

Publicato il 02/03/2021

**N. 00177/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00390/2020 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 le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

A) sul ricorso numero di registro generale 390 del 2020, proposto da Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Marche Multiservizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Bucci e Giovanni Cicerchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- del provvedimento prot. n. 7991 del 6 luglio 2020, con il quale il R.U.P. ha disposto di procedere alla escussione della cauzione provvisoria a danno della Teknoservice S.r.l.;
- della nota prot. 2141/20 del 14 febbraio 2020, con la quale MMS si è riservata di escutere la cauzione;

- di ogni atto ad essi presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto;

B) sul ricorso incidentale depositato da Marche Multiservizi S.p.A. il 28 settembre 2020

per la condanna

di Teknoservice S.r.l. al pagamento della cauzione provvisoria prestata con riferimento all'appalto in esame, pari ad € 111.200,00 o, in via subordinata, al pagamento, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c. al pagamento dell'importo stabilito equitativamente in € 111.200,00 a titolo di ristoro del danno patrimoniale e non patrimoniale subito da Marche Multiservizi S.p.A.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Marche Multiservizi S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Tommaso Capitanio e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Teknoservice S.r.l., azienda che opera nel settore della raccolta e gestione dei rifiuti, espone quanto segue.

1.1. Essa ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto indetta nel 2019 da Marche Multiservizi S.p.A. (di seguito "MMS") per l'affidamento dei servizi di raccolta rifiuti "porta a porta", spazzamento manuale e servizi collaterali in favore dei Comuni ricadenti nel territorio di competenza della stessa MMS.

Alla procedura hanno partecipato solo due operatori economici, ossia l'a.t.i. capeggiata da Stirano S.r.l. (la quale poi ha poi cambiato denominazione in Egea Ambiente S.r.l.) e la stessa Teknoservice. Inizialmente l'appalto era stato aggiudicato all'a.t.i. Stirano, ma con ricorso iscritto al n. 435/2019 R.G.,

Teknoservice aveva impugnato davanti a questo T.A.R. gli esiti della gara. L'a.t.i. controinteressata, oltre a resistere al ricorso principale, aveva proposto ricorso incidentale.

In entrambe le impugnative, i due operatori si sono reciprocamente contestati omissioni dichiarative di precedenti errori professionali rilevanti ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

1.2. Prima ancora che il Tribunale assumesse una qualsiasi decisione, la stazione appaltante aveva ritenuto di esaminare *ex officio* le questioni sollevate nel ricorso principale e in quello incidentale, pervenendo, all'esito dell'istruttoria, alla conferma dell'ammissione di entrambi i concorrenti.

Questi ultimi, non condividendo tale decisione, proponevano motivi aggiunti sia al ricorso principale che a quello incidentale.

1.3. Con sentenza n. 79/2020 questo Tribunale ha ritenuto illegittimi i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti ed ha quindi accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, di talché la gara è andata deserta.

Con la sentenza n. 4227/2020 il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado.

1.4. All'esito del deposito della pronuncia di appello, MMS ha provveduto ad escutere la cauzione provvisoria a suo tempo costituita da Teknoservice, senza peraltro comunicare alla ditta l'avvio del procedimento.

2. La ricorrente censura l'operato della stazione appaltante per i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.

Al riguardo Teknoservice evidenzia quanto segue:

- essa ricorrente è giunta seconda nella gara di appalto bandita da MMS e tale situazione è rimasta immutata sia in sede amministrativa (visto che MMS, all'esito del vaglio effettuato sulle censure reciprocamente escludenti contenute nel ricorso principale ed incidentale, ha confermato l'aggiudicazione a favore dell'a.t.i. Stirano), sia in sede giudiziaria (visto che sia

il T.A.R. che il Consiglio di Stato hanno accolto entrambi i ricorsi, di talché in nessun momento Teknoservice è risultata aggiudicataria);

- ma se così è, ne consegue l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante in quanto, ai sensi dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, l'escussione della cauzione provvisoria si applica solo all'aggiudicatario, come ritenuto dalla giurisprudenza più recente (TAR Lazio, n. 1553/2020 e sentenze ivi richiamate; TAR Piemonte, n. 271/2020; Cons. Stato, n. 1603/2020);

- la stessa stazione appaltante, conscia di ciò, ha tentato di argomentare che Teknoservice, sia pure per un breve attimo, sarebbe stata aggiudicataria *in pectore*, e ciò nel momento in cui il T.A.R. ha accolto il suo ricorso. Tale assunto è però erroneo, visto che sia il T.A.R. che il Consiglio di Stato hanno accolto tanto il ricorso principale quanto quello incidentale, per cui le sentenze di primo e secondo grado hanno determinato unicamente la deserzione della gara, senza che il concorrente secondo graduato (a sua volta escluso) sia mai subentrato al primo. E, peraltro, tale subentro avrebbe dovuto essere disposto da MMS con un provvedimento formale, non potendo discendere per implicito dalla decisione del giudice;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.

Con il secondo motivo, Teknoservice evidenzia che:

- l'art. 93, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 dispone che “5. *La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione*”;

- l'art. 3, let. f), del disciplinare della presente gara aveva previsto che “*La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione*

*dell'offerta, e deve essere corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando (ossia ulteriori 180 gg), nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione';*

- dal combinato disposto delle suddette disposizioni si evince che la garanzia ha efficacia per 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, ed è rinnovabile per ulteriori 180 giorni nel solo caso in cui, alla scadenza dei primi sei mesi, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione. Con riguardo alla presente gara, il termine di presentazione delle offerte fissato dal bando scadeva il giorno 5 giugno 2019, mentre il provvedimento con cui la stazione appaltante ha azionato l'escussione della cauzione è del 6 luglio 2020, ed è quindi intervenuto a ben 397 giorni di distanza dal giorno in cui la cauzione è stata presentata in gara (al momento in cui la richiesta di escussione è stata effettuata, dunque, era irrimediabilmente decorso sia il primo termine di 180 giorni, che anche il secondo termine di 180 giorni);

- come affermato dalla giurisprudenza, l'escussione disposta quando è decorso il termine di efficacia della garanzia è irrimediabilmente invalida (Cons. Stato, n. 3190/2020 e n. 1695/2018);

- non ha poi alcun rilievo la nota del 14 febbraio 2020, con la quale MMS ha chiesto al garante di tenere vincolata la cauzione, nelle more della decisione della controversia in Consiglio di Stato, non consentendo lo svincolo della cauzione. Tale nota è illegittima giacché: i) il disciplinare di gara all'art. 3.4., punto 3, lett. f), e l'art. 93, comma 5, del Codice prevedono che la proroga della scadenza della garanzia possa essere fatta in corso di gara e prima che intervenga l'aggiudicazione, mentre nella specie l'aggiudicazione era già intervenuta in data 30 luglio 2019, sicché l'amministrazione aveva, all'atto dell'aggiudicazione, esaurito i propri poteri di chiedere la proroga della scadenza della cauzione; ii) la richiesta di proroga del termine di scadenza deve intervenire prima che tale termine sia decorso. Nel caso di specie la richiesta formulata in data 14 febbraio 2020 è certamente intempestiva,

giacché prodotta a distanza di 254 giorni dalla data di presentazione delle offerte, quando oramai la garanzia era già scaduta. Non possono infatti protrarsi gli effetti di un atto allorquando la sua validità, e dunque la sua efficacia, è già cessata; iii) e quand'anche si volesse ritenere tempestiva la richiesta di proroga, tale richiesta non può consistere in una proroga *sine die*, e procrastinare il periodo di validità della cauzione oltre quello espressamente previsto dall'art. 3.4, numero 3, lett. f), del disciplinare di gara, che fissa tale periodo nel massimo di 360 giorni;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.

*In parte qua* la ricorrente evidenzia che:

- la giurisprudenza ritiene che la cauzione provvisoria presentata in una procedura ad evidenza pubblica debba essere qualificata alla stregua di una caparra confirmatoria (Cons. Stato, n. 2408/2020);

- come autorevolmente stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 34 del 2014, “...l'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica...” ed essa “...costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente...”, per cui l'escussione integra “...una misura autonoma ed ulteriore (rispetto alla esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza), che costituisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'amministrazione, un distinto rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa)...”;

- in tale ottica, l'escussione della cauzione serve dunque a “sanzionare” la poca diligenza usata dall'operatore economico che, nel partecipare alla gara, abbia violato il patto di integrità al quale si vincola ogni concorrente;

- nella specie, però, rileva il fatto che MMS, avendo autonomamente ritenuto non rilevanti le omissioni dichiarative di Teknoservice, ha dato causa

direttamente alla illegittima ammissione del concorrente alla gara, per cui l'errore è stato commesso quantomeno sia dal concorrente (che non aveva dichiarato una precedente risoluzione contrattuale), sia dall'amministrazione (che ha ritenuto non sanzionabile tale omissione);

- non è pertanto corretto, alla luce di consolidati principi civilistici nonché dei precetti scolpiti dagli artt. 3 e 97 Cost., addossare le responsabilità di tale errore unicamente sul concorrente, lasciando del tutto indenne la stazione appaltante;

- va stigmatizzato un ulteriore profilo di illegittimità della richiesta di escussione. Come è noto, all'epoca di svolgimento della gara erano presenti in giurisprudenza due distinti orientamenti: secondo un primo indirizzo, l'omessa dichiarazione di un episodio astrattamente riconducibile alla categoria dell'errore professionale, avrebbe comportato l'automatica esclusione del concorrente; secondo un altro orientamento, invece, occorre distinguere tra dichiarazione falsa e dichiarazione omessa: solo la prima comporta l'automatica esclusione della impresa partecipante, laddove la seconda, come unica conseguenza, fa sorgere un onere valutativo dell'episodio omesso, che deve essere vagliato dalla stazione appaltante. Con il provvedimento del 27 novembre 2019, MMS aveva aderito al secondo orientamento, mentre il T.A.R. Marche e il Consiglio di Stato hanno aderito al primo orientamento;

- sulla questione è *medio tempore* intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 16 del 2020), stabilendo che le omesse dichiarazioni non comportano l'esclusione, ma solo l'obbligo che la stazione appaltante valuti l'episodio non dichiarato;

- ancorché il principio affermato dall'Adunanza Plenaria non rilevi nell'odierno giudizio, va considerata la peculiarità della vicenda che aveva dato luogo alla risoluzione contrattuale non dichiarata da Teknoservice.

Decidendo la controversia insorta *inter partes*, il competente Tribunale di Bari ha statuito:

- i) di condannare il committente pubblico a restituire a Teknoservice € 27.500,00 indebitamente trattenute a titolo di penali contrattuali;
- ii) di condannare Teknoservice a pagare al committente pubblico la somma di € 25.000,00 a titolo di risarcimento del danno all'immagine del Comune prodotto da presunti disservizi in cui sarebbe incorsa l'impresa.

Dalla lettura della sentenza emerge poi che il committente pubblico ha applicato a Teknoservice penalità per un importo complessivo pari allo 0,4% del valore del contratto, per cui le inadempienze dell'appaltatore sono da considerare decisamente marginali (la quale cosa è confermata dal fatto che, successivamente, fra le parti è stato stipulato un atto transattivo nel quale si dichiara "...che non è venuto meno il vincolo fiduciario tra le parti...");

d) violazione e falsa applicazione dell'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. e dell'art. 1385 c.c. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto.

Con il quarto motivo, dopo aver ribadito che, secondo la giurisprudenza, la cauzione provvisoria ha natura di caparra confirmatoria, Teknoservice evidenzia che:

- la Corte Costituzionale, nel giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 1385, secondo comma, c.c. (nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma prevista a titolo di caparra confirmatoria in ipotesi di manifesta sproporzione o in presenza di altri giustificati motivi), ha stabilito che il giudice può rilevare *ex officio* la nullità della clausola che stabilisce l'importo della caparra, laddove questo sia eccessivo rispetto al valore del contratto, e rideterminare in riduzione tale importo (ordinanza n. 248 del 2013);
- analoghe conclusioni ha rassegnato la Corte di Giustizia UE nella sentenza 28 febbraio 2018, in cause C-523/16 e C-536/16, relativa all'istituto del soccorso istruttorio "a pagamento" (art. 38, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006). Poiché l'art. 38, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006 prevedeva una disciplina non troppo dissimile da quella pretesamente invocata nella



specie da MMS, ne consegue che le conclusioni a cui è pervenuta la CGUE sono applicabili anche all'escussione della cauzione;

e) in via subordinata, contrasto dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 con le direttive comunitarie sugli appalti (per cui si chiede al Tribunale di disporre un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE);

f) in via ugualmente subordinata, incostituzionalità dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 (per cui si chiede al Tribunale di sollevare la relativa questione davanti alla Consulta).

3. MMS, oltre a resistere al ricorso principale, in data 28 settembre 2020 ha depositato un ricorso incidentale recante due domande riconvenzionali:

- con la prima, proposta in via prioritaria, si chiede la condanna della ricorrente al pagamento della somma corrispondente alla cauzione provvisoria (€ 111.200,00);

- con la seconda, proposta in via gradata, si chiede la condanna di Teknoservice, a titolo di responsabilità precontrattuale *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale all'immagine e alla reputazione di Marche Multiservizi. Il danno viene quantificato in via equitativa sempre in € 111.200,00.

4. Teknoservice, con le memorie conclusionali, ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso incidentale (e ciò sul presupposto che la competenza a conoscere delle domande proposte in via riconvenzionale da MMS appartiene all'A.G.O.), chiedendone in ogni caso il rigetto nel merito.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 24 febbraio 2021.

## DIRITTO

5. Il ricorso principale va respinto, dal che consegue in ogni caso la declaratoria di improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, delle domande riconvenzionali proposte da MMS.

6. Con riguardo al primo motivo del ricorso principale, il Collegio osserva quanto segue.

6.1. E' certamente vero che negli ultimi tempi si sta formando un orientamento giurisprudenziale - al momento minoritario - secondo il quale l'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. si applica solo al concorrente individuato quale aggiudicatario, il che discenderebbe sia dalla diversa formulazione della norma rispetto a quella recata dal previgente art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, sia dal fatto che l'attuale Codice dei Contratti pubblici, a differenza di quello del 2006 (art. 48), non prevede più la verifica a campione circa il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di ammissione alla gara.

6.2. Premesso che questo secondo presupposto trova effettivamente conferma nel D.Lgs. n. 50/2016, quanto al primo profilo si deve rilevare che la formulazione dell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 (il quale recitava *“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”*) è del tutto simile a quella dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 (il quale prevede che *“La garanzia 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 decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”*). Non può infatti essere attribuita soverchia rilevanza all'inciso *“...dopo l'aggiudicazione...”*, visto che in assenza di aggiudicazione non si potrebbe porre il problema della mancata stipula del contratto.

6.3. E, peraltro, il D.Lgs. n. 50/2016 contiene una norma - specificamente dettata per l'avvalimento, ma che obbedisce alla stessa *ratio* su cui fonda l'orientamento giurisprudenziale compendiato nella sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria - la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria a danno anche dei concorrenti non risultati aggiudicatari: si tratta, come è noto, dell'art. 89, comma 1, terzultimo periodo (secondo cui *“Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei*

*confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia”).*

6.4. E' vero che la sciatteria redazionale che attualmente connota, salvo rare eccezioni, la produzione normativa non consente di escludere a priori la presenza all'interno di un *corpus* normativo unitario di norme *extravagantes*, ma nella specie la norma dettata per l'avvalimento non può essere qualificata tale, visto che essa, come detto, corrisponde ad un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato sino a pochissimi anni fa (e confermato anche da recentissime sentenze - *ex multis*, TAR Lazio, 11 febbraio 2021 n. 1740).

6.5. Il Tribunale, pur prendendo atto dell'orientamento minoritario di cui si dà ampio conto in ricorso, ritiene di dover aderire a quello che aveva trovato compiuta espressione nella più volte citata sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria (alla cui esaustiva motivazione si rimanda per ragioni di brevità), aggiungendo che:

- a ben vedere, non si può sostenere che l'orientamento minoritario fatto proprio da alcuni TT.AA.RR. abbia trovato espressa conferma in secondo grado. In effetti, la sentenza del Consiglio di Stato n. 1603/2020 richiamata in ricorso non può assolutamente essere letta nel senso patrocinato da Teknoservice, visto che in quel caso la decisione della stazione appaltante di escludere la cauzione provvisoria non è stata ritenuta illegittima in quanto assunta a danno di un concorrente non risultato aggiudicatario, bensì perché in esecuzione della sentenza n. 1603/2020 la stazione appaltante era chiamata a rivalutare la posizione del concorrente (*in parte qua* la sentenza n. 1603 recita testualmente “*Va invece accolto il motivo di censura indirizzato nei confronti del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria, in quanto, nella tratteggiata fase di rivalutazione che consegue all'accoglimento del terzo motivo incidentale...*”), il quale è stato dunque “riammesso in gara” dal Consiglio di Stato e, per tale motivo, non poteva al momento subire la “sanzione accessoria” che consegue all'esclusione;

- a identica conclusione deve pervenirsi con riguardo alla successiva sentenza n. 6620/2020, richiamata da Teknoservice nella memoria difensiva del 23 gennaio 2021, in quanto in quel caso il Consiglio di Stato era chiamato a dirimere una controversia fra la stazione appaltante e l'aggiudicatario (ed in particolare a stabilire se la mancata stipula del contratto fosse stata dovuta a "fatto" addebitabile a quest'ultimo). Ne consegue che in questo caso il richiamo alla formulazione dell'art. 93, comma 6, era del tutto neutro rispetto alla questione qui controversa. E neanche la sentenza del Consiglio di Stato n. 8546/2020, richiamata dalla società ricorrente nelle note di udienza conclusionali, è utilmente invocabile, visto che anch'essa riguarda una controversia fra stazione appaltante e aggiudicatario.

6.6. In ragione di quanto precede, e poiché l'escussione della cauzione costituisce un atto vincolato, non rileva l'erroneità del rilievo svolto dal RUP nel provvedimento impugnato circa il fatto che Teknoservice sarebbe stata virtualmente aggiudicataria (sia pure per un breve attimo) della presente gara. L'assunto, come correttamente evidenziato da Teknoservice, è certamente infondato dal punto di vista giuridico, ma ciò non rileva ai fini della presente decisione, anche perché, a ben guardare, lo stesso RUP ha indicato anzitutto nella definitiva esclusione dalla gara di Teknoservice il presupposto che giustifica l'incameramento della cauzione (tale circostanza è infatti riportata in grassetto sottolineato).

Il primo motivo deve dunque essere dichiarato infondato.

