è causa non si può sostenere che la controinteressata Zini non abbia tenuto condotte collaborative con l'Amministrazione, dal momento che ha comunicato prima possibile il suo rientro dalle ferie e richiesto mediante mail del 25.8.2022 una data per l'invio della documentazione poi regolarmente prodotta il successivo 7.9.2022.

D'altronde, anche la stessa Amministrazione ha riconosciuto che "l'aver superato di dodici giorni il termine assegnato per la produzione documentale

[...] tra l'altro includendo il periodo di ferragosto, non si ritiene sufficiente a sancire una mancata collaborazione o una scarsa serietà dell'operatore economico".

Da tutto quanto sopra esposto ne deriva che il richiesto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione risulta ingiustificato, nonché violativo del principio di proporzionalità in base all'espressa volontà dell'Amministrazione di non voler considerare perentorio il termine per la consegna dei documenti necessari alla stipula del contratto e tenuto altresì conto che detto termine è stato fissato solo nell'interesse della pubblica Amministrazione.

5. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso.

5.1. - Essendo stata riscontrata la legittimità dei provvedimenti censurati con l'atto introduttivo, non può trovare accoglimento la domanda azionata dalla ricorrente finalizzata alla declaratoria d'inefficacia del contratto di appalto stipulato e all'accertamento del proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara *de qua*.

6. - In considerazione della peculiarità della controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO