

Pubblicato il 10/06/2022

N. 01343/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00158/2022 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 Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 158 del 2022, proposto da Vassilli s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaella Rampazzo e Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Gallo e Giuseppina Squillace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- Officina Ortopedica Ferrero S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;- Cea S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;- Il Point S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;- Euro Ausili S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- 1) della determinazione n.1107 del 23/12/2021 del Direttore Generale, che dispone: *“1.di revocare l'aggiudicazione dei lotti 1-2-3-4-5-6-14-16-17-21-24-26-27-28-29-30-31-33 della gara Aria _2020_2017 per la fornitura di ausilii per disabili, intercorsa con determina n.889 del 27.10.2021, in conformità alla proposta di cui al RUP prot. N. IA 2021.0064513 del 23/12/2021; 2. di non aggiudicare i lotti 5,6,14,16,17 e 26 in quanto, a seguito delle revoche di aggiudicazione sopra disposte, risultano privi di offerte idonee; 3. di lasciare fermo e invariato quanto deliberato nella determina di aggiudicazione 889 del 27/10/2021, per i lotti non oggetto del presente atto; 4.di rimettere al Responsabile Unico del procedimento ogni atto consequenziale al presente atto”*;
- 2) della conforme proposta del RUP protocollo IA.2021.0064513 del 23/12/2021, di revoca dell'aggiudicazione dei lotti 1-2-3-4-5-6-14-16-17-21-24-26-27-28-29-30-31-33- e non aggiudicazione dei lotti 5-6-14-16-17-26, di incameramento della cauzione, dello scorrimento della graduatoria;
- 3) della comunicazione prot. n. IA.2021.0064536 del 23/12/2021 del RUP dell'intervenuta determinazione n. 1107 del 23/12/2021 di revoca dell'aggiudicazione n. 889 del 27/10/2021 e conseguente esclusione dei lotti 3-4-5-6-14-16-17-21-24-26-27-28-29-30-31-33;
- 4) della comunicazione del 12/11/2021 del RUP di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/1990 di revoca dell'aggiudicazione –Gara Aria _2020_2017 di scorrimento della graduatoria, incameramento delle cauzioni provvisorie e eventuale segnalazione all'ANAC;
- 4) della comunicazione del 9/12/2021 del Responsabile Unico del Procedimento di dare attuazione alle misure espone nella comunicazione sub 3);
- 5) di ogni altro atto, inerente, conseguente anche non noto nei cui confronti si fa espressa riserva di presentare motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare n. 236/2022 della Sezione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2022 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Vassilli s.r.l. chiede l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe con i quali Aria s.p.a. revoca l'aggiudicazione disposta in suo favore di alcuni lotti relativi alla gara indetta per la fornitura di ausili per disabili provvedendo, altresì, all'incameramento della cauzione versata.

2. In punto di fatto la ricorrente deduce:

i) di essere azienda che, dal 1967, realizza dispositivi medici per disabili che fornisce ai vari Enti ospedalieri nazionali;

ii) di partecipare alla gara (suddivisa in 51 lotti) indetta da Aria s.p.a. in data 7.1.2021 per la fornitura di simili strumenti agli Enti sanitari regionali sebbene tale gara fissi prezzi a base d'asta inferiori rispetto a quelli previsti per precedente omologa gara (2017_150);

iii) di esporre tale circostanza ad Aria che, tuttavia, ritiene di non modificare le basi d'asta (nota dell'1.2.2021);

iv) di formulare la propria offerta in data 10.3.2021 risultata, tuttavia, inadeguata in considerazione del progressivo aumento dei prezzi delle materie prime, dei noli e della logistica, registrato negli ultimi tempi (situazione rappresentata ad Aria anche dal Direttore Generale di Confindustria dispositivi medici con nota del 30.7.2021);

v) di ricevere la nota del r.u.p. del 3.9.2021 che richiede giustificativi dell'offerta, ritenuta anomala;

vi) di fornire le giustificazioni richieste evidenziando, *ex aliis*, come l'offerta sia formulata in data 1.3.2021 e, quindi, in data antecedente all'aumento dei

prezzi registratosi;