7. Analoga conclusione deve essere rassegnata con riguardo al secondo motivo, ritenendo il Collegio di aderire alle argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato in varie decisioni richiamate dalla difesa di MMS. In particolare, nelle sentenze n. 4050 e n. 5425 del 2019, il giudice amministrativo di secondo grado ha evidenziato che:

- *"...Come afferma infatti la giurisprudenza amministrativa a proposito dell'analoga questione relativa al termine minimo di vincolatività dell'offerta, lo scopo di tale termine non è già quello di circoscrivere temporalmente l'efficacia dell'impegno contrattuale del*

*concorrente, ma di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara (cfr. di recente: Cons. Stato, V, 17 giugno 2019, n. 4050). Secondo questa ricostruzione la scadenza del termine di durata dell'offerta non ne determina pertanto la sopravvenuta inefficacia, ma consente al concorrente di ritirarla senza essere perciò soggetto ad alcuna conseguenza sfavorevole. Perché ciò avvenga occorre dunque una manifestazione di volontà, in assenza della quale l'offerta può sempre essere accettata dall'amministrazione, attraverso l'aggiudicazione. Le considerazioni ora svolte possono quindi essere estese alla cauzione provvisoria, che dell'offerta è elemento accessorio, avente la funzione di garantirne la serietà (si veda, per tutte: Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34) e possono essere applicate al caso di specie, dal momento che l'originaria ricorrente non ha mai espresso l'intenzione di ritirare la propria cauzione provvisoria..."; "...l'interesse e la conferma dell'offerta ben possono desumersi dal comportamento concludente del concorrente, quale ad esempio la presentazione delle giustificazioni di anomalia..." (oppure, aggiunge il Collegio, l'impugnazione degli esiti della gara).*

D'altro canto, come correttamente evidenzia la difesa di MMS, nella specie Teknoservice aveva interesse alla conservazione della validità della cauzione anche per il periodo in cui si sono protratti il giudizio di primo e secondo grado, visto che in caso di esito favorevole di tali giudizi essa avrebbe conseguito l'aggiudicazione. Né si può pensare che, decorso il periodo massimo previsto dal bando, solo l'offerta conservi validità, visto che un'offerta non assistita da una valida cauzione deve essere esclusa.

Quindi, come sottolinea l'amministrazione resistente, il decorso del termine massimo previsto dal bando consente unicamente al concorrente che non ritenga più utile attendere l'esito della procedura di ritirare la propria offerta senza subire conseguenze e di pretendere lo svincolo della cauzione provvisoria. Ma se il concorrente non si avvale di tali facoltà o, comunque, non manifesta *per facta concludentia* una diversa volontà, l'offerta e la cauzione provvisoria restano valide.

8. Il terzo e il quarto motivo possono essere esaminati congiuntamente, visto che *in parte qua* la ricorrente introduce argomenti di natura civilistica fra loro collegati.

8.1. Partendo dalla qualificazione normativa della cauzione provvisoria, si osserva quanto segue.

8.1.1. Nell'economia della sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria l'inciso relativo all'assimilazione della cauzione provvisoria alla caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) ha una rilevanza del tutto secondaria, visto che l'Adunanza era chiamata a pronunciarsi su un quesito specifico che prescindeva dalla natura giuridica dell'istituto che viene in rilievo nel presente giudizio.

Ad ogni buon conto, l'assimilazione, oltre ad essere inutile, non appare giuridicamente corretta, visto che la caparra confirmatoria presuppone la consegna anticipata da parte di uno dei contraenti all'altro contraente di una "porzione" della prestazione contrattuale (tanto è vero che, laddove l'esecuzione del contratto non faccia registrare eventi patologici, la caparra viene restituita oppure, ed è il caso più frequente, imputata alla prestazione). Nulla di tutto questo è osservabile con riguardo alla cauzione provvisoria, visto che essa non può in alcun modo essere intesa come un "anticipo" della prestazione che sarà dovuta dal contraente privato.

8.1.2. Né, nei rapporti fra i privati, sussistono le medesime ulteriori e specifiche esigenze che l'Adunanza Plenaria ha valorizzato nella sentenza n. 34 del 2014 (ossia la necessità di "*...responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando...*"). Nei rapporti fra privati, infatti, la fase delle trattative precontrattuali trova compiuta disciplina nell'art. 1337 c.c., il quale non impone affatto la prestazione di cauzioni a garanzia della serietà dell'impegno a contrarre, essendo ciò rimesso alla libera volontà dei potenziali contraenti.

E' invece vero che, al pari di ciò che accade sia nel caso della clausola penale che della caparra confirmatoria, la cauzione provvisoria ha la funzione di liquidare *ex ante* il danno subito dalla parte fedele (ossia, nel caso delle gare ad evidenza pubblica, dalla stazione appaltante) per effetto del comportamento omissivo, negligente, etc., del concorrente escluso, ma questo non implica la necessità di ricondurre la cauzione provvisoria ad un istituto civilistico in qualche modo assimilabile.

8.1.3. Il diritto amministrativo, infatti, ad onta di quanto sembra emergere dalla continua opera di “tentata civilizzazione” in atto da alcuni lustri (si pensi, al riguardo, ai continui rimaneggiamenti dei pertinenti articoli della L. n. 241/1990), continua a possedere delle peculiarità che corrispondono ai principi generali sanciti dall’art. 97 Cost. E, in questo senso, è sufficiente rimarcare che, come già accennato, le stazioni appaltanti sono obbligate, salvo eventuali deroghe previste dalla legge, a pretendere la costituzione della cauzione provvisoria da parte di coloro che intendono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, e questo perché la garanzia della regolarità e della celerità di tali procedure è un valore la cui tutela non è rimessa alla libera scelta dell’amministrazione aggiudicatrice, ma è imposta a monte dal legislatore.

La cauzione provvisoria, dunque, è un istituto specifico del diritto pubblico, che denota certamente analogie con alcuni istituti privatistici ma che obbedisce a logiche sue proprie e che va ricostruito ed applicato in base alle norme pubblicistiche che lo disciplinano.

8.1.4. E, in questo senso, per giurisprudenza assolutamente granitica la decisione circa l’escussione della cauzione nei casi previsti dalla legge non richiede il previo accertamento della “colpa” in capo al concorrente che è incorso nell’esclusione (in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, n. 2531/2016 e TAR Lazio, n. 1740/2021, già citata), mentre tale accertamento è previsto solo nei riguardi dell’aggiudicatario che non stipula il contratto (art. 93, comma 6: “*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo*

*l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario...*". Per la verità anche il comma 6 prevede una fattispecie di "responsabilità oggettiva", nel caso di mancata stipula dovuta "*...all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*".

Ma in questo non è ravvisabile alcuna disparità di trattamento, visto che:

- le ragioni che possono portare alla mancata stipula del contratto sono molteplici e non tutte afferenti alla sfera di disponibilità dell'aggiudicatario (si pensi al caso, statisticamente più frequente, del ritardo nella predisposizione del contratto dovuto in parte a lungaggini burocratiche e in parte a inerzia dell'aggiudicatario). Ne consegue che, ai fini dell'escussione della cauzione, è necessario accertare l'imputabilità della mancata stipula;
- i casi di esclusione dalla gara che sono sanzionati anche con l'escussione della cauzione attengono invece a fatti e circostanze che sono nella piena disponibilità del concorrente (si tratta, infatti, di dichiarazioni omesse, false o ingannevoli relative al possesso dei requisiti di moralità, tecnici e finanziari previsti dal bando quali requisiti di ammissione), di talché la conferma (per inoppugnabilità dell'atto di esclusione o per decisione del giudice), dell'esclusione implica *ex se* l'imputabilità della condotta che ha determinato il provvedimento espulsivo.

Nella specie, dunque, l'escussione della cauzione non richiedeva alcun accertamento circa la imputabilità dell'esclusione alla società ricorrente.

8.1.5. Non rilevano pertanto le vicende relative alla risoluzione contrattuale che Teknoservice aveva omesso di dichiarare nella presente gara, anche se non si può fare a meno di osservare che, seppure è vero che il Tribunale di Bari ha in parte riconosciuto le ragioni della odierna ricorrente, è altrettanto vero che lo stesso Tribunale:

- in primo (e dirimente) luogo, ha pronunciato la risoluzione del contratto di appalto per grave inadempimento dell'appaltatore;
- in secondo luogo, ha altresì condannato quest'ultimo al risarcimento del danno all'immagine subito dal committente pubblico.



Non risponde quindi al vero che le inadempienze addebitate a Teknoservice fossero di poco conto.

Ne consegue ulteriormente che la risoluzione contrattuale andava dichiarata e che è stata l'omessa dichiarazione a dare luogo all'esclusione.

A questo riguardo va infatti osservato che:

- una volta che l'ammissione di Teknoservice era stata contestata con ricorso incidentale (e successivi motivi aggiunti allo stesso) dall'a.t.i. aggiudicataria, l'attività istruttoria posta in essere spontaneamente da MMS e sfociata nella conferma dell'ammissione di entrambi i concorrenti non possedeva autonoma forza decisionale;

- infatti, poiché ormai della questione era investito il giudice, era solo la decisione di quest'ultimo a poter stabilire o che l'ammissione era legittima *ab initio* oppure che l'omissione dichiarativa posta in essere da Teknoservice sussisteva *ab origine*. Il Tribunale, come risulta dal § 2.3. della sentenza n. 79/2020, ha optato per questa seconda ipotesi, stabilendo che *“L'obbligo dichiarativo nasceva per il semplice fatto che la gravità dell'inadempimento era stata accertata giudizialmente e ciò imponeva a Teknoservice di fornire, alla stazione appaltante, tutti gli elementi per valutare la vicenda, come poi avvenuto attraverso il supplemento istruttorio avviato da Marche Multiservizi a seguito del ricorso incidentale. Ciò comprova che le informazioni taciute erano rilevanti per il corretto svolgimento della procedura di selezione, con possibile influenza (in favore Teknoservice) sul processo decisionale della stazione appaltante...”*. Il Consiglio di Stato ha confermato *in parte qua* la sentenza di prime cure statuendo che *“Parimenti infondato si palesa il secondo motivo dell'appello incidentale, riguardante la sussistenza della violazione dell'obbligo dichiarativo da parte della Teknoservice ed il suo valore escludente...”*.

Pertanto, il provvedimento con cui MMS ha confermato l'ammissione dei due concorrenti si rivela neutro rispetto al profilo di che trattasi, avendo unicamente *“prolungato l'agonia”* dell'a.t.i. Stirano e di Teknoservice, le quali erano sin dall'inizio votate all'esclusione.

8.2. Quanto invece al fatto che l'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016 non prevede la possibilità della riduzione della cauzione, si possono svolgere le seguenti osservazioni.

8.2.1. In generale, le considerazioni esposte al precedente § 8.1. escludono l'applicabilità alla cauzione provvisoria degli artt. 1384 e 1385 c.c., nella lettura coordinata che ne ha dato la Corte Costituzionale con la richiamata ordinanza n. 248 del 2013.

Peraltro, le conclusioni a cui è pervenuta la Corte Costituzionale sono discutibili, atteso che:

- l'ordinanza n. 248 del 2013 (a cui ha fatto seguito l'analoga decisione n. 77 del 2014) muove dal presupposto secondo cui il potere del giudice civile di modificare la clausola contrattuale che stabilisce la misura della caparra confirmatoria discende dal fatto che l'art. 2 Cost., per il tramite del canone della buona fede, entra direttamente nel contratto e impone quindi al giudice, alla luce del dovere di solidarietà sociale, di "riequilibrare" i patti negoziali gravemente sbilanciati a danno di una delle parti. Come è noto, questa peculiare lettura dell'art. 2 Cost. non è condivisa da una parte della dottrina, e ciò perché la diretta applicazione di norme costituzionali ai singoli rapporti giuridici, in assenza di parametri oggettivi (quale è, infatti, la misura della solidarietà sociale che il giudice dovrebbe considerare adeguata?), rischia di attribuire eccessivo potere al giudice e di sovvertire patti negoziali liberamente sottoscritti dalle parti;

- peraltro, la Corte di Cassazione, con orientamento costante e granitico (si vedano, *ex multis*, le sentenze n. 14776/2014 e, da ultimo, n. 17715/2020), afferma che il potere di riduzione previsto dall'art. 1384 c.c. per la clausola penale non è applicabile alla caparra confirmatoria e ciò in ragione delle *"....chiare differenze, sia sul piano strutturale che funzionale, intercorrenti tra la figura della clausola penale e quella della caparra confirmatoria. Ed invero, se la prima viene tradizionalmente considerata come un patto accessorio di un contratto con funzione, insieme, di coercizione all'adempimento e di predeterminazione del risarcimento dovuto, in caso di*

*inadempimento, la caparra confirmatoria, pur assolvendo anch'essa una funzione di preventiva liquidazione del danno, per il caso dell'altrui inadempimento, svolge altresì la funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento. La delineata diversità tra le due figure giustifica la scelta del legislatore di riferire alla sola riduzione della penale il potere del giudice di incidere sulle pattuizioni delle parti. Nè può ritenersi che la norma dell'art. 1384 c.c., prevedente il potere del giudice di ridurre equamente la clausola penale, cui testualmente si riferisce, sia applicabile analogicamente oltre l'ambito di detta clausola, trattandosi di norma la quale, come ha già avuto modo di statuire questa Corte, ha carattere eccezionale (Cass. n. 9504 del 2010; Cass. n. 13120 del 1997; Cass. n. 1209 del 1987; Cass. n. 1143 del 1982, cit.; Cass. n. 4052 del 1978). Ed invero, la disposizione dell'art. 1384 c.c., contemplando l'attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 c.c., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste'.*

Ad ogni buon conto, come acutamente evidenziato dalla Cassazione nella citata sentenza n. 17715/2020, nell'ordinanza n. 248 del 2013 la stessa Corte Costituzionale aveva in primo luogo dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c. per il fatto che il giudice *a quo* "... nel presupporre un oggettivo ed insuperabile automatismo tra l'inadempimento dell'accipiens o del tradens, e, rispettivamente, la restituzione del doppio, ovvero la ritenzione, della caparra confirmatoria - [...] aveva omesso di considerare, al fine del decidere, che ciò che viene in rilievo, anche nel contesto della disciplina del recesso recata dall'art. 1385 c.c., è comunque un inadempimento "gravemente colpevole (...), cioè imputabile (ex artt. 1218 e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1456 c.c.)..."

