

Pubblicato il 08/04/2022

N. 00789/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00524/2022 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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 524 del 2022, proposto da

Il Point S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

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 e domicilio fisico presso l'Ufficio Legale di Aria Spa in Milano, via Torquato Taramelli, 26;

nei confronti

Italiana Assicurazioni - Compagnia Italiana di Previdenza, Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. IA2022.0008876 del 14.2.2022 con cui ARIA S.p.A. ha disposto l'escussione della garanzia provvisoria n. 2021/13/6589040 costituita da Il Point s.r.l. in sede di partecipazione alla gara ARIA_2020_017 per la fornitura di ausili per disabili - Lotti 1 e 2;
- del provvedimento del 10.3.2022 recante diniego di annullamento in autotutela del provvedimento prot. n. IA2022.0008876 del 14.2.2022 di escussione della garanzia provvisoria;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali nonché per la condanna di ARIA S.p.A. alla restituzione delle somme eventualmente percepite a seguito dell'escussione della garanzia provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2022 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria Spa (controllata dalla Regione Lombardia e svolgente la funzione di centrale regionale di committenza) indiceva una gara d'appalto per l'affidamento della fornitura di ausili per disabili da destinare agli enti del servizio sanitario regionale.

La gara era divisa in 51 lotti ed al termine della stessa la società esponente risultava aggiudicataria dei lotti n. 1 e n. 2.

Il contratto di appalto non era però stipulato, sicché con determinazione n. 1107 del 2021 Aria spa disponeva la revoca dell'aggiudicazione a favore di Il Point Srl dei due lotti succitati e con successivo atto del 14.2.2022 chiedeva

l'escussione della garanzia provvisoria, prestata per i due lotti a favore dell'esponente da parte di Italiana Assicurazioni Spa.

Il Point Srl presentava ad Aria Spa istanza per l'annullamento in autotutela della citata richiesta di escussione ma la stazione appaltante confermava la propria posizione con atto del 10.3.2022.

Contro i due atti di Aria Spa da ultimo menzionati e relativi all'escussione della garanzia provvisoria era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio Aria Spa, concludendo per l'inammissibilità per difetto di giurisdizione ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

All'udienza in camera di consiglio del 5.4.2022 il Presidente dava dapprima avviso della possibilità di una sentenza in forma semplificata; la causa era poi discussa e trattenuta in decisione.

2. Deve essere esaminata in via preliminare l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito a favore del giudice ordinario, sollevata dalla difesa della parte resistente.

L'eccezione appare fondata, per le ragioni che seguono.

2.1 L'Amministrazione, dopo l'aggiudicazione dei due lotti, ha revocato quest'ultima con provvedimento n. 1107/2021 (cfr. il doc. 16 della ricorrente) reputando che la società esponente si sarebbe rifiutata illegittimamente di sottoscrivere i contratti conseguenti all'affidamento degli appalti (si veda anche la comunicazione di avvio del procedimento di revoca, doc. 11 della ricorrente).

L'atto di revoca non è stato oggetto di impugnazione da parte di Il Point Srl.

Aria Spa ha poi chiesto l'escussione della garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"), confermando tale intendimento anche dopo che la società esponente ha insistito per l'annullamento in autotutela della richiesta originaria (cfr. i documenti 18 e 22 della ricorrente per gli atti ivi impugnati).

Nel gravame in epigrafe viene contestata sotto vari profili la pretesa di Aria Spa di escutere la garanzia provvisoria di cui al citato art. 93.

Orbene, reputa il Collegio che le questioni attinenti l'escussione della garanzia di cui sopra esulino dalla giurisdizione del giudice adito.

Sul punto appare utile richiamare, quale precedente conforme ex art. 74 del c.p.a., la recente sentenza di questa Sezione n. 598 del 14.3.2022.

Anche nel caso ivi esaminato, a fronte del rifiuto dell'aggiudicatario di sottoscrizione del contratto d'appalto a causa dell'asserito sopravvenuto aumento dei prezzi dei propri acquisiti ed alla conseguente revoca dell'aggiudicazione, il Tribunale Amministrativo ha ritenuto non sussistente la propria giurisdizione in quanto:

- la giurisdizione si determina non in base alla prospettazione delle parti bensì con riguardo alla concreta posizione giuridica dedotta in giudizio, avuto riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico cui tali fatti si riferiscono (c.d. *petitum* sostanziale);
- l'escussione della polizza non è la conseguenza automatica di un provvedimento amministrativo autoritativo, dovendosi invece considerare la revoca dell'aggiudicazione quale "conseguenziale determinazione" della stazione appaltante a fronte del rifiuto di stipulare il contratto;
- la revoca non è quindi espressione di una potestà pubblicistica, posto che la fase pubblicistica si è esaurita con l'aggiudicazione dei due lotti di cui è causa e la "revoca", ad onta dell'espressione utilizzata dall'appaltante, non è un provvedimento amministrativo di secondo grado che incide su un altro provvedimento ma nasce dalla constatazione, da parte dell'Amministrazione, dell'impossibilità di sottoscrivere il contratto per fatto dell'affidatario;
- non può di conseguenza trovare applicazione nel caso di specie la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 9005/2021, cui ha fatto riferimento il pur abile difensore della ricorrente durante la discussione orale, giacché nel caso deciso dai Supremi Giudici l'escussione era conseguente

all'esclusione dalla gara di un partecipante, non essendosi ancora concluso l'iter dell'aggiudicazione.

2.2 Conforta tale conclusione la circostanza che nella presente fattispecie, così come in quella decisa con la citata sentenza n. 598/2022, la cauzione ha natura di contratto autonomo di garanzia.

Infatti, come risulta dalla lettura delle clausole contrattuali di polizza (cfr. il doc. 4 della ricorrente), la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto del contraente (art. 1) ed il Garante deve corrispondere l'importo dovuto entro 15 giorni dal ricevimento della "semplice richiesta scritta della Stazione appaltante" (art. 4); inoltre (così sempre l'art. 4) lo stesso Garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 del codice civile e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2 del codice civile.

Il Garante è poi surrogato alla Stazione appaltante in tutti i diritti della stessa contro il contraente, nei limiti delle somme pagate (art. 5).

Sulla natura del contratto autonomo di garanzia e sulle conseguenze che ne derivano a favore della giurisdizione del giudice ordinario sia consentito ancora, per ragioni di economia espositiva, il richiamo alla citata sentenza n. 598/2022 ed al suo convincente e diffuso apparato motivazionale.

2.3 Il presente ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore dell'autorità giudiziaria ordinaria, davanti alla quale la causa potrà essere riproposta nei modi e nei termini di cui all'art. 11 del c.p.a.

3. Le spese di lite possono essere interamente compensate, attesa la complessità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Laura Patelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO