

Publicato il 03/08/2021

N. 05710/2021REG.PROV.COLL.
N. 01367/2021 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 1367 del 2021, proposto da Marcel Boschung AG, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Aebi Schmidt Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Tanferna, Simona Viola e Bruno Emilio Tonoletti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paola Tanferna in Roma, via Maria Adelaide, 8;

nei confronti

Autostrade per l'Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Maria Ferrante, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Sardegna, 50;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, n. 1025/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aebi Schmidt Italia s.r.l. e di Autostrade per l'Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Guccione e Tonoletti, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La società Marcel Boschung AG ha interposto appello nei confronti della sentenza 26 gennaio 2021, n. 1025 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I, che ha accolto il ricorso ed i motivi aggiunti esperiti dalla Aebi Schmidt Italia s.r.l. avverso gli atti della procedura aperta telematica indetta nel novembre 2019 da Autostrade per l'Italia (ASPI) s.p.a. per la *“fornitura e trasporto a destino presso le Direzioni di tronco di Autostrade per l'Italia s.p.a. di n. 118 spargisale [...]”* (lotto n. 1, del valore a base d'asta di euro 3.525.250,00), ed in particolare avverso l'aggiudicazione in favore dell'appellante, nonché avverso il sopravvenuto contratto.

La Commissione di gara, nella seduta pubblica del 21 gennaio 2020, ha disposto il soccorso istruttorio (per entrambi i lotti, il secondo, che non viene in questa sede in rilievo, concerne la fornitura di 40 innaffiatrici di cloruri in soluzione) nei confronti della Marcel Boschung, società di diritto elvetico, al fine di acquisire la traduzione in lingua italiana della garanzia provvisoria e dell'impegno al rilascio della definitiva.

In data 6 maggio 2020 ASPI ha comunicato ai concorrenti il provvedimento di aggiudicazione di entrambi i lotti in favore della Marcel Boschung.

Con il ricorso di primo grado la Aebi Schmidt Italia s.r.l., risultata seconda graduata, ha impugnato gli atti di gara ed in particolare l'aggiudicazione, deducendone l'illegittimità nell'assunto dell'invalidità (per difformità dalla

legge oltre che dalla *lex specialis*) della garanzia provvisoria, consistente in una lettera di UBS Switzerland AG, intestata “bid bond”, e dell’impegno al rilascio della definitiva presentati dalla Marcel Boschung.

2. - La sentenza appellata, disattese le preliminari eccezioni di irricevibilità ed inesistenza della notificazione, ha accolto il ricorso, nella considerazione che *«è incontroverso che UBS Switzerland AG non è abilitata/autorizzata all’esercizio di attività bancaria o assicurativa in Italia né rientra tra gli intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del Tub. Ne consegue che ASPI, in qualità di stazione appaltante, non avrebbe dovuto accettare, a titolo di garanzia provvisoria, un bid bond proveniente da un soggetto non legittimato a rilasciare garanzie sulla base delle disposizioni regolanti l’ordinamento giuridico interno. Per le medesime considerazioni, UBS Switzerland AG non poteva neppure validamente impegnarsi al rilascio della garanzia definitiva, che non poteva essere costituita da un intermediario non abilitato a operare in Italia»*. La sentenza, in accoglimento della domanda di annullamento dell’aggiudicazione, viziata dall’invalidità della garanzia provvisoria e dell’impegno al rilascio di quella definitiva presentate da soggetto non legittimato, ha altresì disposto l’inefficacia del contratto a fare data dalla pubblicazione ed il subentro di Aebi per la quota residua delle prestazioni da eseguire del contratto, non ravvisando l’esistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale tali da giustificare il mantenimento degli effetti del contratto ai sensi dell’art. 121, comma 2, Cod. proc. amm.; ha inoltre riconosciuto il risarcimento per equivalente del danno relativo alla mancata aggiudicazione, da quantificare nella misura del tre per cento dell’offerta formulata in gara dalla ricorrente, al netto degli oneri della sicurezza e del prezzo indicato dall’offerente per il trasporto dei macchinari (l’importo in tale modo determinato dovrà essere rapportato al numero dei macchinari già consegnati e rispetto ai quali non è più possibile il subentro nel contratto, al fine di determinare la porzione di utile sottratta alla ricorrente in ragione dell’illegittima aggiudicazione della commessa ed oggetto di risarcimento per equivalente).

3.- Con l'appello la società Marcel Boshung AG ha dedotto l'erroneità della sentenza, allegando l'irricevibilità del ricorso di primo grado, l'inammissibilità della notifica del ricorso di primo grado in violazione dell'accordo bilaterale tra Italia e Svizzera del 2 giugno 1988, la violazione dell'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenuta disposizione inapplicabile alla fattispecie, in quanto concernente le fideiussioni, a fronte della prestazione di un *bid bond* (deposito cauzionale presso l'istituto di credito), la violazione dell'art. 83, comma 9, del predetto *corpus* legislativo in tema di soccorso istruttorio, nonché, infine, la violazione degli artt. 121-122 Cod. proc. amm. per avere la sentenza dichiarato l'inefficacia del contratto in una fattispecie non di grave violazione, ed in particolare nel contesto di un contratto di durata (quattro anni) sottoscritto il 25 agosto 2020.

4. - Si è costituita in resistenza Aebi Schmidt Italia s.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso in appello riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi assorbiti dalla sentenza di prime cure, sempre concernenti la garanzia provvisoria e l'impegno a presentare la garanzia definitiva.

5. - Si è altresì costituita in giudizio Autostrade per l'Italia s.p.a. aderendo all'appello e chiedendone l'accoglimento, eccependo profili di inammissibilità del ricorso di primo grado.

6. - All'udienza pubblica del 10 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Per economia di giudizio, giova prendere le mosse dal terzo motivo di appello, con cui si critica, nel merito, la statuizione di primo grado di accoglimento dei motivi di censura di Aebi, volti a contestare l'omessa esclusione della Marcel Boschung in ragione dell'asserita non conformità al modello di cui all'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, della garanzia provvisoria presentata in gara, nonché dell'impegno a presentare la garanzia definitiva, nonché la violazione dell'art. 93 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U.B.),

sotto il profilo della invalidità della cauzione presentata dall'odierna appellante per la mancata iscrizione della UBS Switerland AG nel registro dei soggetti autorizzati ad emettere fideiussioni bancarie dalla Banca d'Italia e dall'IVASS. Deduce l'appellante l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, disciplinante la garanzia fideiussoria (bancaria od assicurativa), vertendosi al cospetto di una garanzia presentata nella forma del *bid bond* emesso dal primario gruppo bancario UBS, che si è impegnato irrevocabilmente a versare al beneficiario il prescritto importo di garanzia su presentazione della domanda del beneficiario; si tratta dunque di garanzia autonoma contenente la clausola di pagamento a prima richiesta. Ai sensi delle URDG (*Uniform Rules for Demand Guarantees*) del 2010 il garante che si impegna al rilascio della garanzia nella forma del *bid bond* può essere anche un soggetto diverso da un istituto bancario o compagnia assicurativa; nella prassi internazionale vale quale garanzia alternativa al deposito cauzionale ed equivalente ad un deposito in denaro, rientrando dunque nell'ambito della previsione di cui all'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente irrilevanza della mancata iscrizione della banca UBS Switzerland AG nel registro dei soggetti autorizzati ad emettere fideiussioni bancarie dalla Banca d'Italia. Aggiunge l'appellante che l'impegno al rilascio della garanzia definitiva nella specie non era comunque necessaria in quanto la garanzia provvisoria presentata dalla Boschung nella forma di *bid bond* di per sé contiene anche l'impegno ad emettere la garanzia definitiva prevista dall'art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è fondato.

La statuizione di primo grado ha, come già esposto, affermato che ASPI non avrebbe dovuto accettare, a titolo di garanzia provvisoria, un *bid bond* proveniente da un soggetto non legittimato a rilasciare garanzie sulla base delle disposizioni regolanti l'ordinamento giuridico interno, ed in particolare in ragione del fatto che UBS Switzerland AG non è abilitata/autorizzata all'esercizio di attività bancaria o assicurativa in Italia; per analoghe ragioni

UBS Switzerland AG non poteva validamente impegnarsi al rilascio della garanzia definitiva.

L'assunto, fondato sul combinato disposto degli artt. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 106 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, non appare condivisibile, in quanto riguarda propriamente la garanzia fideiussoria, che può essere rilasciata da imprese bancarie od assicurative, mentre nella fattispecie in esame la cauzione rilasciata da UBS Switerland AG è costituita da un *bid bond*, istituto invalso nelle operazioni internazionali, la cui ammissibilità era stata riconosciuta da Autostrade in sede di "succinto" chiarimento di risposta a quesito della stessa appellante.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il *bid bond* è una garanzia bancaria a "prima domanda", costituente un contratto da cui deriva un impegno autonomo a garanzia della serietà dell'offerta, con il quale la stessa banca emittente si impegna nei confronti della stazione appaltante in caso di inadempimento della ditta concorrente (in termini Cons. Stato, V, 28 giugno 2019, n. 4463; V, 12 giugno 2017, n. 2851). Si tratta di una figura che presenta tutte le caratteristiche del contratto autonomo di garanzia (quali individuate dalla giurisprudenza civile : cfr. Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 394) e che corrisponde alle caratteristiche ed ai criteri individuati nella pubblicazione n. 758 del 2010 della Camera di Commercio Internazionale di Parigi "*Uniform Rules for Demand Guarantees*" (URDG), tale da renderlo forma di garanzia alternativa al deposito cauzionale ammessa quanto meno alla stregua di uso negoziale. Inoltre il *bid bond* comprende in sé anche l'impegno a prestare la garanzia a copertura della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione del contratto, implicando la garanzia complessiva del "buon fine dell'operazione sottostante", cioè l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, V, 17 giugno 2017, n. 2851).

Appare dunque evidente l'inapplicabilità dell'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto il *bid bond* è differente, per le caratteristiche sue proprie, dalla fideiussione.

Il *bid bond*, come già osservato, è conforme ai criteri delle URDG del 2010, secondo quanto emerge dalla stessa lettura del testo, ed eventualmente può essere assimilato al deposito cauzionale presso l'istituto bancario, inquadrabile nell'ambito della previsione di cui all'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Consegue da quanto esposto come erroneamente la sentenza di primo grado abbia ritenuto che l'offerta presentata da Boschung dovesse essere esclusa in quanto non corredata da una valida garanzia provvisoria e da una valida dichiarazione di impegno alla costituzione della garanzia definitiva.

1.1.- Ne discende anche l'infondatezza del primo motivo riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., da Aebi Schmidt Italia s.r.l., che deduce l'invalidità della garanzia di Marcel Boschung in ragione della sua difformità dalla norma, nonché dall'art. 10 del disciplinare di gara, che però riguardano la "garanzia fideiussoria", e quindi uno strumento giuridico differente dal bid bond. Il quale deve avere e, nella specie, possiede i requisiti prescritti dalle URDG del 2010 (la circostanza risulta incontestata tra le parti).

1.2.- Il secondo motivo riproposto dalla società Aebi, di cui si anticipa ora la trattazione per contiguità tematica, deduce poi l'invalidità dell'impegno a presentare la garanzia definitiva per difformità con quanto prescritto dall'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016; in particolare si lamenta che il rilascio della garanzia definitiva sia illegittimamente condizionato alla preventiva stipula del contratto di appalto, come emergerebbe dallo schema di garanzia definitiva, in cui il verbo è declinato al passato.

Il motivo è infondato.

Anzitutto, va osservato che la "*dichiarazione di disponibilità per performance bond per un importo di euro 352.525,00*" indica la (intervenuta) stipulazione del contratto, ma la declinazione al passato del verbo (*contract concluded*) non appare incompatibile, alla stregua di una lettura complessiva della clausola, ad una contestualità della garanzia con la stipulazione del contratto.

Peraltro, anche a prescindere da tale aspetto, giova ribadire quanto già *supra* osservato in ordine al fatto che il *bid bond* comprende in sé anche l'impegno richiesto dalla legge a prestare la garanzia a copertura della cauzione definitiva per il caso di aggiudicazione.

2. - Il quarto motivo di appello, che si esamina, in breve, solamente per completezza di esposizione, in ragione della portata assorbente dell'accoglimento dello scrutinato motivo, critica poi la statuizione di primo grado che ha negato l'applicazione del soccorso istruttorio, di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, alla garanzia provvisoria invalida, seguendo un'interpretazione restrittiva della norma, tale da ammettere la sanatoria solo della documentazione attinente alla domanda di partecipazione (con esclusione dell'offerta tecnica ed economica). Per l'appellante, al contrario, il soccorso istruttorio sarebbe operativo anche nei confronti della garanzia provvisoria, essendo questa un elemento formale della domanda, in conformità, peraltro, con quanto disposto dall'art. 14 del disciplinare di gara che espressamente lo ammette per la garanzia provvisoria e per l'impegno del fideiussore.

Anche tale motivo è fondato

Pur trattandosi di profilo non del tutto pacifico in giurisprudenza, ritiene il Collegio che l'erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 19 aprile 2021, n. 3166; V, 10 aprile 2020, n. 2359). D'altronde, a termini dell'art. 14 del disciplinare di gara, la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (quali la garanzia provvisoria e l'impegno del fideiussore) è sanabile ove tali elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta; e non può dubitarsi che il *bid bond*, nella fattispecie controversa, avesse tali requisiti formali.

Del resto, a tale conclusione non osta neppure l'art. 10 del disciplinare di gara, invocato da Aebi nel primo motivo riproposto, il cui ultimo comma, come si è cercato in precedenza di evidenziare, non può essere opposto al *bid bond*, strumento proprio del commercio transnazionale e che segue regole sue proprie; in tale prospettiva non appare dunque neppure condivisibile l'assunto, sempre di Aebi, che ravvisa un elevato numero di difformità.

3. - Il quinto motivo censura poi la statuizione che ha disposto l'inefficacia del contratto (risalente al 25 agosto 2020) come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, escludendo la configurabilità delle "esigenze imperative", allegando che non si verte al cospetto delle ipotesi previste dall'art. 121 Cod. proc. amm., e dovendo al contrario trovare applicazione l'art. 122 dello stesso *corpus* legislativo, che, in un regime a "geometria variabile" più incisivo, impone di tenere conto dello stato di esecuzione del contratto, nella specie avanzato (con l'ordine di circa il 70 per cento delle macchine), sì da precludere il subentro.

Anche tale motivo, esaminato per completezza di esposizione ed in linea teorica, è fondato, quanto meno sotto il profilo dell'adeguatezza motivazionale, trovando applicazione l'art. 122 Cod. proc. amm., alla cui stregua viene riconosciuto al giudice amministrativo, che annulla l'aggiudicazione, il potere di stabilire, nei casi di minore gravità dei vizi riscontrati, se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità, per il ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415).

Nel caso di specie, infatti, la sentenza, allo scopo di pervenire alla pronuncia di inefficacia, ha impropriamente assunto a parametro l'art. 121, comma 2, Cod. proc. amm., limitandosi ad escludere la sussistenza di esigenze

imperative connesse ad un interesse generale tali da giustificare il mantenimento degli effetti del contratto, mentre sarebbe stato necessario tenere conto di tutte le circostanze in precedenza esposte.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto, il che consente di prescindere dalla disamina delle prime due censure in rito; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità delle questioni trattate integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO