

**APPALTI - TERMINE - PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA - 180 GIORNI - DECORSI -
OFFERTA SCADUTA - ESCLUSIONE AUTOMATICA - ILLEGITTIMA**

Decorsi 180 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, l'espressa richiesta di rinnovare la garanzia provvisoria collegata all'offerta presentata ha la funzione di mantenere ferma l'offerta per un periodo ulteriore oltre i canonici centottanta giorni, sollecitando l'offerente a manifestare espressamente e tempestivamente la propria volontà in un senso o nell'altro. Pertanto, pur non potendosi ammettere una esclusione automatica dopo il decorso dei centottanta giorni dalla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, resta salva la possibilità dell'ente appaltante di esigere una dichiarazione esplicita di conferma dell'offerta da parte dell'operatore economico, volta a garantire che il complesso delle operazioni di gara non venga vanificato dall'esercizio del recesso del concorrente.

Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 7256 del 2024

Publicato il 27/08/2024

N. 07256/2024REG.PROV.COLL.

N. 03874/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3874 del 2021, proposto da [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento con il [REDACTED]

Le domande risarcitorie sono state ritenute infondate sull'assunto che la [REDACTED] [REDACTED] mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese unico partecipante alla procedura di gara, avrebbe rinunciato alla partecipazione alla procedura, non avendo adempiuto alla richiesta della stazione appaltante di rinnovare la validità dell'offerta e, in particolare, di rinnovare la validità della garanzia provvisoria (ormai scaduta per il protrarsi della gara oltre i 180 giorni di validità), e quindi andasse esclusa.

2. La società, rimasta soccombente, ha proposto appello reiterando le domande e i motivi del ricorso di primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

3. Nella resistenza del [REDACTED], all'udienza del 14 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con il primo motivo (pp. 4 ss. dell'atto di appello), la società appellante censura la sentenza per aver affermato che l'esclusione è stata legittimamente adottata dalla stazione appaltante in conseguenza della volontaria decisione della ricorrente di non aggiornare la polizza fideiussoria, ossia di non prorogare gli effetti della garanzia provvisoria ormai scaduta.

4.1. Secondo l'appellante, tuttavia, la [REDACTED] aveva manifestato formalmente e a più riprese la propria inequivoca volontà di aggiornare la polizza fideiussoria e ottenere l'aggiudicazione della concessione, salvo il risarcimento dei danni. In particolare, con la nota del 5 dicembre 2014; e poi - successivamente alla adozione della determinazione n. 261 del 16 aprile 2015 di esclusione dalla gara - con l'istanza di riammissione alla procedura del 13 maggio 2015 e con l'istanza di autotutela del 1° luglio 2015.

4.2. Sotto altro profilo, contesta anche l'affermazione del primo giudice secondo la quale la società non avrebbe impugnato la determinazione di non aggiudicare l'appalto. Rinvia a diversi punti del ricorso di primo grado dai quali emergerebbe

che [REDACTED] ha ritualmente impugnato il provvedimento di esclusione e ha dimostrato il proprio interesse all'aggiudicazione della concessione attraverso il risarcimento in forma specifica (interesse principale) o per equivalente.

4.3. L'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza anche per non aver rilevato che la polizza fideiussoria presentata dal raggruppamento [REDACTED] non ha mai cessato di costituire valida garanzia per la stazione appaltante, in quanto il decorso del tempo avrebbe prodotto effetti esclusivamente nei rapporti tra garante e concorrente, onerato del pagamento del premio. La cauzione provvisoria cesserebbe di produrre effetti in favore dell'amministrazione beneficiaria soltanto in ipotesi tassative: mancata aggiudicazione (art.2, lett. c, dello schema di cui al D.M. 123/2004) e stipulazione del contratto (art.2 lett. d, del citato D.M.).

4.4. Al primo giudice sarebbe sfuggito, inoltre, che l'amministrazione ha indotto in errore il raggruppamento ricorrente, facendo intendere che l'attualizzazione della polizza non fosse circostanza che incide sulla partecipazione alla gara bensì esclusivamente sulla valutazione della persistenza dell'interesse all'aggiudicazione della gara (e quindi a tutela dello stesso raggruppamento), la cui tempistica si era effettivamente protratta indebitamente per colpa della stazione appaltante.

4.6. In conclusione, sottolinea che:

- la *lex specialis* prevedeva l'esclusione soltanto in caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria, che nel caso di specie è stata presentata;
- [REDACTED] era l'unico concorrente;
- la richiesta del [REDACTED] di "attualizzare" la polizza fideiussoria era determinata dal notevole ritardo nello svolgimento della procedura (oltre due anni), imputabile esclusivamente al comportamento negligente dell'amministrazione comunale.

5. Con gli ulteriori motivi di appello, la società appellante reitera la domanda risarcitoria per la mancata aggiudicazione della concessione (pp. 15 ss. dell'atto di

appello) e la domanda di risarcimento del danno da ritardo (pp. 22 ss. dell'atto di appello).

6. Le articolate censure sopra esposte, in quanto strettamente connesse, si prestano a una trattazione congiunta.

7. Va precisato, anzitutto, che nella prospettiva dell'appellante i danni lamentati deriverebbero, per un verso, dalla illegittima esclusione e dalla illegittima mancata aggiudicazione della concessione; e, per altro verso, dal ritardo nella conclusione della procedura di gara.

7.1. La prima domanda risarcitoria è infondata.

Nell'ipotesi in esame, la responsabilità civile dell'amministrazione presuppone, quale elemento costitutivo essenziale della fattispecie, la illegittimità dell'attività provvedimento dalla quale deriverebbe il danno ingiusto.

Nel caso di specie, tuttavia, il provvedimento di esclusione (di cui alla determinazione del 16 aprile 2015, basato sul mancato rinnovo del periodo di efficacia della garanzia provvisoria), così come l'omessa aggiudicazione, non sono affette dai vizi di legittimità dedotti dall'appellante.

7.2. Come accennato sopra, la stazione appaltante ha sollecitato la mandataria ■■■■■ a rinnovare la polizza fideiussoria presentata in gara dal raggruppamento offerente, sia con la nota del 17 settembre 2014 sia con la nota del 4 dicembre 2014 (nella quale conclusivamente si segnalava che *«non avendo a tutt'oggi ricevuto quanto richiesto, si rinnova la richiesta e si attende riscontro entro le ore 12,00 di venerdì 12 dicembre 2014. Spirato il termine ultimo di cui sopra, senza ulteriore preavviso, [...] saremo costretti a ritenervi rinunciatari»*).

È pacifico in causa che la società non ha mai provveduto nel senso richiesto dalla stazione appaltante. Nella nota del 12 dicembre 2014, in risposta alla richiesta della stazione appaltante, la società ■■■■■ esplicitamente condizionava il rinnovo della polizza all'accollo del costo al ■■■■■ *«a titolo di*

acconto risarcimento», subordinando, quindi, l'adempimento a una condizione chiaramente illegittima.

7.3. Peraltro, non è condivisibile nemmeno la tesi secondo la quale la richiesta della stazione appaltante era illegittima.

La richiesta si giustificava, infatti, alla luce delle previsioni di cui all'art. 11, comma 6, secondo periodo («L'offerta è vincolante [...] per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine») e all'art. 75, comma 5 («La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. [...]») del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito, con statuizione dalla quale non vi è ragione di discostarsi nel caso di specie, che la *ratio* delle norme richiamate è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della procedura di gara (Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2020, n. 6989). L'espressa richiesta di rinnovare la garanzia provvisoria collegata all'offerta presentata ha quindi la funzione di mantenere ferma l'offerta per un ulteriore periodo oltre i canonici centottanta giorni, sollecitando l'offerente a manifestare espressamente e tempestivamente la propria volontà in un senso o nell'altro. Pertanto, come esattamente rilevato dal primo giudice, pur non potendosi ammettere una esclusione automatica dopo il decorso dei centottanta giorni dalla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, resta salva la possibilità dell'ente appaltante di esigere una dichiarazione esplicita di conferma dell'offerta da parte dell'operatore economico (ammissibile anche alla luce di generali principi: *arg.* dall'art. 1183 del codice civile), volta a garantire che il complesso delle operazioni di gara non venga vanificato dall'esercizio del recesso del concorrente (Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918).

7.4. In ogni caso, sul presupposto ormai affermato in giurisprudenza secondo cui le eventuali irregolarità o insufficienze della cauzione provvisoria non possono dar

luogo all'esclusione automatica dalla gara, ma impongono alla stazione appaltante l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), nel caso di specie le reiterate sollecitazioni rivolte al raggruppamento offerente hanno svolto anche la funzione di integrazione della documentazione e delle dichiarazioni da presentare con la domanda di partecipazione (è infondato, pertanto, anche il rilievo dell'appellante secondo cui la stazione appaltante avrebbe deciso l'esclusione senza previamente attivare il soccorso istruttorio).

Ne deriva come conseguenza che alla vicenda è applicabile anche la regola secondo cui, in caso di inutile decorso del termine assegnato per la regolarizzazione o integrazione, il concorrente è escluso dalla gara (nel sistema del codice del 2006 il riferimento va fatto agli articoli 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter*).

7.5. In definitiva, la domanda di risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione è infondata per il difetto dell'elemento della illegittimità dell'attività provvedimento. Stessa sorte va riservata alle domande aventi per oggetto il danno curriculare o profili di danno per responsabilità precontrattuale.

8. Anche la domanda del danno da ritardo è infondata, per le medesime considerazioni da ultimo enunciate: considerato, infatti, che l'esclusione dalla procedura e la mancata aggiudicazione non sono provvedimenti illegittimi, ne deriva come conseguenza che non è dimostrata la spettanza del provvedimento favorevole (nel caso di specie: l'aggiudicazione), presupposto essenziale per il riconoscimento del danno da ritardo.

8.1. In linea generale, vanno infatti richiamati i principi affermati dalla pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in tema di risarcimento del danno ingiusto per l'inosservanza dolosa o colposa del termine per la conclusione del procedimento (Ad. plen. 23 aprile 2021, n. 7), sia sotto il profilo della struttura della fattispecie di responsabilità dell'amministrazione (modellata sullo schema della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ., e non della

responsabilità contrattuale per inadempimento), sia per quel che concerne l'area dei danni risarcibili, da liquidare secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, anche facendo ricorso alla liquidazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.

In particolare, la richiamata sentenza dell'adunanza plenaria si segnala anche per avere escluso la risarcibilità del danno c.d. da mero ritardo, non ancorato a una valutazione concernente la spettanza del bene della vita preteso, ossia del provvedimento favorevole richiesto.

8.2. Peraltro, nemmeno si può sostenere che il danno lamentato derivi (quale conseguenza immediata e diretta: art. 1223 del codice civile) dalla durata del procedimento: le spese per la partecipazione alla gara e per la redazione dell'offerta tecnica sarebbero state ugualmente sopportate dall'operatore economico (inutilmente sopportate, ove l'o.e. – come nella specie - non si aggiudichi la gara) anche se il termine di conclusione della procedura di gara fosse stato rispettato.

8.3. Pertanto, l'unica voce di danno che avrebbe potuto essere pretesa dalla società appellante era quella relativa al rinnovo della polizza (che, tuttavia, come si è visto, la società non ha ritenuto di rinnovare).

8.4. Anche il danno derivante dalla perdita della *chance* di aggiudicazione di altri appalti, per il ritardo della procedura in esame, non è provato, considerato che l'appellante non ha allegato alcuna indicazione concreta di quali siano stati gli appalti non conclusi (anche nella relazione tecnica prodotta in primo grado si fa genericamente riferimento al fatto che [REDACTED] avrebbe «rinunciato ad impegnarsi in nuove iniziative lavorative e finanziarie, anche perché formalmente si era impegnata nei confronti del ceto bancario che avrebbe dovuto sostenere e finanziare l'opera», ma senza fornire indicazioni specifiche).

9. In conclusione, l'appello va integralmente respinto.

10. La disciplina delle spese giudiziali del grado di appello segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese giudiziali in favore del [REDACTED] [REDACTED] liquidate, per il grado di appello, in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre 15% spese generali e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO