

## Anche negli appalti di servizi, la provvisoria copre il mancato possesso dei requisiti

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto ha la stessa funzione della clausola penale e il suo incameramento è un atto dovuto da parte della pa

La sezione seconda del Tar del Lazio, con la sentenza numero 6742 del 2002, ci offre un' acuta riflessione in merito alla funzione della polizza provvisoria negli appalti pubblici.

Sottolinea infatti l'adito giudice amministrativo come : “ Nel campo delle opere pubbliche in genere, la prestazione della caparra provvisoria, prevista nel caso che ci occupa dalle norme del bando, è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario (tra cui è possibile far rientrare anche l'ipotesi della insussistenza dei requisiti richiesti a pena di esclusione dalla gara) ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfettaria del danno, prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla Pubblica amministrazione, tant'è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola (Cfr. TAR Lazio, sede di Roma, Sez. III, 29.3.2000 n. 2443).”

Da questa riflessione l'adito Tar da ragione alla Stazione appaltante che “avendo constatato l'infedele dichiarazione della costituenda A.T.I., in merito al possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica in discussione, non poteva che procedere all'incameramento della prevista cauzione provvisoria e senza fornire al riguardo alcuna motivazione trattandosi di una attività dovuta e vincolata”.

A cura di \*\*\*\*\*

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

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 934/2002

proposto dalle \*\*\*\*\*à Motonavi \*\* Coop. a r.l., \*\* Ilario & \*\*\*\*\*,

C O N T R O

il Comune di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliato presso la sede legale dell'Ente in Roma, Via del Tempio di Giove n. 21;

e nei confronti

dell'A.T.I., composta dalle società \*\* a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma Via Cola di \*\*\*\*\* n. 133, della \*\*, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Roma alla Via Lorenzo il \*\*\*\*\*, e dell'Istituto Nazionale per le Tradizioni Popolari, non costituito in giudizio;

e con l'intervento ad opponendum

della \*\* Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'\*\*\*\*\* presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma Largo Messico n. 7;

per l'annullamento

della determinazione del Dirigente del Dipartimento X del Comune di Roma del 20.11.2001 n. 493 con la quale la costituenda A.T.I. tra le \*\*\*\*\*à qui ricorrenti è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di navigazione turistica sul fiume Tevere nella tratta sud;

delle note del Comune di Roma del 26.7.2001 n. 10525 e del 29.9.2001 n. 13687;

del bando di gara, adottato con determinazione dirigenziale n. 448 del 3.10.2000 e della lettera di invito del 12.1.2001 nella misura in cui possano essere interpretati in senso sfavorevole alle ricorrenti;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma, della \*\*\*\*\*à \*\* s.r.l. e la \*\*\*\*\*é Des \*\*, controinteressati, e della \*\* Italia S.r.l., interveniente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 29.5.2002  
il consigliere \*\*\*\*\* e uditi, altresì, gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## F A T T O

Con il ricorso, notificato il 15 gennaio 2002 e depositato il successivo 24 gennaio, le \*\*\*\*\*à interessate - in qualità di partecipanti come A.T.I. alla procedura ad evidenza pubblica preordinata all'aggiudicazione della gestione del servizio sperimentale di navigazione del fiume Tevere per tre tratte (nord, centro, sud) - hanno impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe perché lesivi del proprio interesse connesso alla partecipazione alla gara sopra descritta.