vii) di aggiudicarsi i lotti 3-4-5- 6-14-16-17-21-24-26-27-28-29-30-31-33 e di ricevere la r.u.p. la richiesta dei documenti per la stipula della convenzione;

viii) di richiedere ad Aria di adeguare i prezzi previsti in considerazione della circostanza imprevedibili verificatosi e nonostante la previsione contenuta nell'art. 8.6 della bozza di convenzione;

ix) di ricevere la nota del 12.11.2021 con la quale il r.u.p. evidenzia come la Società sia vincolata al mantenimento dell'offerta e che, in caso contrario, si deve procedere alla revoca dell'aggiudicazione;

x) di presentare apposite osservazioni con le quali dimostra l'incremento dei prezzi e la conseguente insostenibilità dell'offerta formulata;

xi) di ricevere la nota con la quale il Direttore generale di Aria dispone la revoca dell'aggiudicazione, prevede che si incamerino le cauzioni provvisorie rilasciate dall'impresa e dispone lo scorrimento della graduatoria.

3. Vassilli chiede al Tribunale di annullare i provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione e di escussione della garanzia. A sostegno delle proprie domande articola sette motivi di ricorso.

3.1. Con il primo motivo (rubricato: "*Violazione di legge (art. 30, comma 8, D.Lg.18/4/2016: artt. 3 e 10 bis L.7/8/1990 n. 241); eccesso di potere per difetto di motivazione, contraddittorietà di comportamento*") Vassilli deduce come il r.u.p. non prenda in considerazione le osservazioni presentate in data 24.11.2021 con conseguente difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati.

3.2. Con il secondo motivo (rubricato: "*Violazione dell'art. 30, comma 8, D.Lg. 18/4/2016 n. 50 e degli artt. 1175 e 1337 c.c., violazione dei principi di correttezza, buona fede, dell'affidamento ingenerato 10 da comportamenti della stessa stazione appaltante, di proporzionalità e ragionevolezza; eccesso di potere per sviamento dalla funzione*") Vassilli deduce la mancata valutazione da parte di Aria delle situazioni del mercato con conseguente illegittimità dei prezzi fissati a basa d'asta nonché del mancato adeguamento degli stessi. Osserva come la pretesa di stipulare il contratto in simili condizione debba ritenersi contraria a buona

fedele e correttezza traducendosi, inoltre, in un vantaggio economico per la stazione appaltante a danno dell'operatore.

3.3. Con il terzo motivo (rubricato: *“Violazione degli artt. 30, comma 1, e 97 D.Lg. 18/4/2016 n.50; violazione dei principi di economicità, proporzionalità, remuneratività dell'appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria”*) Vassilli deduce la carenza di remuneratività dell'appalto in ragione delle differenti condizioni di mercato tra la data di presentazione dell'offerta e la data di aggiudicazione dell'appalto.

3.4. Con il quarto motivo (rubricato: *“Violazione di legge (art. 30, commi 1 e 8, art.106, comma 1, lettera c) del D.Lg. 18/4/2016 n. 50; art.1664 c.c.) e degli atti di gara del Disciplinare, della Bozza di convenzione, delle delibere n. 1022 del 25/11/2020 e n. 540 dell'1/7/2020 di ANAC, violazione del principio di conservazione degli atti”*) Vassilli deduce l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di non adeguare il corrispettivo dovuto all'operatore economico ritenendo, al contrario, doverosa l'applicazione delle previsioni di cui all'art. 106, co. 1, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 nonché dell'art. 1664 c.c. anche in considerazione di quanto esposto nelle deliberazioni ANAC 1022/2020 e 540/2020.

3.5. Con il quinto motivo (rubricato: *“Violazione del principio di conservazione degli atti, sotto diverso profilo, eccesso di potere per illogicità”*) Vassilli deduce l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante nella parte in cui non consente la riformulazione dell'offerta alla luce dei conteggi contenuti nelle osservazioni del 24.11.2021.

3.6. Con il sesto motivo (rubricato: *“Violazione di legge (art. 93, comma 6, del D.Lg.18/4/2016 n.50); violazione del punto 11 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di presupposto, violazione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità”*) Vassilli articola, in via di subordine, domanda di annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria sostenendo la non imputabilità all'operatore della circostanza a fondamento della propria decisione di non stipulare il contratto alle condizioni indicate nell'offerta.

3.7. Con il settimo motivo (rubricato: “*Eccesso di potere per irragionevolezza; violazione dei principi di correttezza, violazione del Bando e del Disciplinare di gara*”) Vassilli articola, in via di subordine, domanda di annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria sostenendo l'intervenuta scadenza del termine di efficacia dell'offerta.

3.8. Vassilli articola, inoltre, domanda di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati ritenendo sussistente sia il *fumus boni iuris* (affidato ai motivi di ricorso) che il *periculum in mora*.

4. Si costituisce in giudizio Aria s.p.a. chiedendo di respingere le domande articolate da Vassilli.

5. All'udienza in camera di consiglio dell'8.2.2022 la trattazione della domanda cautelare è rinviata su accordo delle parti alla successiva udienza del 22.2.2022. All'esito di tale udienza la Sezione adotta l'ordinanza n. 236/2022 nella quale osserva come l'istanza cautelare abbia un duplice contenuto richiedendo al Tribunale: *i*) di sospendere i provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione dei vari lotti; *ii*) di sospendere l'incameramento della cauzione di importo pari ad euro 622.320,28.

5.1. La Sezione ritiene privi di adeguato *fumus boni iuris* i motivi con i quali si lamenta il mancato adeguamento dei corrispettivi prima della stipula dei contratti considerato che:

i) le tempistiche della gara non sono tali da poter asserire la non prevedibilità da parte di un operatore economico accorto e diligente dell'aumento dei prezzi con conseguente attenzione e prudenza nella modulazione delle offerte che, in numerosi lotti, presentano ribassi di notevole entità;

ii) la pretesa alla rimodulazione prima della stipula del contratto (e, quindi, in una fase differente dall'esecuzione) altera il confronto tra gli operatori finendo per “*premiare*” il concorrente che indica il prezzo maggiormente competitivo (anche senza quella necessaria prudenza che si richiede ad un soggetto qualificato e da tempo operante nel mercato), salvo poi predicare la

insostenibilità delle condizioni originarie del contratto, determinate anche in ragione delle proprie offerte;

iii) le possibili modificazioni normative richieste dall'A.n.a.c. ed alle quali fa riferimento la difesa di Vassilli nel corso della discussione non si traducono, allo stato, in previsioni legali.

5.2. La Sezione accoglie, invece, la domanda di sospensione del provvedimento di incameramento della cauzione osservando come:

i) la garanzia abbia validità di giorni 180 dalla formulazione dell'offerta o validità "*maggiore o minore richiesta nel bando e nell'invito*" (art. 2 della polizza);

ii) il termine di 240 giorni previsto dalla *lex specialis* (f. 37 del bando di gara) risulti decorso in data 5.11.2021 atteso che "*il termine di scadenza della garanzia non può che essere quello concordato dalle parti nel contratto di garanzia, e quindi, nella fideiussione*" (cfr., sul tema, Consiglio di Stato, Sez. III, 19.5.2020, n. 3190).

5.3. La Sezione ritiene, comunque necessario sottoporre all'attenzione delle parti *ex art. 73, co. 3, c.p.a.* in vista della trattazione del merito della causa questioni che dovranno approfondirsi in tale sede e che consistono:

i) nella natura di contratto autonomo di garanzia della polizza (cfr. art. 4);

ii) nella giurisdizione del Giudice amministrativo in relazione a controversie afferenti ad un contratto autonomo di garanzia, come tale "*slegato*" dal rapporto principale;

iii) in caso di ritenuta giurisdizione del Giudice amministrativo, nelle azioni spettanti al debitore garantito e, quindi, nella legittimazione dello stesso ad avanzare domande relative al rapporto autonomo (cfr.: Cassazione civile, sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947).

6. In vista dell'udienza pubblica del 7.6.2022 le parti depositano memorie difensive finali e memorie di replica. All'udienza del 7.6.2022 la causa è trattenuta in decisione.

7. Entrando in *medias res* il Collegio ritiene di poter trattare congiuntamente i primi cinque motivi di ricorso posti a sostegno della domanda di

annullamento del provvedimento di revoca disposto dalla S.A. stante l'evidente connessione delle questioni ivi contenute.

7.1. Osserva il Collegio come l'art. 2 del disciplinare di gara preveda che, all'esito della gara, si stipuli una convenzione unica con l'operatore conforme allo "*Schema di Convenzione*". Tale convenzione stabilisce l'*"Importo massimo contrattuale"*, pari alla sommatoria delle quantità stimate di configurazione base moltiplicate per il relativo prezzo unitario offerto in sede di gara. Inoltre, l'art. 8, co. 4, 5 e 6, dello schema di convenzione prevede espressamente che *"tutti i predetti corrispettivi sono [...] determinati a proprio rischio dal Fornitore in base ai propri calcoli, alle proprie indagini, alle proprie stime, e sono, pertanto, fissi ed invariabili indipendentemente da qualsiasi imprevisto o eventualità, facendosi carico il Fornitore di ogni relativo rischio e/o alea, ivi incluso quello relativo all'adempimento e/o ottemperanza di obblighi ed oneri derivanti al Fornitore medesimo dall'esecuzione dei Contratti di Fornitura e delle Richieste di Consegna/Ordini Elettronici e dall'osservanza di leggi e regolamenti, nonché dalle disposizioni emanate o che venissero emanate dalle competenti autorità"*. Si precisa, ancora, che: i) *"i prezzi di cui all'allegato C si intendono fissi per tutto il periodo di durata della Convenzione, anche prorogata, e dei singoli Contratti di Fornitura"*; ii) *"il Fornitore non potrà vantare diritto ad altri compensi [...] ovvero ad ulteriori adeguamenti, revisioni o aumenti dei corrispettivi come sopra indicati"*.

7.2. In sostanza, la S.A. prevede che i corrispettivi restino immutati nel corso dell'esecuzione. Vassilli, pur accettando - nel partecipare alla gara - simile condizione, chiede all'Amministrazione di adeguare la convenzione alle mutate condizioni del mercato osservando come l'offerta dalla stessa formulata non possa ritenersi più congrua e remunerativa stante l'incremento dei prezzi *medio tempore* registrato. In sostanza, Vassilli chiede di mantenere l'aggiudicazione dei vari lotti ma di mutare i corrispettivi dovuti dalla S.A. chiedendo, in particolare, che *"la clausola di cui al punto 6 dell'art. 8 della Convenzione stipulanda venga interpretata in senso non preclusivo alle modifiche contrattuali, ivi inclusi gli adeguamenti economici, generate da eventi imprevisti ed imprevedibili quali quello che attualmente sta investendo il comparto rimanendo invece"*

esclusi adeguamenti, revisioni o aumenti dei corrispettivi che non sottendono detta eccezionale situazione” (nota del 10.11.2021 di Vassilli).

7.3. La pretesa di Vassilli è priva di fondamento.

7.4. L’operato della S.A. risulta legittimamente conforme a quanto previsto dalle previsioni della *lex specialis* che sono auto-vincolo dell’azione amministrativa e non possono, quindi, derogarsi obliterando la par condicio tra i vari contendenti che partecipano alla gara (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 2.3.2021, n. 1788). Nel caso di specie, le previsioni imposte dalla documentazione di gara risultano chiare nel prevedere l’impossibilità di adeguamento dei prezzi avvertendo i partecipanti alla gara della circostanza che l’alea ricade necessariamente sugli stessi operatori.

7.5. In secondo luogo, come affermato nell’ordinanza cautelare, le tempistiche della gara non sono tali da poter asserire la non prevedibilità da parte di un operatore economico accorto e diligente dell’aumento dei prezzi con conseguente attenzione e prudenza nella modulazione delle offerte che, in numerosi lotti, presentano ribassi di notevole entità. Simile peculiare diligenza è particolarmente richiesta ad un operatore qualificato e con notevole esperienza come Vassilli la quale, proprio in quanto operante sul mercato dal 1967, deve ragionevolmente ritenersi munita delle capacità per stimare la convenienza nel partecipare ad una determinata gara e nel formulare la relativa offerta.

7.6. Inoltre, non può omettersi di considerare come la pretesa alla rimodulazione dei corrispettivi prima della stipula del contratto (e, quindi, in una fase differente dall’esecuzione) alteri il confronto tra gli operatori (tanto più in ragione delle chiare previsioni della *lex specialis* sopra riportate) finendo per “premiare” il concorrente che indica il prezzo maggiormente competitivo (anche senza quella necessaria prudenza che si richiede ad un soggetto qualificato e da tempo operante nel mercato), salvo poi predicare la insostenibilità delle condizioni originarie del contratto, determinate anche in ragione delle proprie offerte.

7.7. Va poi considerato come non vi sia alcuna regola o principio che possa supportare la pretesa ad ottenere una commessa alterando prima della stipula le condizioni economiche a cui lo stesso operatore si vincola nella formulazione dell'offerta. Le mutate condizioni del mercato che rendano non remunerativa l'offerta possono legittimare un ritiro dell'operatore dalla gara o, come nel caso di specie, la non accettazione della stipula ma non supportare la pretesa ad ottenere la commessa a prezzi differenti e senza riapertura di un nuovo dialogo competitivo. Né risultano evocabili gli istituti posti a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio ma non si riferiscono, invece, ad una fase antecedente alla stipula ove l'eventuale insostenibilità si traduce nella possibilità di non sottoscrivere il contratto. Lo evidenzia il T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, notando come l'istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto risulti non supportata da alcuna previsione legale in quanto effettuata in un momento in cui, non essendo ancora in essere alcun rapporto contrattuale, non è giuridicamente ipotizzabile né ammissibile alcuna ipotesi di revisione del prezzo, che per sua natura presuppone un contratto (ad esecuzione continuata e periodica) già in corso; “e così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento impreveduto e imprevedibile si verifichi prima della stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta” (T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, Sez. I, 10.3.2022, n. 232).

7.8. I rilievi esposti consentono, altresì, di escludere violazioni procedurali da parte dell'Amministrazione tenuto conto che l'operato della stessa risulta

pienamente conforme alle previsioni della *lex specialis* e, pertanto, alcun onere motivazionale particolarmente analitico può predicarsi in capo alla S.A.

7.9. In definitiva la domanda di annullamento dei provvedimenti di revoca risulta infondata.

8. Passando alla domanda subordinata di annullamento dei provvedimenti di escussione della garanzia (sesto e settimo motivo di ricorso) il Collegio osserva quanto segue.

8.1. La domanda è inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, come evidenziato nell'ordinanza cautelare emessa dalla Sezione che invita le parti a prendere espressa posizione sul punto *ex art. 73, co. 3, c.p.a.*

8.2. Occorre premettere come, secondo il costante insegnamento del Giudice di legittimità, la giurisdizione si determina in base alla domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (*cf.*: Cassazione civile, Sezioni Unite, 21.9.2021, n. 25480; Id., 30.7.2021, n. 21984; Id., 14.1.2020, n. 416).

8.3. Nel caso di specie Vassilli chiede, in sostanza, di accertare l'insussistenza dei presupposti per l'escussione della polizza fideiussoria che la S.A. intende effettuare stante la mancata stipula del contratto conseguente al rifiuto della stessa alla conclusione del negozio in ragione delle mutate condizioni del mercato e della conseguente eccessiva onerosità della prestazione promessa con l'offerta formulata in gara.

8.4. Tale domanda risulta aliena alla giurisdizione del Giudice amministrativo per due ordini di ragioni che sono di seguito illustrate.

8.5. In primo luogo, deve osservarsi come l'escussione della polizza non sia conseguenza automatica di un provvedimento amministrativo autoritativo. Infatti, la revoca dell'aggiudicazione non è espressione nel caso di specie di un potere di natura pubblicistica ma costituisce semplicemente la consequenziale determinazione dell'Amministrazione dinanzi al rifiuto della parte di stipulare il contratto. In sostanza, nel caso all'attenzione del Collegio, l'aspetto fondamentale non è tanto la collocazione della vicenda nella c.d. "*fase deliberativa dell'aggiudicazione*" o nella fase esecutiva del contratto quanto la constatazione che l'escussione della polizza non è atto conseguente all'esercizio di un potere pubblicistico ma al rifiuto della stipula e, quindi, alla mancata conclusione del contratto. In sostanza, nel caso di specie non vi è quel "*nesso di automaticità tra l'escussione della fideiussione ed un provvedimento amministrativo*" a cui fanno riferimento le Sezioni unite della Corte di Cassazione (Cassazione civile, Sezioni Unite, 31.3.2021, n. 9005).

8.6. La revoca dell'aggiudicazione non è, quindi, espressione di alcun potere autoritativo riguardante, ad esempio, la violazione di regole della fase ad evidenza pubblica o, comunque, riconducibile al rapporto propriamente amministrativo. Al contrario, nel caso di specie la fase "*pubblicistica*" risulta esaurita con l'aggiudicazione in favore (tra gli altri) di Vassilli; la successiva revoca non è un provvedimento di secondo grado con il quale l'Amministrazione rivede le proprie determinazioni (ravvisando, in ipotesi, la ricorrenza di una delle plurime figure che a tale fenomeno possono ricondursi) ma la sostanziale presa d'atto dell'impossibilità di stipulare il negozio per scelta dello stesso operatore. In sostanza, la vicenda all'attenzione del Collegio non inerisce ad alcun modo di un rapporto segnato dal potere amministrativo ma concerne le conseguenze derivanti dalla mancata stipula del contratto per scelta dell'operatore e non per determinazione autoritativa della P.A.

8.7. Del resto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che la cauzione provvisoria assolva alla "*funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un*

duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti i partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicataria". Pertanto, la cauzione:

i) *"si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica"*;

ii) ne presidia *"l'obbligo di diligenza"* e va ricondotto alla caparra confirmatoria *"perché è finalizzata a confermare l'impegno da assumere in futuro"* (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 10.12.2014, n. 34; Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.12.2014, n. 6302; Id., Sez. V, 27.10.2021, n. 7217; nella giurisprudenza del Tribunale, *cf.*: T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. IV, 11.2.2022, n. 325; nella giurisprudenza civile, *cf.*: Cassazione civile, Sezioni unite, 4.2.2009, n. 2634).

8.8. In sostanza, nel caso di specie, la controversia verte non su questioni afferenti al potere ma sulla sussistenza dei presupposti per attivare simile *species* del *genus* caparra confirmatoria con conseguente giurisdizione del Giudice ordinario. Infatti, escluso che la vicenda sia riferibile al segmento pubblicistico della fase di affidamento e constatato come, al contrario, la stessa non involga atti di esercizio del potere autoritativo, ne consegue che le vicende relative all'escussione della cauzione siano riferibili alla giurisdizione del G.O., quale Giudice di una domanda che si sostanzia nella richiesta di accertamento negativo dei presupposti della pretesa indennitaria fatta valere dalla S.A.

9. Le conclusioni esposte in punto giurisdizione rinvengono ulteriore autonoma giustificazione dalla natura della cauzione in esame e dalle conseguenze che ne derivano dalla circostanza che il rapporto in esame sia, comunque, irrelato dalla fase pubblicistica e dal rapporto di base tra la S.A. e l'operatore economico concorrente. In particolare, la polizza in esame offre copertura, *ex aliis*, alla mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione prevedendo che il garante corrisponda l'importo dovuto, nei

limiti della somma garantita, entro il termine di quindici giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della S.A. Inoltre, il garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale *ex art.* 1944 c.c. e rinuncia all'eccezione *ex art.* 1957, co. 2, c.c. E' fatta salva l'azione di ripetizione verso la S.A. nel caso in cui le somme risultino totalmente o parzialmente non dovute (art. 4 della garanzia fideiussoria provvisoria).

9.1. Il contratto in esame configura, quindi, una prestazione di garanzia che, *prima facie* e con le specificazioni che si effettueranno *infra*, appare morfologicamente riferibile alla figura del c.d. *Garantievertrag*.

9.2. Come affermato dalla Corte di Cassazione, “*la qualificazione della garanzia come contratto autonomo di garanzia o di fideiussione (eventualmente atipica) si risolve in un apprezzamento dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito [...], essendo privo di valore il nomen iuris utilizzato dalle parti per designare la garanzia*” (Cassazione civile, sez. III, 5.4.2012, n. 5525). La natura del contratto deve, quindi, verificarsi in base all'intero tenore delle clausole considerando, in particolare, nel caso di specie:

- i) la previsione che individua la prestazione dovuta, consistente nel pagamento di una somma di denaro in caso di inadempimento all'obbligo di stipula del contratto,
- ii) la previsione che impone l'obbligo di versamento dell'indennizzo dovuto in conseguenza delle inadempienze a “*semplice richiesta scritta*” del beneficiario;
- iii) la mancata previsione dell'obbligo di preventiva escussione;
- iv) la rinuncia al termine di cui all'articolo 1957 c.c.;
- v) la surrogazione della Società garante nella posizione del beneficiario in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il contraente nei limiti delle somme pagate al beneficiario.

9.3. Procedendo con ordine si nota, in relazione al profilo indicato alla lettera i) del precedente punto, come la causa concreta che il contratto in esame realizza risulta rispondente al modello della c.d. *Garantievertrag* in quanto mira a tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato

adempimento della prestazione gravante sul debitore principale (nel caso di specie, la stipula del contratto), contrariamente a quanto accade, in ipotesi, per il fideiussore che garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante). Infatti, in termini generali, va osservato che, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'unica prestazione principale (per cui il fideiussore è un "vicario" del debitore), l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante, sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. In questo caso si è dinanzi ad una garanzia di tipo indennitario che mira a tutelare il creditore per l'inadempimento all'obbligo di stipula e non, al contrario, dinanzi ad una garanzia di tipo satisfattorio caratterizzata dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto (cfr., Cassazione civile, Sezioni unite, 18.2.2010, n. 3947).

9.4. In relazione al profilo indicato *sub ii)* al punto 9.2, va osservato come, secondo l'insegnamento delle sezioni unite della Corte di Cassazione, "l'inserimento di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale" (cfr., Cassazione civile, Sezioni unite, 18.2.2010, n. 3947). Ora, se è vero che la clausola non fa espresso riferimento all'impossibilità di formulare eccezioni, va considerato che la prestazione del garante va eseguita entro il termine di giorni quindici dalla richiesta. Tale aspetto assume peculiare rilievo in quanto espressione della volontà negoziale di consentire al beneficiario di escutere il garante con la stessa, tempestiva efficacia con cui potrebbe far proprio un versamento cauzionale. Situazione

che la giurisprudenza di legittimità valorizza al fine di ritenere preclusa, se non espressamente comunque indirettamente, la possibilità per il garante di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante, non essendo immaginabile, nei tempi estremamente ristretti previsti, lo svolgimento delle necessarie indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento del garantito e, più in generale, della legittimità della richiesta dell'Amministrazione (*cf.*, Cassazione civile, Sezione III, 5.4.2012, n. 5526). In sostanza, la possibilità di ottenere un pagamento in simili tempi valorizza la funzione persino “cauzionale” e comunque autonoma della garanzia che abilita alla riscossione delle somme, a prescindere, quindi, dal rapporto garantito.

9.5. Passando ai profili indicati *sub iii)* e *iv)* del punto 9.2, si nota come la non operatività del termine di cui all'articolo 1957 c.c. costituisca un indice della natura autonoma della garanzia. Infatti, tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma. Non si tratta, infatti, di una deroga alla disciplina ordinaria del contratto di fideiussione ma, al contrario, la previsione negoziale appare diretta conseguenza della funzione economico – individuale assegnata al negozio sin qui ricostruita, consistente, come detto, nella sostituzione di una somma di denaro da parte del garante al soggetto beneficiario in luogo dell'inadempita (e solo essa propriamente soddisfattoria) obbligazione di stipula finalizzata a soddisfare le esigenze che inducono la S.A. ad indire la gara: da qui l'impossibilità di invocare il meccanismo tipicamente fideiussorio di cui all'art. 1957 c.c..

9.6. Le conclusioni raggiunte non sembrano smentite dalla previsione di un'autonoma azione di ripetizione e dalla facoltà di surrogazione del garante nella posizione della S.A. che risultano poteri ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente derivanti dal negozio autonomo di garanzia. Infatti, in

termini generali, va considerato che, se il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplificata richiesta) che agisce in ripetizione con *l'actio indebiti* ex articolo 2033 c.c. nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, risponde in realtà come un fideiussore, atteggiandosi la clausola di pagamento come una ordinaria clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c.. Al contrario, il garante "autonomo", effettuato il pagamento al creditore beneficiario, non può agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma, al contrario, può esperire l'azione di regresso ex articolo 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito, senza possibilità per quest'ultimo di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di formulare eccezioni in sede di rivalsa. Nel caso di specie, la facoltà riservata al garante è aggiuntiva e non esclusiva del diritto di regresso che deriva *ex lege* e non pare, quindi, idonea ad escludere la natura autonoma del rapporto. Stesse considerazioni valgono per la surrogazione nei diritti del beneficiario nei confronti del garantito. Con tale previsione al garante si consente, infatti, di "fare ingresso" nel rapporto principale atteso che la surrogazione dà luogo ad una vicenda traslativa del credito che, pertanto, mantiene tutte le sue caratteristiche, diversamente dal regresso che è diritto autonomo di fonte legale. La previsione mira, evidentemente, al rafforzamento della posizione del garante che, tuttavia, solo laddove eserciti diritti del beneficiario nei confronti del garantito potrà vedersi opporre eccezioni derivanti da tale rapporto e che non discendono da un non predicabile nesso di accessorietà ma sono conseguenza proprio del carattere successorio della surrogazione. La previsione di una surrogazione introduce, quindi, nella dinamica negoziale un potere per il garante che fisiologicamente risente, tuttavia, delle vicende del rapporto di base. Potere ulteriore ed eccezionale rispetto agli autonomi diritti

derivanti dalla garanzia che, per converso, devono ritenersi integralmente slegati dal rapporto di base.

9.7. Ravvisato il carattere autonomo della garanzia si individua una ulteriore ragione autonoma per declinare la giurisdizione in favore del Giudice ordinario. E ciò conformemente all'insegnamento *“della Corte regolatrice della giurisdizione (cfr. sezioni unite, 23 febbraio 2010, n. 4319), secondo cui la controversia avente ad oggetto l'escussione [...] di una polizza fideiussoria [...] rientra nella giurisdizione del g.o. [...] attesa l'autonomia tra i rapporti in questione, nonché la circostanza che, nella specie, la p.a. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri. Ciò in quanto l'obbligazione principale e quella fideiussoria, benché fra loro collegate, mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva (data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia) ma anche oggettiva, in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo, con la conseguenza che la disciplina dell'obbligazione garantita non influisce su quella della fideiussione, per la quale continuano a valere le normali regole, comprese quelle sulla giurisdizione (id., sezioni unite, 5 febbraio 2008, n. 2655)”* (così, T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 12.4.2018, n. 1189; Id., 29.10.2018, n. 2426).

9.8. Infatti, in ragione dell'autonomia dei rapporti in questione, nonché del fatto che nel rapporto di garanzia, coinvolgente un soggetto terzo, la P.A. non interviene neppure mediatamente quale soggetto titolare di pubblici poteri (Cassazione civile, Sezioni unite, 28.4.2017, n. 10560; Id., 28.7.2016, n. 15666), il rapporto sfugge alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

10. In definitiva, va dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo in favore del Giudice ordinario da individuarsi, ai sensi dell'articolo 11, comma 1, c.p.a., secondo le regole generali dettate dal codice di rito civile, non operando la deroga al foro di cui all'articolo 8 della polizza, operante solo tra la S.A. ed il garante.

11. Le spese di lite possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi, nel caso di specie, nella complessità e nella novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

- i) respinge la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte relativa alla revoca dell'aggiudicazione in favore di Vassilli s.r.l;
- ii) dichiara la domanda subordinata inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo da declinarsi in favore del Giudice ordinario per le ragioni indicate in motivazione con termini di legge per la riproposizione del ricorso;
- iii) compensa tra le parti costituite le spese di lite del presente giudizio.

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

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

Ugo Di Benedetto, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Lorenzo Cordi', Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO