

Pubblicato il 25/01/2022

N. 00513/2022REG.PROV.COLL.
N. 04103/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi dell'art. 74 e dell'art. 114, comma 3, c.p.a. sul ricorso numero di registro generale 4103 del 2021, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "*Società Cooperativa Consortile Stabile*", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Gabriele Tricamo, dall'Avvocato Angelo Annibali e dall'Avvocato Marco Orlando, con domicilio eletto presso lo studio Avvocati Studio AOR in Roma, via Sistina, n. 48;

nei confronti

Nuove Tecnologie Applicate s.r.l., non costituita in giudizio;

Maggio 82 Soc. Coop., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1329 del 16 ottobre 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. II, confermata integralmente dalla pronuncia n. 3190 del 19 maggio 2020 di questo Consiglio di Stato, sez. III, e per il conseguente accertamento e declaratoria di nullità della nota prot. n. 42296 del 9 luglio 2020, comunicata via p.e.c. in pari data, a mezzo della quale la ASL BAT - Direzione Generale ha richiesto l'escussione della garanzia fideiussoria prestata in favore del Consorzio Leonardo Servizi e Lavori Soc. Coop. Consortile Stabile a garanzia dell'offerta presentata.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "*Società Cooperativa Consortile Stabile*";

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 il Consigliere Massimiliano Noccelli, mentre nessuno è comparso per i difensori delle parti;

1. L'odierno appellato, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "*Società Cooperativa Consortile Stabile*", ha adito il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), in sede di ottemperanza, per sentire dichiarare la nullità della nota prot. n. 42296 del 9 luglio 2020, comunicata via p.e.c. in pari data, a mezzo della quale l'Azienda Sanitaria Locale Barletta – Andria – Trani, Direzione Generale ha richiesto l'escussione della garanzia fideiussoria prestata in favore del Consorzio a garanzia dell'offerta presentata.

1.1. La ricorrente in prime cure ha agito in sede di ottemperanza per dedurre la violazione o, comunque, l'elusione della sentenza n. 1329 del 16 ottobre 2019 del Tribunale, confermata da questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 3190 del 19 maggio 2020.

1.2. Nel primo grado del giudizio si è costituita l'Azienda per chiedere la reiezione del ricorso.

1.3. Il Tribunale, con la sentenza n. 231 del 4 febbraio 2021, ha accolto la domanda di ottemperanza, dichiarando nulla la nota impugnata, mentre ha dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria proposta dal Consorzio.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'Azienda, articolando due motivi di ricorso che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con la conseguente integrale reiezione del ricorso per ottemperanza proposto in primo grado.

2.1. Si è costituito il Consorzio, con un'articolata memoria depositata il 4 gennaio 2022, per chiedere la reiezione dell'appello.

2.2. Nella camera di consiglio del 20 gennaio 2022 il Collegio, non essendo comparsi i difensori delle parti in camera di consiglio, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello dell'Azienda è infondato.

4. Con il primo motivo (pp. 7-11 del ricorso), anzitutto, l'Azienda deduce che il Tribunale avrebbe erroneamente accolto il ricorso per ottemperanza proposto in primo grado, mentre esso sarebbe dovuto essere dichiarato inammissibile non solo perché l'atto impugnato non aveva valenza provvedimentale, trattandosi di una mera richiesta avente ad oggetto una pretesa patrimoniale, ma anche perché difetterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, alla luce di quanto ha stabilito di recente la Cassazione nella sentenza n. 9005 del 31 marzo 2021 delle Sezioni Unite.

4.1. Il motivo è destituito di fondamento.

4.2. Con la nota prot. n. 42296 del 9 luglio 2020, dichiarata nulla dal Tribunale per violazione del giudicato, l'Azienda ha inteso, espressamente, «*ottenere il pagamento della somma di € 92.47,00 a titolo di garanzia fideiussoria del debitore principale, ossia da Codesta Spettabile ditta*» e, dunque, ha reiterato nei confronti del Consorzio la pretesa che è già stata respinta, in quanto ritenuta tardiva, dalla sentenza n. 3190 del 19 maggio 2020 di questo Consiglio di Stato, che ha dichiarato tardiva l'escussione della garanzia fideiussoria.

4.3. Ora, questo stesso Consiglio di Stato, sez. V, ha già chiarito nella sentenza n. 1695 del 16 marzo 2018 che *«quando la stazione appaltante non si avvalga del diritto di escutere la garanzia ovvero, come accaduto nel caso di specie, se ne avvalga dopo la scadenza del termine di durata, perde la posizione di vantaggio assicurata dallo strumento normativo e tornano ad operare, nei rapporti con l'impresa aggiudicataria, le norme generali su responsabilità e risarcimento del danno (arg. ex. 1385, ult. Co., cod. civ.)»*.

4.4. Ne deriva che la pretesa azionata dall'Azienda e contestata, nel presente giudizio, si rivela sicuramente elusiva del giudicato amministrativo se e nella misura in cui l'Azienda, dopo essersi avvalsa tardivamente della garanzia, pretende ora di ottenere il pagamento della stessa cauzione provvisoria dall'impresa già aggiudicataria.

4.5. Non è ovviamente precluso all'Azienda richiedere il risarcimento del danno patito per effetto della mancata risoluzione del contratto addebitabile all'impresa già aggiudicataria, ma quel che è certo, nel presente giudizio, è che il giudicato sulla tardività dell'escussione della medesima le impedisce di richiedere il pagamento della garanzia alla stessa aggiudicataria e, nel caso di specie, al Consorzio.

4.6. Il motivo, dunque, deve essere respinto perché non solo la nota impugnata in primo grado ha un carattere lesivo, per il Consorzio, ma anche perché la circostanza che essa si configuri come una mera richiesta di carattere patrimoniale nulla toglie alla natura violativa e/o elusiva del giudicato amministrativo e, dunque, alla giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, n. 5), c.p.a., sugli atti violativi od elusivi del giudicato amministrativo, non vertendosi, evidentemente, qui di una mera richiesta di escutere la cauzione provvisoria nei confronti del garante, ma di far valere tale pretesa nei confronti dell'originaria aggiudicataria ignorando o, comunque, prescindendo da quanto statuito da questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 3190 del 19 maggio 2020, con una efficacia preclusiva rispetto all'azione proposta nei confronti dell'impresa garantita.

4.7. La funzione della cauzione provvisoria, giova qui ricordarlo, è infatti quella di garantire la serietà dell'offerta, senza che però l'impresa si impegni a pagare la relativa somma direttamente nei confronti della stazione appaltante (è anzi prevista dall'art. 93, comma 4, dal d. lgs. n. 50 del 2016 la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale), ma una volta prestata doverosamente e regolarmente la garanzia, da parte dell'offerente, la tardiva escussione di questa, ad opera della stazione appaltante, esclude che questi resti obbligato in proprio, non operando la solidarietà tra fideiussore e debitore principale di modo che questi resti comunque obbligato per un debito proprio corrispondente all'importo della cauzione (così la già citata sentenza di Cons. St., sez. V, 16 marzo 2018, n. 1695).

4.8. Anche di recente, nell'ordinanza n. 26 del 4 gennaio 2022, la IV Sezione di questo Consiglio di Stato, nel sottoporre all'Adunanza plenaria alcune questioni inerenti proprio all'applicazione di detto istituto, ha ribadito, quanto all'escussione della cauzione provvisoria di cui all'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, che:

a) si applica automaticamente al verificarsi, per quanto qui di interesse, di qualunque "fatto" riconducibile alla sfera giuridica dell'affidatario che abbia reso impossibile la stipulazione del contratto, locuzione volutamente ampia al cui interno ben può sussumersi il difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei necessari requisiti di partecipazione stabiliti dalla legge;

b) è priva di carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irrilevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statale – *in primis* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla relativa Corte – circa i caratteri del "diritto punitivo", locuzione che, come noto, in sede sovranazionale si protende oltre i confini ascritti in sede nazionale al diritto penale.

4.9. Ne segue che la nota contestata, aggirando la tardività dell'escussione acclarata dal giudice amministrativo con efficacia di giudicato, è sicuramente violativa o, comunque, elusiva del giudicato e in quanto tale, come ha statuito

la sentenza impugnata, nulla, seppure per le ragioni specifiche ed ulteriori che sin qui si sono esplicitate.

5. Con il secondo motivo (pp. 11-20 del ricorso), ancora, l'Azienda sostiene che il giudicato amministrativo si riferisce alla tardività dell'esclusione nei confronti di Elba Assicurazioni s.p.a., mentre nel presente giudizio si controverte sul diritto della stazione appaltante di richiedere il pagamento dell'importo corrispondente alla cauzione nei riguardi del debitore principale, il Consorzio.

5.1. Poiché il venir meno dell'obbligazione pecuniaria accessoria, quella del garante, non fa venire meno l'obbligazione risarcitoria del debitore principale, sarebbe evidente come il ragionamento del primo giudice non sarebbe condivisibile.

5.2. Anche questo motivo, tuttavia, deve essere respinto.

5.3. Al riguardo, infatti, si deve ribadire, in consonanza con l'orientamento assunto da questo Consiglio, che il tardivo esercizio del diritto di escutere la garanzia priva la stazione appaltante del diritto di rivolgersi all'impresa aggiudicataria inadempiente per chiedere l'escussione della garanzia, dato che l'impresa non si è obbligata in proprio a pagare l'importo della cauzione, ma ha solo garantito con la prestazione della garanzia fideiussoria la serietà della propria offerta, salvo il diritto della stazione appaltante, che qui non viene in discussione, di chiedere secondo le ordinarie norme civilistiche il risarcimento del danno per la mancata stipula del contratto addebitabile al fatto dell'impresa aggiudicataria stessa.

5.4. Il Consorzio ha infatti adempiuto la propria obbligazione, prestando la garanzia fideiussoria rilasciata da Elba Assicurazioni s.p.a., così liberandosi, definitivamente, dell'obbligazione di garanzia correlata alla partecipazione alla gara e l'esito negativo della relativa escussione è la conseguenza, accertata giudizialmente con il crisma del giudicato amministrativo, della naturale scadenza del periodo di validità della fideiussione e non certo

dell'inadempimento del Consorzio nel fornire la garanzia alla stazione appaltante.

5.5. Ne segue che anche questo motivo di appello, al pari del primo, debba essere respinto.

6. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata, seppure per dette ragioni.

7. Le spese del presente grado del giudizio seguono la soccombenza dell'Azienda appellante.

7.1. Rimane definitivamente a carico di questa, sempre per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata ai sensi di cui in motivazione.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico dell'Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO