

Pubblicato il 13/10/2023

N. 15185/2023 REG.PROV.COLL.
N. 10610/2023 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 il Lazio
(Sezione Terza Ter)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10610 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 910063733B, rappresentato e difeso dagli avvocati F. M., F. Z., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso (Omissis), domiciliataria *ex lege* in Roma, (Omissis);

nei confronti

-OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- degli atti e dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione nell'ambito della procedura di gara avente ad oggetto l'“affidamento dei lavori e delle forniture per la realizzazione di residenze e servizi correlati per gli studenti universitari, comprensiva di arredi, presso la sede decentrata di (Omissis) a (Omissis), mediante recupero funzionale degli edifici ex Conservatorio (Omissis), ed (Omissis), e loro aree esterne pertinenziali - CIG (Omissis), - (Omissis), - (Omissis), nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta la “revoca dell'aggiudicazione non efficace” in danno della ricorrente e, in particolare:

- della Disposizione n. -OMISSIS- del 19.06.2023 (prot.-OMISSIS- del 19.06.2023), mai comunicata nel “contenuto”, recante la revoca dell'aggiudicazione non efficace in danno al ricorrente in precedenza assunta con Disposizione -OMISSIS- del 19.12.2022, nonché della relativa nota di accompagnamento-OMISSIS- del 20.04.2023 inoltrata a mezzo pec in pari data;

- della conseguente nota -OMISSIS- del 21.06.2023 a mezzo della quale l'Amministrazione ha richiesto alla Compagnia assicurativa -OMISSIS- l'escussione della garanzia fidejussoria “definitiva”;

- della conseguente nota prot.-OMISSIS- del 5.07.2023 a mezzo della quale l'Amministrazione ha disposto la segnalazione dell'accaduto all'Anac;

- della nota prot. -OMISSIS- del 31.05.2023 a mezzo della quale l'Amministrazione ha respinto i chiarimenti forniti dal ricorrente circa presunte irregolarità fiscali ascrivibili unicamente alla propria consorziata designata -OMISSIS-;

- di tutti gli atti istruttori (ed in particolare delle note prot. -OMISSIS- del 25.01.2023, prot. -OMISSIS- del 10.02.2023, prot.-OMISSIS- del 17.04.2023 e prot. -OMISSIS- del 9.05.2023) relativi alla richiesta di chiarimenti sul possesso - in capo alla consorziata designata -OMISSIS- - del requisito della regolarità contributiva e fiscale;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione al concorrente seguente in graduatoria, ove nelle more adottato e mai comunicato;

- dell'eventuale provvedimento di escussione della garanzia provvisoria, ove nelle more adottato;

- ove occorra, del Bando, del Disciplinare, del Capitolato speciale d'appalto e di ogni altra norma, clausola, documento e atto di gara, se ed ove intesi nel senso fatto proprio dalla S.A.;

- ove occorra, dei verbali di gara in seduta pubblica e riservata;

- nonché di ogni altro atto, provvedimento o comportamento amministrativo - nessuno eccettuato e/o escluso - preliminare, preordinato, connesso, conseguente e/o consequenziale a quelli impugnati;

con richiesta:

- di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a.;
- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto;
- in ogni caso, di accertamento dell'illegittimità degli atti gravati, con conseguente annullamento, anche ai soli fini dell'annullamento del contestato provvedimento di escussione della garanzia "definitiva" di cui all'art. 103 del D.lgs. 50/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2023 il dott. Mario Gallucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il -OMISSIS- partecipava - in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (di seguito RTI) con le -OMISSIS-- alla procedura aperta bandita (Omissis), ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016 per l'affidamento di lavori e forniture presso la sede decentrata di (Omissis).
2. Ad esito della procedura di gara il predetto RTI risultava primo in graduatoria.
3. A seguito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, (Omissis) avviava i controlli sui requisiti dell'aggiudicatario e procedeva alla consegna in via d'urgenza delle prestazioni.
4. Sulla base delle prime informazioni acquisite, (Omissis) rilevava la sussistenza di irregolarità del Durc, della posizione fiscale e la presenza di un'annotazione nel casellario giudiziale con riguardo alla consorziata designata per l'esecuzione -OMISSIS-, rappresentando al consorzio stabile la possibilità di designare altra impresa consorziata che fosse in possesso dei prescritti requisiti ovvero di eseguire le prestazioni con le restanti consorziate già designate in sede di partecipazione alla gara.
5. Il Consorzio informava di voler eseguire le prestazioni con le restanti consorziate designate in sede di partecipazione.
6. (Omissis) riscontrava la nota dell'attuale ricorrente, evidenziando la situazione fiscale della -OMISSIS- con riguardo alla cartella di pagamento n. -OMISSIS- dell'importo di € 33.445,05, relativa all'anno di imposta 2016 e derivante da ruoli di liquidazione IVA. La cartella in parola risultava notificata alla consorziata designata in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, per cui essa era carente *ab origine* del requisito di regolarità fiscale e aveva reso una dichiarazione non veritiera in sede di partecipazione alla gara.
7. Alla richiesta di chiarimenti (Omissis) faceva seguito la risposta del ricorrente, nella quale si affermava che la Società -OMISSIS- non aveva ricevuto la comunicazione della cartella esattoriale, risultando agli atti dell'Agenzia delle Entrate solo la ricevuta di accettazione e non quella di consegna della pec della stessa.
8. Facendo seguito alla precedente comunicazione, (Omissis) rappresentava all'attuale ricorrente di aver ottenuto dalla competente Direzione Provinciale dell'Agenzia delle Entrate conferma dell'irregolarità fiscale a carico della consorziata designata, in quanto la cartella di pagamento *risulta essere originata dalla comunicazione n. 84231017401 di euro 34.295,70, notificata via pec il 08/11/2018*. L'Agenzia delle Entrate produceva la schermata del gestionale telematico attestante la consegna dell'avviso all'indirizzo pec della Società in data 08.11.2018.

9. Quindi, (Omissis) adottava il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva non efficace, che veniva impugnato dal consorzio, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, con ricorso affidato ai seguenti motivi:

a) *Violazione e falsa applicazione del § 5 del disciplinare sui requisiti generali e del § 23 del disciplinare sulla fase di verifica dei requisiti in vista dell'efficacia dell'aggiudicazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 c. 4 del D.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 30 del D.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione e buon andamento. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta, pretestuosità, erroneità. Violazione dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016.*

b) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 45, 46, 47 e 48 del D.Lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria e di apprezzamento dei profili rilevanti. Illogicità ed irragionevolezza del provvedimento di esclusione. Violazione dei principi valevoli in caso di partecipazione alle gare dei consorzi stabili. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione e buon andamento. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta, pretestuosità, erroneità.*

c) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 103 del D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del § 22 e 23 del disciplinare. Violazione delle disposizioni di gara e generali in punto di affidamento anticipato delle prestazioni. Violazione dell'art. 7 e dell'art. 3, 21-quinquies, 21-octies e 21-nonies della L. n. 241/1990 ed eccesso di potere per motivazione falsa, apparente o carente. Violazione dell'art. 30 del D.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dei principi enunciati dagli artt. 6, 7 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU nonché dagli artt. 1, Protocollo 1, e 4, Protocollo 7, della medesima Convenzione EDU, dagli artt. 16, 17, 47, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – Carta di Nizza, dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea – TUE, e dagli artt. 18, 49, 50, 54, 56, 57, 63 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE. Violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione e buon andamento. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta, pretestuosità, erroneità.*

d) *Illegittimità in via derivata dei provvedimenti "accessori" alla revoca d'aggiudicazione (i.e. escussione della garanzia definitiva o, in subordine, provvisoria, e segnalazione dell'accaduto all'Anac).*

Il consorzio richiede l'annullamento degli atti impugnati e il subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more.

Il ricorso si conclude con un'istanza risarcitoria per equivalente, proposta in subordine rispetto alla richiesta di annullamento e finalizzata ad ottenere il ristoro del danno da mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto, e con un'istanza di sospensione degli atti impugnati.

10. (Omissis) si costituiva a mezzo (Omissis), producendo memoria difensiva in vista della camera di consiglio del 2 agosto 2023, ad esito della quale con ordinanza n. -OMISSIS- veniva rigettata la richiesta di sospensione degli atti impugnati, in quanto il ricorso non appariva munito di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*.

10.1. In sintesi il Collegio osservava quanto segue.

10.1.1. Quanto all'assenza di *fumus*, la Stazione appaltante aveva applicato le disposizioni di cui al comma 4, primo periodo, e al comma 5, lettera f-bis) dell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016, ove non residuano margini di discrezionalità nell'esercizio del potere.

10.1.2. Quanto all'insussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, i tempi di definizione del presente contenzioso sono compatibili anche con un eventuale subentro del ricorrente, in quanto la durata minima prevista per l'esecuzione dei lavori è pari a 490 giorni; inoltre, il pregiudizio in argomento non è integrato dall'escussione della garanzia definitiva, in quanto essa, per sua natura, si presenta come danno risarcibile.

11. Parte ricorrente depositava memoria in vista dell'udienza pubblica del 4 ottobre 2023, ove la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo parte ricorrente solleva vizi di violazione di legge e di eccesso di potere con riguardo all'attività di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario svolta dalla stazione appaltante.

1.1. Il motivo è infondato.

1.2. Dallo svolgimento della verifica dei requisiti è originata l'istruttoria che ha condotto la stazione appaltante ad adottare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione non efficace.

Nel corso di tale fase la stazione appaltante ha garantito il contraddittorio con l'aggiudicatario, chiedendo chiarimenti e valutando le controdeduzioni dallo stesso presentate.

Tuttavia, le controdeduzioni non consentivano di superare il risultato negativo dei controlli con riguardo all'irregolarità della posizione fiscale della consorziata designata in data anteriore alla presentazione dell'offerta e, pertanto, la stazione appaltante revocava l'aggiudicazione non efficace. Si tratta di un provvedimento di autotutela pubblicistica, meglio qualificabile come annullamento d'ufficio, in quanto conseguente all'accertamento della carenza originaria di un requisito di partecipazione.

1.3. Parte ricorrente contesta il carattere di definitività del debito tributario, articolando la propria difesa sulla mancata notifica della cartella di pagamento successiva all'avviso di accertamento.

In realtà, dalla documentazione che la stazione appaltante ha acquisito dall'Agenzia delle Entrate si evince che in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte esisteva a carico della consorziata designata un debito tributario definitivo e grave, il cui avviso di accertamento era stato notificato via pec alla consorziata stessa.

Secondo costante giurisprudenza *la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale - in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento - bensì dalla comunicazione di quest'ultimo* (Consiglio di Stato, sez. V, 3439/2022; sez. III, 4575/2019; TAR Campania, Napoli, sez. I, 4011/2023).

1.4. Inoltre, il predetto debito non veniva dichiarato dall'operatore economico all'atto della partecipazione alla procedura, come emerge dal Documento di gara unico europeo (DGUE) relativo alla consorziata designata.

Il debito tributario avrebbe dovuto essere indicato nell'apposita sezione del DGUE, in quanto incidente sul possesso dei requisiti di ordine generale, al fine di consentire alla stazione appaltante di svolgere in modo corretto la valutazione di affidabilità professionale dell'operatore economico.

L'esistenza di un debito grave e definitivamente accertato è sanzionata dall'art. 80, comma 4, primo periodo, del D. Lgs. 50/2016 con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura.

Ugualmente sanzionata con l'esclusione è la presentazione di dichiarazioni non veritiere ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera f-bis).

A fronte del carattere espresso delle disposizioni di legge e della chiarezza della modulistica, la condotta del ricorrente si è caratterizzata per l'assenza di trasparenza e collaborazione e, quindi, si è posta in concreto come elusiva dei poteri di verifica della stazione appaltante, integrando due differenti motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016.

Con riferimento ai predetti motivi la stazione appaltante non è titolare di margini di discrezionalità nell'esercizio del potere, dovendo procedere all'esclusione dell'operatore economico quando ricorrono i presupposti previsti dalle disposizioni di legge.

2. Parimenti infondato è il secondo motivo, con cui parte ricorrente si duole della violazione della disciplina codicistica in materia di consorzi stabili e censura il provvedimento di revoca sotto vari profili dell'eccesso di potere.

2.1. Non è possibile consentire la sostituzione della consorziata designata che sia priva di un requisito di ordine generale in sede di presentazione dell'offerta.

2.2. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2022 e la giurisprudenza successiva hanno chiarito che, in caso di sopravvenuta perdita di un requisito di partecipazione, la

modifica soggettiva di un operatore economico plurisoggettivo può avvenire per riduzione oltre che in fase di esecuzione anche in fase di gara.

2.3. Il principio è applicabile anche ai consorzi stabili; pertanto, in caso di successiva perdita del requisito da parte di una consorziata designata, il consorzio può manifestare alla stazione appaltante che lo interpelli la volontà di proseguire la fase di gara ovvero quella esecutiva con le altre consorziate.

2.4. Diverso discorso va fatto con riguardo al possesso dei requisiti di partecipazione all'atto di presentazione dell'offerta.

In tal caso non è consentita la successiva modifica soggettiva dell'operatore economico in fase di gara ovvero in fase di esecuzione, poiché ciò rappresenterebbe una sorta di sanatoria *ex post* della carenza originaria di un requisito e si porrebbe in contrasto con la ratio antielusiva degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016.

La modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone pur sempre il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3615/2023; n. 2397 del 2020).

La concorde giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato ha chiarito le differenze tra consorzi ordinari e consorzi stabili, precisando che quest'ultimi hanno natura di soggetti collettivi autonomi rispetto alle consorziate (Cassazione civ., sez. I, sent. n. 1192/2018; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 9762/2022).

La dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale da parte della consorziata designata per l'esecuzione dell'appalto è finalizzata ad impedire che essa possa giovare della copertura del consorzio quale ente distinto, eludendo le verifiche di competenza della stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 6777/2023).

2.5. La stazione appaltante deve accertare che l'estromissione della consorziata dalla procedura risponda ad esigenze organizzative derivanti dalla perdita sopravvenuta dei requisiti e non sia invece finalizzata ad eludere l'esclusione dalla procedura per carenza originaria degli stessi.

La modifica in sostituzione, inoltre, non inficia la natura del consorzio, trattandosi, come si è detto, di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis.

Ciò in quanto la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 779/2023).

2.6. Alla luce delle osservazioni svolte, non persuade la lettura della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2022 sostenuta dal ricorrente.

La pronuncia citata estende alla fase di gara la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione, senza tuttavia includere la diversa ipotesi della carenza *ab origine* degli stessi.

La giurisprudenza ha considerato tali principi applicabili ai consorzi stabili (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3615/2023; n. 9762/2022).

La nozione di "fase di gara" riguarda il segmento procedimentale successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

L'immodificabilità assume un carattere relativo nella fase di gara e in sede di esecuzione del contratto, ove sono ammessi i mutamenti della composizione del consorzio in riduzione conseguenti alla perdita sopravvenuta dei requisiti da parte di una consorziata.

Dato che il carattere relativo dell'immodificabilità soggettiva è un precipitato del principio del *favor participationis*, la *ratio* di consentire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica non può giustificare una modificazione della compagine consortile animata da finalità elusive della mancanza originaria di un requisito di partecipazione, quale è la regolarità fiscale richiesta dall'art. 80, comma 4, del D. Lgs. 50/2016 con riguardo ai debiti gravi e definitivamente accertati.

Una diversa soluzione, volta a sanare *ex post* una situazione originaria di preclusione alla partecipazione alla gara, determinerebbe infatti una evidente violazione della *par condicio* tra i concorrenti. *Benché l'art. 48, co. 17, 18 e 19 ter, d.lgs. 50/2016 sia stato interpretato nel senso che la modifica soggettiva in senso riduttivo del R.T.I., in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte di una delle imprese raggruppate, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2), rimane fermo che tale possibilità è riconosciuta solamente per la perdita sopravvenuta dei requisiti e non anche per la mancanza originaria degli stessi, dovendo rimanere rispettata la condizione per cui la modifica soggettiva non deve perseguire finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione (cfr. art. 48, co. 19, d.lgs. 50/2016). Il recesso da un R.T.I. nel corso della procedura di gara non può, dunque, valere a sanare *ex post* cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione del principio della continuità dei requisiti di partecipazione e, di riflesso, della *par condicio* tra i concorrenti (Cons. Stato, Sez. V, n. 9864/2022; TAR Piemonte, sent. n. 1109/2022).*

3. Con il terzo motivo vengono denunciati sotto vari profili l'illegittimità e l'eccesso di potere con riguardo alla consegna anticipata delle prestazioni e all'escussione della cauzione definitiva.

3.1. L'atto di ritiro riguarda il provvedimento conclusivo dell'iter procedimentale finalizzato alla scelta del contraente e prodromico alla stipulazione del contratto e, pertanto, incide indirettamente sul rapporto contrattuale instaurato con l'esecuzione in via d'urgenza.

3.2. Il comma 13 dell'art. 32 del D. Lgs. 50/2016, applicabile *ratione temporis*, nel primo periodo stabilisce che in via generale l'esecuzione può avvenire solo dopo che il contratto è stato stipulato ed è divenuto efficace; nel secondo periodo contiene una clausola di salvezza riguardante i casi di urgenza in cui la stazione appaltante richiama l'esecuzione anticipata nei modi e alle condizioni previsti dal comma 8 del medesimo articolo.

3.3. Il comma 8 dell'art. 32 del D. Lgs. 50/2016 contempla i presupposti applicativi specifici dell'istituto dell'esecuzione in via d'urgenza e prevede che *nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna, e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie*.

3.4. L'art. 8, comma 1, alinea, del D.L. 76/2020, convertito con modificazioni dalla L. 120/2020, ha disancorato *ad tempus* l'istituto dai presupposti di cui all'art. 32, fissando al 31 dicembre 2021 il termine finale di efficacia della disposizione, poi prorogato dall'art. 51 del D. L. 77/2021 fino al 30 giugno 2023. Pur non interessando il caso di specie, ai fini di una ricostruzione completa del quadro normativo si osserva che il termine in argomento è stato espunto dall'art. 224, comma 2, lettera c), del D. Lgs. 36/2023. Ai sensi della lettera a) del citato art. 8 è *sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura*.

3.5. Nel capitolato speciale, l'art. 20, punto 6) opera un rinvio alla normativa vigente, prevedendo che la stazione appaltante può procedere in via d'urgenza alla consegna delle prestazioni ai sensi dell'art. 8, comma 1, lettera a) del D.L. n. 76/2020 convertito con modifiche in Legge n. 120/2020, così come modificato dalla L. 108/2021, in deroga all'art. 32 del D. Lgs. 50/2016.

3.6. L'esecuzione in via d'urgenza può intervenire in presenza di un'aggiudicazione definitiva non ancora efficace e, pertanto, si concreta in un'anticipazione del rapporto contrattuale nel corso della fase pubblicistica che precede la stipulazione del contratto. All'istituto disciplinato dall'art. 32 del D. Lgs. 50/2016 è sottesa una *ratio* acceleratoria, ulteriormente rafforzata dalla novella legislativa del 2020.

Con il verbale di consegna delle prestazioni la stazione appaltante fa sorgere un rapporto contrattuale *sub condicione*, la cui prosecuzione dipende all'esito positivo della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, esito che a sua volta rappresenta il presupposto per addivenire alla stipulazione del contratto.

La stipulazione segna la prosecuzione del rapporto contrattuale così instaurato, la cui durata decorre dal verbale di consegna delle prestazioni.

3.7. Nel caso di specie, il *processo verbale di consegna dei lavori sotto riserva di legge* reca la data del 09.01.2023 e da esso risulta che i lavori sono stati accettati dall'attuale ricorrente *senza sollevare riserva o eccezione alcuna*.

3.8. L'esecuzione richiede la prestazione della garanzia relativa a tale fase ai sensi dell'art. 103 del D. Lgs. 50/2016 e, in coerenza con questo principio, il capitolato speciale di gara prevede all'art. 16, punto 1), che la garanzia definitiva a favore della Stazione appaltante debba essere costituita prima della data della stipula del contratto o, se precedente, della data del verbale di consegna.

3.9. L'esecuzione in via d'urgenza comporta che il verbale di consegna preceda la stipulazione del contratto.

Presentando l'offerta l'operatore economico si obbligava - come previsto dal capitolato speciale - a costituire la garanzia definitiva in vista del verbale di consegna, garanzia che veniva poi escussa a seguito del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione.

3.10. Si tratta di un'escussione che non consegue alla contestazione di uno specifico inadempimento, ma all'esclusione dell'operatore economico a seguito dell'accertamento della carenza originaria di un requisito nel corso dell'esecuzione in via d'urgenza.

L'esclusione riguarda direttamente la fase pubblicistica della procedura e si riverbera sul rapporto instaurato con la consegna delle prestazioni in data anteriore alla stipulazione del contratto, rendendo impossibile il raggiungimento del risultato cui è preordinato l'appalto.

3.11. L'instaurazione del rapporto contrattuale in via d'urgenza in data anteriore alla stipula del contratto richiede la prestazione della cauzione relativa all'esecuzione.

Diversamente ragionando, si assisterebbe ad un segmento della fase esecutiva non sorretto da idonee garanzie in relazione alle prestazioni da eseguire nei confronti della stazione appaltante.

L'unitarietà della fase esecutiva trova conferma nel capitolato speciale, in quanto dalla consegna delle prestazioni viene fatto decorrere il termine di durata del rapporto contrattuale, la cui prosecuzione è condizionata all'esito positivo del controllo dei requisiti.

Non può essere condivisa la tesi di parte ricorrente, in base alla quale la cauzione sarebbe stata escussa oltre che in difetto dei presupposti - stante l'asserita illegittimità dell'esclusione -, anche al di fuori delle ipotesi previste dalla legge.

A tal proposito è necessario analizzare il rapporto tra l'art. 93 e l'art. 103 del D. Lgs. 50/2016.

In base all'art. 93, comma 6, la garanzia provvisoria *copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...); la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto*.

L'art. 103, comma 1, del D. Lgs. 50/2016 riferisce invece la garanzia definitiva *a tutte le obbligazioni del contratto e al risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, al rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore*.

Nel caso in esame, il passaggio alla fase esecutiva è segnato dalla scelta della stazione appaltante di procedere all'esecuzione in via d'urgenza e determina l'obbligo di costituzione della garanzia definitiva, obbligo assunto in sede di offerta dall'attuale ricorrente in quanto previsto nel capitolato speciale. L'inammissibilità di un'esecuzione senza garanzia per la stazione appaltante è evidenziata dal comma 3 dell'art. 103 citato: *la mancata costituzione della garanzia che assiste la fase esecutiva di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue in graduatoria*.

3.12. Il motivo è infondato, non essendo possibile far derivare dalla lettura congiunta degli articoli 32, 93 e 103 del D. Lgs. 50/2016 una *deminutio* ovvero un vuoto di tutela per la stazione appaltante che ordini l'esecuzione in via d'urgenza.

4. Con il quarto motivo parte ricorrente si duole dell'illegittimità in via derivata dei provvedimenti *accessori* alla revoca d'aggiudicazione, quali l'escussione della garanzia definitiva e la segnalazione dell'accaduto all'Autorità nazionale anticorruzione.

4.1. Il motivo è privo di pregio.

4.2. I provvedimenti accessori sono conseguenti alla revoca dell'aggiudicazione, della quale si è evidenziata la legittimità nei precedenti paragrafi.

Nel caso in esame il provvedimento di autotutela è intervenuto quando nella fase di gara era stato anticipato un segmento della successiva fase esecutiva.

L'incidenza della revoca sul rapporto contrattuale è indiretta, trattandosi di un provvedimento di secondo grado che *in primis* travolge l'aggiudicazione e, quale conseguenza derivata, pone termine al rapporto contrattuale stesso instaurato *sub condicione* dell'esito positivo della verifica dei requisiti. Per quanto riguarda la segnalazione all'Anac in caso di falsa dichiarazione, costituisce *ius receptum* che essa sia una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione.

Tale principio si ricava dal tenore letterale del comma 12 dell'art. 80 del D. Lgs. 50/2016, ove è previsto che *in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione (...) la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità (...)*. L'utilizzo dell'indicativo presente e la precisa determinazione dei presupposti di fatto chiariscono che in capo alla stazione appaltante non residuano margini di discrezionalità nell'applicazione della norma, configurandosi la segnalazione come un potere-dovere.

5. In conclusione, i provvedimenti impugnati resistono a tutte le censure prospettate dal ricorrente, per cui la domanda di annullamento degli stessi e la richiesta di subentro nel contratto eventualmente stipulato devono essere rigettate per infondatezza.

6. Parimenti da respingere è la connessa istanza risarcitoria, che è priva di fondamento, non essendosi concretizzati i profili di ingiustizia asseriti dal ricorrente.

7. Il ricorso deve essere respinto, mentre sussistono giusti e particolari motivi, in ragione della novità e della complessità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Paola Patatini, Consigliere

Mario Gallucci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Mario Gallucci

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.