Al riguardo, le medesime hanno prospettato i seguenti motivi di impugnazione:

Violazione del bando - lex specialis della gara. Eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, poiché la commissione aggiudicatrice avrebbe erroneamente interpretato i punti 6 e 7 dell'art. 12, 1° capoverso, nella parte in cui stabilisce quali sono i requisiti tecnici e finanziari per la partecipazione alla selezione in argomento; si fa rilevare, in merito, che l'A.T.I., di cui le ricorrenti fanno parte, era stata ammessa nella precedente fase della prequalificazione;

Eccesso di potere per erronea interpretazione del bando di gara, per violazione del principio del favor participationis, dei principi di buona fede, lealtà e correttezza dell'agire amministrativo di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990. Violazione del principio di conservazione degli atti giuridici, poiché l'interpretazione della norma regolamentare in contestazione, secondo cui il restante 10% dei requisiti tecnico finanziari doveva essere posseduto singolarmente pro quota da tutte le imprese mandanti, sarebbe del tutto discriminatoria della costituenda A.T.I. che possedeva comunque il 100% dei requisiti richiesti ai

fini dell'ammissione, nonchè in contrasto con il principio generale che consente la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, anche attraverso una diversa composizione della medesima associazione temporanea di imprese;

Eccesso di potere per difetto di motivazione, per illogicità e per contraddittorietà manifesta. Violazione del bando e dell'art. 1, comma 1, della legge 7.8.1990 n. 241, poiché la diversa interpretazione assunta dall'Amministrazione comunale contrasterebbe con quella, diametralmente opposta, fatta propria in sede di prequalificazione, dove le \*\*\*\*\*à ricorrenti sono state legittimamente ammesse, senza che venga evidenziata alcuna valida motivazione per un così radicale mutamento di posizione;

Violazione del bando di gara e della lettera di invito. Eccesso di potere per carenza di motivazione, con violazione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 e per vessatorietà, poiché l'incameramento della cauzione sarebbe priva di una sia pur minima motivazione;

Violazione della direttiva del Consiglio 18.6.1992 n. 92/50/CEE in tema di riferibilità e frazionabilità dei requisiti economico finanziari e tecnici delle Imprese partecipanti ad una A.T.I.. Violazione dei principi di libera concorrenza e di libera esplicazione dei servizi, poiché la normativa nazionale (Dlgs. n. 157 del 1995) ed il bando in discussione sarebbero in contrasto con disciplina comunitaria che ammetterebbe il possesso indiretto dei requisiti di partecipazione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Roma, le \*\*\*\*\*à \*\* s.r.l. e \*\*, in qualità di controinteressate, e la \*\* Italia S.r.l., quale intervenore ad opponendum.

Il primo e il terzo hanno eccepito l'infondatezza delle doglianze prospettate, mentre il secondo ha dedotto anche l'irricevibilità dei motivi con cui si contesta la legittimità del bando di gara.

## DIRITTO

Per ciò che attiene l'eccezione, in rito, di parziale irricevibilità delle doglianze prospettate dalle ricorrenti, sollevata dalla parte controinteressata, il Collegio ritiene che la pregiudiziale sia fondata.

Infatti, con il quinto motivo di impugnazione le parti istanti contestano le norme del bando per violazione della disciplina comunitaria (direttiva del Consiglio 18.6.1992 n. 92/50/CEE in tema di riferibilità e frazionabilità dei requisiti economico finanziari e tecnici delle Imprese partecipanti ad una A.T.I.) che consentirebbe un possesso indiretto dei requisiti di ammissione per le società mandanti.

Siccome la disciplina, prevista dall'art. 12, punti 6 e 7, del bando di gara, ha un contenuto inequivoco, e perciò immediatamente lesivo, la stessa andava impugnata nei termini di decadenza decorrenti della legale conoscenza del bando medesimo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 14.10.2000, o quantomeno dal momento in cui la costituenda A.T.I. ha presentato domanda di partecipazione alla gara in questione, cosa che è in realtà avvenuta entro e non oltre il 20.11.2000.

Prima di affrontare l'esame delle altre censure il Collegio ritiene doveroso fare delle premesse relative alle caratteristiche concrete e normative della pubblica selezione in contestazione.

Con deliberazione n. 849 del 28.7.2000 la Giunta Comunale di Roma ha approvato un articolato programma inteso a promuovere l'uso pubblico del Tevere, incentivando servizi di navigazione fluviale, non solo turistica ma anche alternativi al trasporto pubblico su strada, la frequentazione delle banchine con mostre (spazi per pittori, mercatini dell'antiquariato ecc.) spettacoli (concerti dal vivo, musica folk), visite guidate.

La predetta deliberazione di giunta, in aggiunta ad altri interessi pubblici connessi, individua la necessità della cooperazione di imprese private che, oltre alla organizzazione e gestione dei collegamenti sistematici tra i ponti sul Tevere, promuovessero iniziative coordinate di marketing e diffusione della conoscenza dello stesso fiume.

A tale scopo, il Comune di Roma con deliberazione di G.C. n. 849 del 2000 ha previsto un contributo, nella percentuale del 50% del piano economico d'impresa, per il periodo (sperimentale) di due anni e fino all'importo di Euro 2.582.000 per la tratta centrale, Euro 309.870 per la tratta nord ed Euro 619.750 per la tratta sud.

Per l'assegnazione in concreto di detto contributo con determinazione dirigenziale n. 448 del 2000 è stato adottato un bando di gara che ha stabilito determinati requisiti di ammissione, che, per quanto interessa la vexata quaestio, sono i seguenti:

punto 11, un deposito cauzionale provvisorio pari al 5% dell'importo base del contributo;

punto 12, quali

condizioni minime di carattere economico e tecnico,

6) dichiarazione di aver conseguito un fatturato globale nel triennio 1997-1998-1999, IVA esclusa, non inferiore a lire 2.000.000.000 in caso di partecipazione ai tre lotti, non inferiore a lire 120.000.000 per la partecipazione al lotto 1; non inferiore a lire 500.000.000 per la partecipazione al lotto 2 e non inferiore a lire 240.000.000 per la partecipazione al lotto 3, nonché dichiarazione del fatturato specifico nel triennio di riferimento per servizi analoghi. Tale fatturato dovrà almeno essere pari a lire 1.000.000.000 per la partecipazione ai tre lotti non inferiore a lire 60.000.000 per la partecipazione al lotto 1, a lire 250.000.000 per la partecipazione al lotto 2, a lire 120.000.000 per la partecipazione al lotto 3; e 7) dichiarazione contenente l'elenco dei servizi pertinenti a quelli richiesti con il presente bando agli anni 1997 - 1998 - 1999 effettuati a favore di enti pubblici e privati da comprovarsi (all'esito della selezione e per l'aggiudicazione definitiva) con le relative attestazioni degli enti medesimi ovvero con le copie delle fatture."

Come specifica annotazione il bando ha disposto che i requisiti sopra descritti si intendono cumulabili, ma l'impresa mandataria deve possedere almeno il 40% dei requisiti e le imprese mandanti devono possedere

gli stessi requisiti, almeno nella misura del 10%, comunque in misura tale da coprire il 100% dei requisiti".

L'Amministrazione, in sede di prequalificazione, ha ammesso determinati soggetti sulla base dei requisiti semplicemente dichiarati dalle imprese, riservandosi - in caso di aggiudicazione definitiva - di verificare in concreto il possesso degli stessi.

All'esito dell'esame del progetto la costituenda A.T.I. Motonavi \*\* ha ottenuto un punteggio meritevole (ma ciò provvisoriamente, salva la verifica dei requisiti) del contributo comunale per la tratta nord.

Per l'aggiudicazione definitiva, la stipula del contratto e l'erogazione del contributo (comunque subordinati alle autorizzazioni per la navigazione ed all'avvio concreto del servizio) il X Dipartimento, con note n. 10525 del 26.7.2001 e n. 13687 del 29.9.2001, ha chiesto alle ricorrenti di trasmettere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati per l'ammissione.

L'adempimento di tale incumbente ha portato ad evidenziare, contrariamente a quanto affermato nella fase di prequalificazione, che la società \*\*, mandante della costituenda ATI, non possiede alcun fatturato, che il relativo della C.C.I.A.A. riporta che l'impresa medesima, attualmente risulta non svolgere l'attività e che, infine, la citata società \*\* non ha attualmente dipendenti.

A fronte delle suddette risultanze della disposta attività di verifica, l'Amministrazione comunale non poteva affatto non procedere all'esclusione della costituenda A.T.I., e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, non ha alcun rilievo l'ammissione delle ricorrenti nella fase di prequalificazione, atteso che nella stessa circostanza procedimentale l'Amministrazione resistente ha preso per buone le sole dichiarazioni dei soggetti che hanno fatto richiesta di partecipazione alla gara.

In secondo luogo, la violazione della norma del bando è palese atteso che il possesso dei requisiti di ammissione deve sussistere, nelle percentuali minime previste dal bando, in capo a tutti i soggetti che fanno parte dell'A.T.I., a nulla giovando la migliore condizione dell'impresa mandataria o di altre imprese mandanti dello stesso raggruppamento.

Infatti, l'interpretazione adottata dall'Amministrazione comunale trova conferma nell'art. 8 del D.P.C.M. n. 55 del 1991.

Siccome l'offerta delle imprese riunite in raggruppamento orizzontale determina la responsabilità solidale nei confronti dell'Amministrazione appaltante, non può essere affatto condivisa la tesi secondo cui la circostanza che la capogruppo, od anche altre mandanti (ma non tutte), abbiano al 100% i requisiti tecnico finanziari previsti dal bando possa di per sé escludere la necessità degli stessi requisiti anche in capo alle altre imprese mandanti; pertanto, legittimamente in tale ipotesi vengono richiesti specifici requisiti anche in capo alle imprese partecipanti, a prescindere da quelli posseduti dalla capogruppo (Cfr.

Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 21.12.1998 n. 678).

Né appare convincente la tesi secondo la quale l'Amministrazione, in sede di verifica dei requisiti, avrebbe dovuto concedere la possibilità di ridurre la costituenda A.T.I. ad un numero più ridotto di imprese.

Ciò avrebbe sicuramente violato la par condicio dei concorrenti, dato che la riduzione dei soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento implicherebbe una novazione soggettiva nella partecipazione alla gara in discussione.

Le argomentazioni sopra indicate portano a ritenere del tutto infondati i primi tre motivi di impugnazione indicati in fatto.

Con il quarto motivo di gravame le parti istanti contestano la determinazione del dirigente responsabile del Comune di Roma nella parte in cui immotivatamente dispone l'incameramento della cauzione.

Nel campo delle opere pubbliche in genere, la prestazione della caparra provvisoria, prevista nel caso che ci occupa dalle norme del bando, è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario (tra cui è possibile far rientrare anche l'ipotesi della insussistenza dei requisiti richiesti a pena di esclusione dalla gara) ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfettaria del danno, prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla Pubblica amministrazione, tant'è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola (Cfr. TAR Lazio, sede di Roma, Sez. III, 29.3.2000 n. 2443).

In particolare l'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, dispone che quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7.

Ne consegue, pertanto, che l'Amministrazione comunale, avendo constatato l'infedele dichiarazione della costituenda A.T.I., in merito al possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica in discussione, non poteva che procedere all'incameramento della prevista cauzione provvisoria e senza fornire al riguardo alcuna motivazione trattandosi di una attività dovuta e vincolata.

Per tutte le ragioni espresse, il Collegio respinge il ricorso perché infondato.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.

\*\*

M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,

Sezione Seconda,

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, proposto dalle \*\*\*\*\*à Motonavi \*\* Coop. a r.l., \*\* Ilario & \*\*\*\*\*, Centro \*\* - Progetto \*\* a r.l. ed \*\* a r.l., lo respinge.

Compensa integralmente fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 29 maggio 2002.

Il Presidente

Il Consigliere est.

<https://www.diritto.it/anche-negli-appalti-di-servizi-la-provvisoria-copre-il-mancato-possesso-dei-requisiti/>