

**NELLE CONCESSIONI E' LEGITTIMA LA CLAUSOLA CHE  
RAPPORTI L'IMPORTO DELLA GARANZIA PROVVISORIA AL  
VALORE TOTALE DELLA CONCESSIONE (FATTURATO) E NON  
AL VALORE DEI CANONI**

[TAR Lazio, sez. II-bis, 21.11.2023 n. 17320](#)

**Massime**

<< non può ritenersi irragionevole la clausola del bando che parametrà l'importo della cauzione al valore totale della concessione, ovvero al suo fatturato totale, sia perché tale valore è quello espressamente preso in considerazione dall'art. 167 d. lgs. n. 50/16 sia perché tale parametro tiene conto della peculiarità del fenomeno concessorio in cui il principale vantaggio conseguito dal concessionario è costituito dai proventi derivanti dall'utenza (delibera Anac n. 480 del 29/05/19; parere Anac n. 96 del 26/11/14; Cons. Stato n. 2717/15; A.P. n. 19/13) per cui sarebbe riduttivo fare riferimento, come pretende parte ricorrente, ad elementi secondari nell'economia del rapporto come nella fattispecie il canone fisso ed annuo variabile, di importo decisamente inferiore>>

Publicato il 21/11/2023

**N. 17320/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 03420/2023 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 Seconda Bis)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3420 del 2023, proposto da ATI FABIO DE LILLO E MARCO DE LILLO in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Lorenzo Aureli e Franco Coccoli che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

### ***contro***

COMUNE DI TREVIGNANO ROMANO, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Gianluigi Pellegrino che lo rappresenta e difende nel presente giudizio

### ***per l'annullamento***

dei seguenti atti:

- determina n. 31 del 17/01/23, con cui il Comune di Trevignano Romano ha annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, nella parte in cui ha implicitamente disposto l'escussione della garanzia provvisoria;
- punto 6 del bando pubblicato in data 11/07/22, rubricato “*Garanzie e contributo ANAC (ex AVCP)*”, recante la determinazione dell'importo della garanzia provvisoria in riferimento al valore complessivo della concessione e non alla base d'asta;
- note del 24/01/23, 31/01/23 e 02/02/23 con cui il Comune ha richiesto alla Compagnia Assicurativa della ricorrente il pagamento della cauzione provvisoria in relazione alla polizza n. KL015223/PV del 02/09/22 pari ad euro 458.662,74;
- determinazione dirigenziale n. 492 dell'11/10/22 nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha disposto l'aggiudicazione nei confronti della ricorrente

(ancorché subordinata all'esito delle verifiche sui requisiti di partecipazione) anziché prevederne l'esclusione all'esito della previa verifica dei requisiti medesimi;  
- determinazione dirigenziale R.S. n. 592 R.G. 1179 del 22/11/22 nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha dichiarato l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente ad eccezione della regolarità fiscale, anziché attendere l'esito delle verifiche in ordine alla regolarità fiscale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trevignano Romano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso notificato il 16/02/23 e depositato il 27/02/23 l'Ati Fabio De Lillo e Marco De Lillo ha impugnato la determina n. 31 del 17/01/23, con cui il Comune di Trevignano Romano ha annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, nella parte in cui ha implicitamente disposto l'escussione della garanzia provvisoria, il punto 6 del bando pubblicato in data 11/07/22, rubricato "*Garanzie e contributo ANAC (ex AVCP)*", recante la determinazione dell'importo della garanzia provvisoria in riferimento al valore complessivo della concessione e non alla base d'asta, le note del 24/01/23, 31/01/23 e 02/02/23, con cui il Comune ha richiesto alla Compagnia Assicurativa della ricorrente il pagamento della cauzione provvisoria in relazione alla polizza n. KL015223/PV del 02/09/22 pari ad euro 458.662,74, la

determinazione dirigenziale n. 492 dell'11/10/22, nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha disposto l'aggiudicazione nei confronti della ricorrente (ancorché subordinata all'esito delle verifiche sui requisiti di partecipazione) anziché prevederne l'esclusione all'esito della previa verifica dei requisiti medesimi, e la determinazione dirigenziale R.S. n. 592 R.G. 1179 del 22/11/22, nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha dichiarato l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente ad eccezione della regolarità fiscale, anziché attendere l'esito delle verifiche in ordine alla regolarità fiscale.

Il Comune di Trevignano Romano, costituitosi in giudizio con comparsa depositata il 12/05/23, ha concluso per la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 07/11/23, così fissata a seguito di due rinvii richiesti congiuntamente dalle parti per trattative di bonario componimento poi non andate a buon fine, il Tribunale, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., ha dato avviso della possibile esistenza di profili d'irricevibilità ed inammissibilità del gravame; all'esito, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è inammissibile, irricevibile ed infondato secondo quanto in prosieguo specificato.

L'Ati Fabio De Lillo e Marco De Lillo impugna la determina n. 31 del 17/01/23, con cui il Comune di Trevignano Romano ha annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, nella parte in cui ha implicitamente disposto l'escussione della garanzia provvisoria, il punto 6 del bando pubblicato in data 11/07/22, rubricato "*Garanzie e contributo ANAC (ex AVCP)*", recante la determinazione dell'importo della garanzia provvisoria in riferimento al valore complessivo della concessione e non alla base d'asta, le note del 24/01/23, 31/01/23 e 02/02/23, con cui il Comune ha richiesto alla Compagnia Assicurativa della ricorrente il pagamento della cauzione provvisoria in relazione alla polizza n. KL015223/PV del 02/09/22 pari ad euro 458.662,74, la

determinazione dirigenziale n. 492 dell'11/10/22, nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha disposto l'aggiudicazione nei confronti della ricorrente (ancorché subordinata all'esito delle verifiche sui requisiti di partecipazione) anziché prevederne l'esclusione all'esito della previa verifica dei requisiti medesimi, e la determinazione dirigenziale R.S. n. 592 R.G. 1179 del 22/11/22 nella parte in cui il Comune di Trevignano Romano ha dichiarato l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente ad eccezione della regolarità fiscale, anziché attendere l'esito delle verifiche in ordine alla regolarità fiscale.

Dall'esposizione dei fatti presente nel gravame emerge che:

- con bando pubblicato in data 11/07/22 il Comune di Trevignano Romano ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento in concessione del “*Servizio di gestione della farmacia comunale di nuova istituzione del Comune di Trevignano Romano (CIG: 9087781220)*”;
- entro il 09/09/22, termine di scadenza previsto dal bando, è pervenuta solo l'offerta della ricorrente;
- all'esito della procedura di gara, con determinazione dirigenziale n. 492 dell'11/10/22 il Comune ha aggiudicato la concessione alla ricorrente “*...con efficacia subordinata all'esito positivo delle verifiche in merito al possesso dei requisiti di partecipazione...*”;
- con pec inviate rispettivamente in date 08/11/22 e 15/11/22 la società ASMEL Consortile, incaricata dalla stazione appaltante della verifica dei requisiti di partecipazione, ha comunicato l'esito positivo di tali verifiche con impegno da parte di quest'ultima “*...a integrare la documentazione necessaria non appena pervenuta...*”;
- con determinazione dirigenziale R.S. n. 592 R.G. 1179 del 22/11/22 il Comune ha dichiarato l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente in virtù dell'esito positivo delle verifiche ad eccezione della regolarità fiscale non ancora confermata dalla ASMEL Consortile;
- in data 02/12/22 la società ASMEL Consortile ha comunicato che dalle verifiche fiscali effettuate presso l'Agenzia delle entrate risultavano violazioni gravi,

definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse a carico di Fabio De Lillo, quale mandatario dell'ATI ricorrente;

- con nota prot. n. 193063 del 15/12/22 la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela della determina di aggiudicazione definitiva assegnando alla stessa un termine di 10 giorni per le controdeduzioni;

- all'esito del contraddittorio, con determina n. 31 del 17/01/23 il Comune ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/90 disponendo, altresì, l'escussione della garanzia provvisoria e la segnalazione all'ANAC in quanto *"...la situazione risultante dal contraddittorio conferma l'assenza di uno dei requisiti morali necessari alla partecipazione alla gara e costituisce causa di esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto ai sensi dell'art. 80, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016..."*;

- con note del 24/01/23, 31/01/23 e 02/02/23 l'ente locale ha richiesto alla Compagnia Assicurativa della ricorrente il pagamento della cauzione provvisoria in relazione alla polizza n. KL015223/PV del 02/09/22 pari ad euro 458.662,74.

Con le prime due censure, tra loro connesse, la ricorrente prospetta:

- la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 93 d. lgs. n. 50/16 e 11 del bando di gara nonché violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e *par condicio* e l'eccesso di potere sotto vari profili in quanto l'operato della stazione appaltante si porrebbe in contrasto con la disciplina di gara; in particolare, l'art. 11.1 del bando prevederebbe che la verifica dei requisiti avvenga dopo l'aggiudicazione provvisoria e costituisca il presupposto per addivenire all'aggiudicazione definitiva mentre nella fattispecie la stazione appaltante con determinazione dirigenziale n. 492 dell'11/10/22 avrebbe disposto l'aggiudicazione in favore della ricorrente, con efficacia subordinata all'esito positivo delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, con determina dirigenziale n. 592 del 22/11/22 avrebbe dichiarato l'efficacia

dell'aggiudicazione definitiva nonostante non fosse stata completata la verifica della regolarità fiscale e con determina n. 31 del 17/01/23 avrebbe annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/90 in ragione dell'irregolarità fiscale *medio tempore* accertata. Un siffatto *modus procedendi* pregiudicherebbe la ricorrente dal momento che, se la verifica dei requisiti fosse stata effettuata dopo l'aggiudicazione provvisoria, la stazione appaltante non avrebbe potuto escutere la garanzia provvisoria come stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7 del 2022; l'operato dell'amministrazione, pertanto, oltre a discostarsi immotivatamente da quanto previsto nella *lex specialis*, si porrebbe in contrasto con i principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (prima doglianza); - la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 93 d. lgs. n. 50/16 e 11 del bando di gara nonché violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e *par condicio* e l'eccesso di potere sotto vari profili in quanto, anche a volere ritenere non vincolante la disciplina della legge di gara, in data 22/11/22 la stazione appaltante non avrebbe potuto dichiarare l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e, quindi, procedere all'escussione della garanzia provvisoria secondo quanto previsto dalla sentenza n. 7/22 dell'Adunanza Plenaria (seconda doglianza).

I motivi sono inammissibili ed infondati.

Come espressamente precisato nel gravame, parte ricorrente si duole dell'illegittimità degli atti impugnati al solo fine di evitare l'escussione della garanzia provvisoria presentata per la partecipazione alla procedura di gara.

Ciò posto, il Tribunale rileva che, secondo il bando di gara:

- “La garanzia provvisoria copre e può essere escussa nei seguenti casi:
  - mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'operatore economico;

· *falsa dichiarazione nella documentazione presentata in sede di offerta, ovvero qualora non venga fornita la prova del possesso dei requisiti individuati al precedente paragrafo 3.8. b Requisiti di partecipazione.*

· *mancata produzione della documentazione richiesta per la stipula del contratto, nel termine stabilito o in quello eventualmente prorogato;*

· *mancato adempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla presente procedura” (art. 6.1);*

- *“Il Responsabile di Gara, concluse le operazioni di cui sopra, si pronuncia in merito all’aggiudicazione provvisoria e, al fine della verifica della sussistenza e persistenza dei requisiti dichiarati all’atto della presentazione dell’offerta, provvederà ad acquisire d’ufficio tutta la documentazione che le pubbliche amministrazioni sono tenute a rilasciare, idonea e sufficiente a dimostrare tutti i fatti, gli stati, le qualità e i requisiti indicati nelle dichiarazioni sostitutive rese dall’operatore economico aggiudicatario, nonché all’operatore economico che segue. Il tutto anche per il tramite del sistema AVCPASS, descritto al precedente paragrafo 3.8 - Requisiti di partecipazione e punto 9 - Controllo del possesso dei requisiti.*

*Qualora il possesso dei requisiti non risulti confermato dalla documentazione prodotta a comprova, si procederà all’esclusione dalla procedura dell’operatore economico, ferme restando le ulteriori conseguenze previste dalle disposizioni normative vigenti. In tale caso, la Stazione Appaltante, riservandosi il diritto di escutere la garanzia provvisoria, potrà scorrere la graduatoria provvisoria, procedendo alle attività di verifica ed agli ulteriori adempimenti nei confronti dell’operatore economico che segue nella graduatoria.*

*L’esito positivo delle predette verifiche è condizione necessaria ai fini dell’aggiudicazione definitiva” (art. 11.1).*

Orbene, anche a seguire l’impostazione di parte ricorrente, relativa all’inderogabilità della disciplina di gara nella parte in cui prescrive il segmento procedimentale *“proposta di aggiudicazione – verifica dei requisiti – successiva aggiudicazione”*, il Tribunale rileva che nella sequenza procedimentale, ivi prevista, gli artt. 6.1 e 11.1 del bando consentono espressamente alla stazione appaltante di

incamerare la cauzione provvisoria in ogni caso di verifica negativa dei requisiti dichiarati dal partecipante alla gara classificatosi al primo posto della graduatoria provvisoria.

Tali clausole non sono state impugnate da parte ricorrente né può ritenersene la nullità ex art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16, non venendo in rilievo cause di esclusione dalla gara.

Ne deriva che il vizio di legittimità che parte ricorrente prospetta in relazione agli atti impugnati riguarda, in realtà, gli artt. 6.1 e 11.1 del bando, che, in questa specifica parte (ovvero laddove consentono l'escussione della garanzia provvisoria in tutte le ipotesi di mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione), non risultano attinti da specifica censura e di cui le gravate determine dirigenziali costituiscono pedissequa applicazione di talchè le stesse non sono annullabili in questa sede.

Per altro, la censura risulta irricevibile nella parte in cui impugna le determine n. 492 dell'11/10/22 e n. 592 del 22/11/22 in quanto la notifica del ricorso è avvenuta il 16/02/23 e, quindi, ben oltre il termine decadenziale d'impugnazione di trenta giorni decorrente dalla conoscenza degli atti riferibile almeno alla data di comunicazione di avvio del procedimento del 15/12/22 riscontrata dalla ricorrente il 23/12/22 (come espressamente da essa dedotto a pag. 4 dell'atto introduttivo).

Solo per esigenza di completezza il Tribunale rileva che la doglianza, inoltre, è inammissibile per carenza di posizione legittimante e d'interesse e, comunque, per violazione dei principi di buona fede, cui è tenuto anche il partecipante alla gara nei rapporti con l'amministrazione (art. 1 comma 2 bis l. n. 241/90) nella parte in cui pone a fondamento della domanda caducatoria la pretesa ad evitare l'escussione della garanzia provvisoria nel caso di false dichiarazioni sui requisiti presentate ai fini della partecipazione alla gara.

Infatti, parte ricorrente invoca l'applicazione di un *modus procedendi* (che prevede la verifica dei requisiti dopo la proposta di aggiudicazione) diverso rispetto a quello

indicato dall'art. 32 d. lgs. n. 50/16 (che colloca la fase di verifica dei requisiti dopo l'aggiudicazione), poi effettivamente seguito dalla stazione appaltante, e ciò al solo fine di garantirsi l'immunità da conseguenze di tipo patrimoniale in relazione alle false dichiarazioni rese, ai fini della partecipazione alla gara, in merito al possesso dei requisiti; tale interesse, però, non è tutelato da alcuna norma giuridica e risulta non conforme ai principi di buona fede (art. 1 l. n. 241/90) e di buon andamento ed imparzialità di cui parte ricorrente non congruamente invoca l'applicazione (la garanzia provvisoria, infatti, è posta a presidio della serietà dell'offerta dell'operatore ed è finalizzata ad evitare alla stazione appaltante defatiganti procedure di appalto).

Quanto fin qui evidenziato induce il Tribunale a ritenere inaccoglibile la prima censura.

Con riferimento specifico al secondo motivo, il Collegio rileva che, per le ragioni sopra indicate, la determina del 22/11/22 deve ritenersi tardivamente impugnata; inoltre, la doglianza parte dall'erroneo presupposto per cui la garanzia provvisoria opererebbe solo *“dal momento successivo a quello in cui l'aggiudicazione definitiva diviene efficace e produttiva di effetti nell'ambito dell'ordinamento giuridico”* (pag. 12 dell'atto introduttivo).

Tale impostazione non trova, però, alcun riscontro né nel dettato normativo, posto che l'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, ai fini dell'operatività della garanzia, richiama genericamente solo l'avvenuta aggiudicazione senza distinguere tra aggiudicazione *“pura e semplice”* (art. 32 comma 6 d. lgs. n. 50/16) e aggiudicazione divenuta *“efficace”* a seguito della positiva verifica dei requisiti (art. 32 comma 7 d. lgs. n. 50/16), né nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 7/22, invocata dalla ricorrente, la quale si è limitata ad evidenziare che *“il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...))» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo*

*compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione"* con ciò escludendo ogni distinzione, ai fini dell'operatività della garanzia, tra aggiudicazione non efficace ed aggiudicazione efficace.

Con la terza censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 93 e 167 d. lgs. n. 50/16, 1, 3 e 21 nonies l. n. 241/90 e violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza e *par condicio* nonché eccesso di potere sotto vari profili in quanto il bando avrebbe erroneamente determinato l'importo della cauzione in riferimento al valore complessivo della concessione, quale desumibile dall'art. 167 d. lgs. n. 50/16 (che, invece, rileverebbe ai soli fini d'individuazione della soglia e della conseguente procedura applicabile ex art. 35 d. lgs. n. 50/16), e non dell'importo a base d'asta.

Il motivo è irricevibile ed infondato.

Parte ricorrente contesta la clausola impositiva della garanzia provvisoria nella misura indicata dall'art. 6.1 del bando a pena di esclusione, come ivi espressamente previsto; trattandosi di adempimento previsto a pena di esclusione esso, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, avrebbe dovuto essere censurato attraverso l'immediata impugnazione del bando (A.P. n. 4/18 e n. 1/03; con riferimento a fattispecie impositiva di garanzia provvisoria di cui era contestato l'importo si veda Cons. Stato n. 2717/15) il che nella fattispecie non è avvenuto.

Ne consegue l'irricevibilità della doglianza come pure eccepito dalla parte resistente.

Anche nel merito, comunque, la censura è infondata.

Secondo il d. lgs. n. 50/16:

- *"l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"* (art. 93 comma 1);

- *“il valore di una concessione, ai fini di cui all'articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi”* (art. 167 comma 1).

In proposito, non può ritenersi irragionevole la clausola del bando che parametrizza l'importo della cauzione al valore totale della concessione, ovvero al suo fatturato totale, sia perché tale valore è quello espressamente preso in considerazione dall'art. 167 d. lgs. n. 50/16 sia perché tale parametro tiene conto della peculiarità del fenomeno concessorio in cui il principale vantaggio conseguito dal concessionario è costituito dai proventi derivanti dall'utenza (delibera Anac n. 480 del 29/05/19; parere Anac n. 96 del 26/11/14; Cons. Stato n. 2717/15; A.P. n. 19/13) per cui sarebbe riduttivo fare riferimento, come pretende parte ricorrente, ad elementi secondari nell'economia del rapporto come nella fattispecie il canone fisso ed annuo variabile, di importo decisamente inferiore.

Per questi motivi il ricorso è inammissibile, irricevibile ed infondato.

La ricorrente, in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo è liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara l'inammissibilità, l'irricevibilità e l'infondatezza del ricorso secondo quanto indicato in motivazione;
- 2) condanna la ricorrente a pagare, in favore del Comune di Trevignano Romano, le spese del presente giudizio il cui importo liquida in euro cinquemila/00, oltre iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Michelangelo Francavilla**

**IL PRESIDENTE**

**Pietro Morabito**

**IL SEGRETARIO**