

Escussione della provvisoria dei partecipanti per mancato possesso dei requisiti di ordine generale.

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Qualora la *lex specialis* di gara lo preveda, l'amministrazione può escutere la cauzione provvisoria, ANCHE ai partecipanti (e non solo alla prima o seconda classificata), ?ANCHE per la mancata presentazione di un requisito di ordine generale (e non solo per quelli di ordine speciale) in quanto non ? vietato imporre regole più severe rispetto a quelle prefissate dalla legge.

?

?

E? pacifico in giurisprudenza il principio per cui la sanzione della esclusione e le sanzioni accessorie, ex art. 10 della L. n. 109/1994, (tra cui l'escussione della garanzia provvisoria) prescindono dalla volontaria falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, essendo applicabile per il solo dato formale e obiettivo dell'inadempimento e restando quindi esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difetta.

?

?

Ente emittente

Tar Campania, Salerno, ?sentenza numero 2830 ??del ?dicembre 2005

?

Ricorrente

Una ditta esclusa da un appalto di lavori per mancato pagamento dei premi di assicurazione Inail

Atto sottoposto a ricorso

La nota comunale recante comunicazione di esclusione dalla gara d'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria e pronto intervento negli edifici pubblici ed impianti sportivi e la segnalazione del provvedimento all'Autorità di Vigilanza sui LL.PP con conseguente escussione della garanzia provvisoria

?

Legittimato passivo

Il comune committente

?

Argomenti trattati

1. Col primo motivo si eccepisce l'incompetenza del presidente di gara ad adottare l'impugnato provvedimento di esclusione, in quanto tale competenza spetterebbe unicamente al responsabile unico del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della L. n. 109/1994 e dell'art. 7 ed 8 del DPR. n. 554/1999;

?

2. e' lecita l'esclusione di una ditta la quale, a seguito del sorteggio tra le partecipanti ai fini della

riprova del possesso dei requisiti richiesti dal bando e dichiarati in sede di offerta, mediante la presentazione della documentazione necessaria, a seguito di controllo presso l' INAIL? ?non pu? essere considerata in regola con l'assolvimento degli obblighi di versamento dei premi di assicurazione in quanto non ? in regola con i pagamenti di quanto dovuto? (mancato versamento di ben due rate su quattro)?

?

3. Con il terzo ed ultimo motivo si sostiene, in relazione alle sanzioni accessorie dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorit? di vigilanza sui LL.PP., **che tali sanzioni sarebbero comminabili solo in caso di mancata riprova di sussistenza dei requisiti di ordine speciale** (economico-finanziari e tecnico-amministrativi), **e non anche in caso di mancata riprova del possesso dei requisiti di ordine generale** (affidabilit? morale e professionale); ci? in base al tenore letterale dell'art. 10 della L. n. 109/1994

?

?

il parere del giudice

?

1. La doglianza va respinta poich?, a parte il fatto che la giurisprudenza (TAR. Milano, III, n. 3724 del 9/9/2003) ha chiarito che l'elencazione dei compiti affidati al RUP. dagli artt. 7 e 8 del DPR. citato ha natura esemplificativa e non tassativa, ? determinante rilevare che la nota impugnata, a firma del presidente di gara? (che peraltro riveste anche la qualifica di capo settore LL.PP. e Manutenzioni), contiene una mera comunicazione di esclusione, in quanto la relativa determinazione era gi? stata assunta dal seggio di gara con verbale del 4/12/2003. ;

?

2. il mancato pagamento dei premi di assicurazione costituisce proprio una causa di esclusione, tanto pi? che i concorrenti, a norma del bando, dovevano presentare a pena di esclusione la dichiarazione di ?non trovarsi nelle condizioni previste nell?art. 75, lett. e) del DPR. n. 554/1999

?

3. siccome il disciplinare di gara prevedeva espressamente che il presidente di gara avrebbe provveduto:

?

a) alla esclusione dei concorrenti per i quali non risultasse confermato il possesso dei requisiti generali;

b) alla esclusione dei concorrenti che non avessero trasmesso la documentazione di prova della veridicit? della dichiarazione del possesso dei requisiti speciali;

c) alla comunicazione di quanto sopra alla stazione appaltante ?cui spetta provvedere all?escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione?del fatto all?Autorit? per la vigilanza sui LL.PP. ai fini dell?adozione da parte della stessa dei provvedimenti di competenza.

la commissione non poteva far altro che applicare la lex specialis, tanto pi? che non ? vietato all?amministrazione imporre regole pi? severe rispetto a quelle prefissate dalla legge

?

?

?

?

?

Esito della sentenza

?

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso ? infondato e deve essere respinto

?

Le conseguenze operative

?

La sentenza merita un'attenta osservazione.

?

Finora eravamo abituati al fatto che la cauzione provvisoria coprisse la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale (quelli morali per intenderci) sono sulla prima o sulla seconda classificata, ma che ciò non comportasse rischio per gli altri partecipanti.

?

Questo in quanto il "mitico" articolo 10 comma 1 quater della Merloni prevede, prima della fase di aggiudicazione, come saggiamente rilevato dalla difesa, l'escussione della provvisoria solo per il mancato

possesso dei requisiti speciali: tale situazione risulta assolutamente importante per gli appalti di valore inferiore ai 150.000 euro per i quali la Soa non è obbligatoria, mentre il sorteggio non viene più effettuato per i lavori sopra tale cifra in quanto, è bene ricordarlo, il certificato Soa costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici (art.1 comma 3 del Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 - Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, a norma dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109)

?

Quindi se la tendenza espressa dai giudici salernitani dovesse essere confermata da altre sentenze, sarà duro il lavoro di chi avrà il compito di emettere la garanzia provvisoria in quanto si dovrà tener conto di tutte le cause di esclusione, non solo della Legge, ma anche del bando, quindi caso per caso.

?

?

Precedenti giurisprudenziali

?

?

?

Giova ricordare:

?

Consiglio di Stato, n. 2933 del 7 giugno 2005 - Sorteggiati e primo e secondo

?

Prima della entrata in vigore della L.109/1994 la cauzione provvisoria serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Con l'articolo 10 della L.109/1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta. La sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è quindi correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L.109/1994 è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

?

Consiglio di stato, n. 6003 del 27 ottobre 2005 - Termini presentazione documenti

?

l'art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994, contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara:

?

uno, di dieci giorni dalla data (ovviamente di ricezione) della richiesta, per l'esame a campione, su un

decimo degli offerenti, prima dell'esperimento della gara. Data l'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento, il termine non può che configurarsi come perentorio;

un altro, per dimostrare tali requisiti, su richiesta, da inoltrare dall'ente entro dieci giorni dalla celebrazione della gara, all'aggiudicatario ed al concorrente che segue. Il termine, per quel che riguarda i destinatari, non è definito dalla legge nella sua misura, né nella sua natura. Questo secondo termine può essere definito perentorio, nel bando o negli altri atti regolatori della gara. Ma se cos'è non è disposto e ed è rimesso a potestà discrezionali dell'amministrazione appaltante e ragioni sostanziali di buon andamento e di affidamento del privato sull'azione amministrativa fanno concludere per un suo carattere meramente sollecitatorio nei riguardi dell'impresa destinataria della richiesta (per questa tesi, confr. V Sezione 16 giugno 2003, n. 3358 e 29 novembre 2004, n. 7758).

?

Tar Sicilia, Palermo, n. 1590 del 15 settembre 2005 - Regolarità contributiva

?

deve esserci al momento della partecipazione alla gara e non in quello successivo di stipula del contratto

?

?

in sede di gara d'appalto, la falsa dichiarazione sul possesso di requisiti di partecipazione o su elementi dell'offerta non può condurre all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria

?

l'omessa attestazione dei requisiti di partecipazione nelle forme prescritte dall'art. 10 comma 1 quater L.

109/94 s.m.i. ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se questo, cioè, sia dovuto a dolo o colpa dell'impresa) e alla gravità della violazione (se questa, cioè, sia costituita da dichiarazioni false ovvero veritiere ma rese con modalità difformi da quelle richieste dalla legge)

?

?

Tar Liguria, Genova, n. 808 del 29 luglio 2005 - Pagamento delle tasse

?

Risulta legittimo l'annullamento di un'aggiudicazione provvisoria con conseguente incameramento della cauzione provvisoria nei confronti di un aggiudicatario, risultato successivamente non in regola con il pagamento delle tasse (debito d'imposta non dichiarato per euro 8.797,50)

?

La sottoscrizione del contratto ma anche quella presentata per a sostegno dell'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche a tutela della serietà e della correttezza del bando di gara

?

In caso di annullamento di aggiudicazione a seguito di verifiche effettuate dall'amministrazione che hanno messo in evidenza una falsa dichiarazione da parte dell'aggiudicatario, da ragione all'amministrazione e nel confermarne l'operato, dichiara anche legittima la relativa escussione della provvisoria

?

Infatti, secondo l'adito giudice , l'oggettiva esistenza della pendenza tributaria al momento della presentazione della domanda integra la condizione di esclusione prevista dalla legge di gara, che richiama il regolamento che tra l'altro non risulta illegittimo nella specifica statuizione, atteso l'obiettivo rilievo anti giuridico della condotta sanzionata dall'amministrazione finanziaria.

?

A cura di Sonia LAZZINI

- qui la sentenza

<https://www.diritto.it/escussione-della-provvisoria-dei-partecipanti-per-mancato-possesso-dei-requisiti-di-ordine-generale/>