8.2.2. Riprendendo quanto detto all'inizio del § 8.2.1. va poi osservato che:

- anche a voler considerare il problema di fondo rilevato dal giudice *a quo* che aveva rimesso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c. (ossia

il grave squilibrio fra le parti derivante dalla misura eccessiva della caparra), tale scenario non è ravvisabile nel caso di specie;

- infatti, dal punto di vista meramente quantitativo va adeguatamente considerato che un conto è una caparra confirmatoria pari al doppio di quella versata *ab initio* dall'altra parte, altro conto è un deposito cauzionale pari al 2% dell'importo dell'appalto;

- inoltre, non è affatto vero che l'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016 non prevede alcuna possibilità di ridurre l'importo della cauzione provvisoria. Infatti, al comma 1, l'art. 93 prevede che l'importo della cauzione sia determinato dalla stazione appaltante in una percentuale che va dall'1% al 4% dell'importo a base d'asta (il 2% è invece la misura "ordinaria"), mentre al comma 7 prevede tutta una serie di fattispecie che danno diritto alla dimidiazione o alla riduzione del 30% o del 15% della cauzione (per inciso, come eccepito da MMS, la stessa Teknoservice si era avvalsa di tale riduzione nella presente gara).

La peculiarità sta nel fatto che l'importo della cauzione viene determinato *ab initio* della stazione appaltante, ma questo non dà luogo ad alcuna lesione del principio di parità fra le parti, visto che nella fase di svolgimento della gara l'amministrazione aggiudicatrice opera come autorità e non come contraente e che, come detto, la cauzione ha soprattutto una finalità pubblicistica (ossia contribuire, unitamente alle altre specifiche "sanzioni", a garantire la regolarità delle procedure ad evidenza pubblica) sconosciuta alla caparra confirmatoria.

8.3. In ragione di quanto precede, il Collegio non ravvisa i presupposti per sottoporre alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016.

9. Con riferimento, invece, alla dedotta questione di compatibilità comunitaria della norma in commento, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

9.1. Le conclusioni a cui è pervenuta la Corte di Giustizia nella richiamata decisione del 28 febbraio 2018 relativamente al soccorso istruttorio c.d. a

pagamento sono in sé divisibili, non essendovi dubbio alcuno che le irregolarità che il legislatore dell'art. 38, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006 aveva ritenuto sanabili previo pagamento di una somma di denaro non hanno tutte il medesimo "peso".

L'escussione della cauzione in caso di esclusione del concorrente dovuta alla omessa dichiarazione di fatti rilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione o alla presentazione di dichiarazioni false o ingannevoli colpisce invece condotte che per definizione sono gravi, a prescindere dall'oggetto della dichiarazione omessa o ingannevole (non rileva, cioè, se la dichiarazione attiene al possesso dei requisiti morali, al fatturato specifico, alla capacità tecnica, all'assenza di fattispecie di collegamento societario, etc.).

Si giustifica pertanto una sanzione uguale per tutti i concorrenti che incappino nell'esclusione per avere omesso una dichiarazione rilevante ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 oppure per avere falsamente attestato il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

9.2. Ma sussiste una ragione di fondo che esclude in ogni caso il rinvio pregiudiziale.

Il soccorso istruttorio, infatti, è un istituto che viene azionato nel corso dello svolgimento della gara e dal modo in cui esso è applicato discende per il concorrente la possibilità di rimanere nella competizione o, al contrario, l'esclusione. E' pertanto logico che di questo segmento procedimentale sia chiamato ad occuparsi il Giudice che nell'attuale ordinamento è il massimo garante della concorrenza, ossia la Corte di Giustizia dell'U.E.

Al contrario, l'escussione della cauzione a danno del concorrente escluso è una sanzione che presuppone la definitiva uscita dell'operatore economico dalla gara, per cui si tratta di vicenda che non ha alcun riflesso sulla parità di accesso al mercato e che il legislatore nazionale può decidere di prendere in considerazione per finalità sue proprie. In questo senso, come è noto, l'escussione della cauzione provvisoria si affianca ad altre "sanzioni", quali, ad

esempio, il deferimento all'A.G. in caso di dichiarazioni false rilevanti ai sensi del codice penale, la segnalazione all'Autorità di settore, etc.

Ne consegue che la questione non è rilevante ai fini della corretta applicazione del diritto comunitario.

9.3. In ogni caso, la ricorrente si è limitata ad evidenziare la gravosità della sanzione, ma l'importo della cauzione è, per ovvie ragioni, commisurato a quello dell'appalto. D'altro canto, gli oneri che un operatore economico si accolla per partecipare alle gare di valore più rilevante sono infinitamente maggiori di quelli richiesti per appalti di importo medio-basso (si pensi, per gli appalti di lavori pubblici, alle sole spese di progettazione), ma questo è inevitabile. Fra gli oneri imposti dalla legislazione di settore vi è anche quello di costituire la cauzione provvisoria, del cui eccessivo importo non ci si può però lamentare *secundum eventum*.

10. In conclusione, il ricorso principale va respinto, dal che discende l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese del giudizio si possono però compensare, alla luce della complessità delle questioni giuridiche esposte dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso incidentale;
- compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei sottoindicati magistrati (collegati da remoto):

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Tommaso Capitano**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio Conti**

**IL SEGRETARIO**