

Legittima escussione della cauzione provvisoria per mancata dimostrazione del possesso degli automezzi necessari allo svolgimento del servizio oggetto della gara

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' poi legittimo anche l'incameramento della cauzione provvisoria (ex art. 75 D.Lgs, n. 163/2006) giacché imposto, come atto dovuto, dall'art. 48, 1° comma, D. Lgs. n. 163/2006

Con il terzo motivo di gravame l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittimo anche l'incameramento della cauzione provvisoria (ex art. 75 D.Lgs, n. 163/2006), giacché imposto, come atto dovuto, dall'art. 48, 1° comma, D. Lgs. n. 163/2006.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Anche tale motivo è infondato.

Al riguardo, il Tribunale ha giustamente rammentato, sul piano generale, che l'incameramento è sempre possibile non solo per la mancata stipula del contratto, ma anche per dichiarazioni comunque non veritiere "poiché la cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche" (cfr. Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2140; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

Il T.A.R., inoltre, altrettanto correttamente ha ritenuto legittima la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, trattandosi, anche questo, di adempimento vincolato ai sensi dell'art. 48, 1° comma, D.Lgs. n. 163/2006, in conseguenza della omessa dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Per le considerazioni che precedono l'appello principale deve essere respinto e, per l'effetto, la sentenza impugnata deve essere confermata, mentre, di conseguenza, gli appelli incidentali devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto d'interesse.

Si legga anche

L'esame della documentazione tardiva risulta esclusivamente finalizzato ad orientare il successivo segmento procedimentale, avente ad oggetto l'irrogazione da parte dell'Autorità dell'ulteriore sanzione, in caso di carenza sostanziale dei documenti ma non anche l'escussione della provvisoria

E' acquisita nella giurisprudenza la natura perentoria del termine di dieci giorni, previsto, in sede di verifiche a campione, dall'art. 10, 1° comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 (ora articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 smi), per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente previsti dal bando..

In tema di carattere perentorio del termine di 10 giorni per la dimostrazione del reale possesso dei requisiti di ordine speciale, merita di riportare il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 409 del 20 luglio 2007 emessa dal Consiglio di Stato:

<Infatti, il carattere perentorio del termine in questione non discende solo dalla previsione in base alla quale se uno degli offerenti scelti con sorteggio pubblico omette di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti richiestigli, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara, ma trova la sua ragion d'essere nella considerazione per cui l'intera fase sub-procedimentale delle verifiche a campione deve concludersi prima della fase dell'apertura delle offerte.>

ma non solo

<Nè possono invocarsi, in caso di produzione tardiva, ragioni di grave impedimento al fine di evitare l'esclusione, configurandosi diversamente l'inaccettabile ipotesi di un'aggiudicazione provvisoria potenzialmente erronea ovvero e soprattutto di una stasi dei tempi di gara incompatibile con le previsioni del bando.

Ne deriva, in generale, che se entro il termine utile la documentazione non è fornita l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti>

Attenzione però perché occorre distinguere due diverse ipotesi

<Nel caso in cui, successivamente e quindi tardivamente, la documentazione sia invece comunque presentata, occorre verificare se questa compri o meno le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

Infatti, se la prova è positivamente fornita le vicende di gara (esclusione ed incameramento) restano sfavorevolmente definite, ma la concorrente ritardataria non sarà assoggettata a sanzione, non avendo fornito falsa dichiarazione.

Se invece, come nel caso all'esame, la concorrente fornisce tardivamente una documentazione insufficiente l'ordinamento reagisce anche sotto il profilo sanzionatorio, risultando tale ipotesi del tutto sovrapponibile a quella della mancata produzione dei documenti richiesti.

Ne consegue, per quanto qui rileva, da un lato che la violazione del termine comporta comunque quel legittimo incameramento della cauzione che la *****à ha invano contestato col ricorso introduttivo; dall'altro che la presa in considerazione da parte della Stazione appaltante della documentazione tardivamente prodotta non sana in alcun modo l'inadempimento posto in essere dalla partecipante.>

Ma l'emarginata decisione risulta importante anche per le affermazioni in merito allo scopo che la cauzione provvisoria riveste per quanto concerne le procedure ad evidenza pubblica:

<Come ben chiarito dal T.A.R., la cauzione provvisoria del partecipante alla gara d'appalto ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si presentasse poi a stipulare il relativo contratto.

Successivamente, però, in virtù del citato art. 10, comma 1 quater, la cauzione ha assunto l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito.

Ne deriva che nell'attuale sistema la cauzione sta a garantire, a tutela della serietà e della

correttezza del procedimento di gara, l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara.

In conclusione il mezzo in rassegna va disatteso proprio perchè la cauzione rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento - qui fattualmente ammesso - di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7963 del 9 novembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07963/2010 REG.SEN.

N. 01222/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 1222 del 2010, proposto da:
Societa' Ricorrente Service Srl, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso
Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di San Giustino, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso
***** in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18; Comune di San Giustino - Ufficio Servizi Alla
Persona, ALFA Insurance Office Lt. Royal & ALFA Alliance Assicurazioni, BETA Intermediazioni
Assicurative Snc; Consorzio ***** Cooperativa, rappresentato e difeso dagli
avv. *****, *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, viale Angelico
45; Autorita' di Vigilanza Per Lavori Pubblici, rappresentato e difeso dall'*****, domiciliata per
legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n. 00818/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO SERVIZIO TRASPORTO SCOLASTICO - RIS. DANNI

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Giustino e di Consorzio Autonoleggiatori Riuniti
ETA Soc. Cooperativa e di Autorita' di Vigilanza Per Lavori Pubblici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli
avvocati *****, *****, per delega dell'Avv. ***** e dell'Avv. *****, e l'Avvocato dello Stato
*****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso dinanzi al T.A.R. per l'Umbria la società Ricorrente Service s.r.l. ha impugnato gli atti con i quali:

- non è stata approvata (deter. n. 75/2009, confermata con deter. n. 77/2009) l'aggiudicazione provvisoria a suo favore della gara del servizio di trasporto scolastico degli alunni delle scuole d'infanzia, primarie e secondarie di primo grado presenti nel territorio di San Giustino — anni scolastici 2009/2010 — 2010/2011 — 2011/2012 — 2012/2013;

- è stata incamerata la cauzione provvisoria;

- è stata effettuata la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (art. 48 D. Lgs. n. 163/2006); la predetta società ha anche chiesto il risarcimento del danno in forma specifica consistente nell'aggiudicazione della gara "de qua" o, in via gradata, per equivalente.

La non approvazione dell'aggiudicazione provvisoria è stata disposta perché alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (25 marzo 2009) la ricorrente non disponeva, diversamente da quanto da essa dichiarato, degli automezzi necessari allo svolgimento del servizio oggetto della gara.

La circostanza è stata accertata in sede di controllo dei requisiti inerenti la capacità tecnica.

Infatti 8 degli 11 automezzi dichiarati disponibili, erano in realtà nella disponibilità non della ricorrente, ma della società Eurotour s.r.l (cedente alla ricorrente del ramo d'azienda qui rilevante) in forza di un contratto di leasing stipulato con la IVECO.

Quest'ultimo è stato ritenuto titolo non idoneo a dimostrare la disponibilità da parte della ricorrente degli automezzi in questione.

Ciò, segnatamente, nonostante una scrittura privata stipulata il 30 aprile 2008 fra la ricorrente e l'Eurotour per il trasferimento degli automezzi, giacché detta scrittura, priva di data certa, contrasterebbe con il contratto di leasing che vieterebbe la sub locazione.

Inoltre, allo spirare del termine per la presentazione delle offerte (25 marzo 2009), non solo non sarebbe stato prodotto un valido titolo di trasferimento degli automezzi fra l'Eurotour e la ricorrente, ma anche la prima non avrebbe avuto la disponibilità degli automezzi stessi visto che l'inerente contratto di leasing era scaduto (28 dicembre 2008) e non risultava richiesto il riscatto degli automezzi.

In data 11 maggio 2009 la ricorrente poi depositava in primo grado un documento del 2 gennaio 2009 con cui la IVECO autorizzava la sublocazione degli automezzi da parte dell'Eurotour in favore della ricorrente medesima.

Nel gravame si formulavano censure di violazione di legge ed eccesso di potere con le quali, in estrema sintesi, si lamentava il mancato rispetto del cosiddetto dovere di soccorso (artt. 38 e 46 D.Lgs. n. 163/2006) poiché l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto della documentazione prodotta, su invito della stessa, idonea a dimostrare la disponibilità degli automezzi in contesa e, segnatamente, della cennata autorizzazione dell'IVECO alla sublocazione.

Inoltre si contestava l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

L'Amministrazione si costituiva controdeducendo.

Altrettanto faceva il Consorzio CARAT, unico altro partecipante alla gara (escluso), il quale presentava anche ricorso incidentale.

Con questo si sosteneva, in sintesi, che la ricorrente doveva essere esclusa dalla competizione giacché a questa non avrebbe potuto partecipare, per carenza dei requisiti morali, la società Eurotour, cedente del ramo d'azienda che qui interessa.

Si deduceva, infatti, che il controllo anche dei requisiti morali della cedente si imporrebbe allorché la cessione sia recente rispetto allo svolgimento della gara.

Con sentenza n. 818/09 del 23 dicembre 2009 il T.A.R. dell'Umbria rigettava il ricorso principale e dichiarava improcedibile quello incidentale, condannando la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite.

Con ricorso notificato il 10 febbraio 2010 depositato il 16 febbraio 2010 la società Ricorrente Service ha impugnato la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma, con ogni conseguenza di legge, anche in ordine alle spese e agli onorari e con condanna al risarcimento dei danni in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della gara, o in via gradata per equivalente, sulla base di tre articolati motivi di gravame.

Resiste il Comune di San Giustino, che ha depositato memoria contenente appello incidentale, con cui comunque contesta la tardività dei documenti prodotti dalla società ricorrente in primo grado.

Anche il Consorzio Autonoleggiatori Riuniti ETA (CARAT) si è costituito ed ha depositato controricorso, con cui ha eccepito l'irricevibilità dell'appello principale per tardività e l'inammissibilità dei motivi e l'infondatezza degli stessi nel merito ed ha, altresì, proposto appello incidentale subordinato,

riproponendo le censure già spiegate con il ricorso incidentale in primo grado e rimaste assorbite nella dichiarazione di improcedibilità dello stesso per sopravvenuta carenza di interesse.

Si è costituita, infine, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deducendo la propria sostanziale estraneità alla presente controversia.

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2010, fissata per la discussione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata proposta in via incidentale dall'appellante, è stato disposto un rinvio al merito.

Le parti hanno depositato memorie illustrative e la causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 25 giugno 2010. In data 1 luglio 2010 è stato pubblicato il dispositivo n. 469/2010.

DIRITTO

L'appello principale è infondato e merita di essere respinto.

Il Collegio, quindi, prescinde dall'esame delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità dell'appello principale sollevate dalla difesa dell'appellato *****, in quanto l'appello è infondato nel merito.

Con il primo motivo l'appellante assume che la sentenza impugnata sarebbe illogica e contraddittoria nella misura in cui ha ritenuto non rilevante la dichiarazione di Iveco Finanziaria del 2 gennaio 2009 con la quale si autorizzerebbe la Eurotour alla sublocazione dei mezzi in questione.

Il motivo è privo di fondamento.

Il giudice di prime cure ha correttamente ritenuto infondate le censure relative alla violazione del cosiddetto dovere di soccorso, in base alla considerazione che alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (25 marzo 2009), era pacificamente scaduto (28 dicembre 2008) il contratto di leasing fra la IVECO e la società Eurotour, del quale quindi, a maggior ragione non poteva avvalersi la ricorrente.

E, pertanto, ha giustamente ritenuto non rilevante in contrario il documento del 2 gennaio 2009, pervenuto all'Amministrazione in data 11 maggio 2009, con il quale la IVECO autorizza la sublocazione degli automezzi tra l'Eurotour e la ricorrente con riferimento al suddetto contratto di leasing scaduto (n. 14029462).

L'appellante asserisce che la dichiarazione della Iveco Finanziaria del 2 gennaio 2009 varrebbe quale proroga, in suo favore, del contratto di leasing stipulato dalla Eurotour e risultato scaduto al momento della presentazione delle offerte e della verifica dei requisiti.

Invero, Ma, come fondatamente rilevato dai primi giudici, in primo luogo, l'autorizzazione non si connota in maniera univoca come proroga del contratto di leasing - e, difatti, la proroga stessa (fino al 28 dicembre 2009 e sempre a favore della Eurotour, a dispetto della cessione del ramo d'azienda alla ricorrente) è stata autorizzata dall'IVECO solo in data 29 luglio 2009, ben oltre quindi la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (25 marzo 2009) e dopo più di sei mesi dall'autorizzazione di cui sopra - e in secondo luogo, sempre la IVECO Capital espressamente attesta (lettera del 22 ottobre 2009) di aver ricevuto solo in data 27 luglio 2009, la documentazione per prorogare il riscatto del ripetuto contratto di leasing con l'Eurotour. In tale lettera, nel ricordare la citata autorizzazione alla sublocazione del 2 gennaio 2009 si precisa altresì che "i veicoli sono sempre rimasti nella disponibilità della Eurotour".

Da tali documenti, fra l'altro irrilevanti ai fini dell'aggiudicazione, giacché non prodotti all'Amministrazione in rituale riscontro delle inerenti richieste, il T.A.R. ha, del tutto correttamente, tratto la conferma che:

- alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (25 marzo 2009) il contratto di leasing dell'Eurotour era inequivocabilmente scaduto, come già sopra osservato;

- la disponibilità dei mezzi da parte dell'Eurotour, dopo la scadenza del contratto (28 dicembre 2008) era di mero fatto e non di diritto, visto che la proroga del ridetto contratto di leasing è intervenuta soltanto dopo circa sette mesi dalla sua scadenza.

Per cui, come giustamente osservato dal Tribunale, è ulteriormente provato che, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (25 marzo 2009), la ricorrente non aveva alcun legittimo titolo per disporre dei veicoli in discorso, sia per la mancanza di un titolo autonomo, sia per l'assenza di un valido titolo giuridico (essendo scaduto il 28 dicembre 2008) il contratto di leasing in capo alla sua dante causa Eurotour (cessionaria del ramo d'azienda).

Il Tribunale, inoltre, aggiunge che, anche ammettendo, in ipotesi, la validità, fra le parti, della citata sublocazione fra l'Eurotour e la ricorrente (per il combinato effetto della scrittura privata del 30 aprile 2008 e dell'autorizzazione IVECO generica e postuma del 2 gennaio 2009), "la ricorrente stessa non aveva ugualmente titolo, ai fini che qui interessano, per disporre degli automezzi sempre perché era scaduto quello (il contratto di leasing) della sua dante causa (Eurotour)", in quanto "nel diritto pubblico e, segnatamente, nella delicata materia delle gare d'appalto, rilevano eminentemente i rapporti giuridici definiti e tipici e non le situazioni di mero fatto, ancorché rivenienti da accordi fra privati i quali ben possono regolare i loro rapporti con modalità atipiche e flessibili, inibite invece alle pubbliche amministrazioni".

Dall'insieme delle suesposte considerazioni il T.A.R. ha, quindi, ricavato la convinzione, immune da vizi logici o da errori di diritto, che bene ha fatto l'Amministrazione, sul piano sostanziale, a considerare non veritiere le dichiarazioni rese in sede di gara circa la disponibilità degli automezzi e che ciò era più che sufficiente per non approvare l'aggiudicazione.

Con il secondo motivo di appello l'appellante ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto infondata la censura di violazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 in relazione al c.d. dovere di soccorso. Nello specifico l'appellante, riproponendo il secondo motivo del ricorso di primo grado, sostiene che la dichiarazione della Iveco del 2 gennaio 2009, prodotta tardivamente, costituirebbe un mero chiarimento e non un'integrazione documentale.

Il motivo è privo di pregio.

Sul punto la sentenza di primo grado, premessa, sul piano formale, la tardività della presentazione della dichiarazione (invero irrilevante come si è visto) dell'IVECO che autorizzava la sublocazione - in quanto questa è giunta all'Amministrazione in data 11 maggio 2009, cioè ben dopo il termine massimo del 18 aprile 2009, previsto dalla nota n. 5154 del 9 aprile 2009 per la dimostrazione del possesso dei requisiti e addirittura dopo che era stata emanata la determinazione di non approvazione dell'aggiudicazione provvisoria (n. 75 del 7 maggio 2009) con la quale si era ormai concluso il procedimento di gara - ha correttamente ritenuto che "la produzione di tale documento costituisce un'integrazione documentale (quindi inammissibile), non un chiarimento di atti già prodotti". E ciò del tutto correttamente, in quanto "almeno negli intenti della ricorrente, il documento avrebbe dovuto dimostrare la disponibilità degli automezzi (dimostrando la legittimità della sublocazione del 30 aprile 2008), con il che esso si connota come un mezzo di prova in sé e per sé, non come una mera illustrazione di documenti già prodotti".

Ne consegue che l'Amministrazione non ha violato alcun dovere di soccorso, diversamente da quanto si sostiene nel gravame, ed anzi si è attenuta alle regole poste a garanzia della par condicio dei concorrenti, che impediscono integrazioni documentali o comunque tardivi rimedi a negligenze o manchevolezze dei concorrenti (in materia di gare d'appalto, la disposizione di cui all'art. 16 D.Lgs. n. 157/1995 - ora art. 46

D.Lgs. n. 163/2006 - vigendo il principio di par condicio tra i concorrenti, si deve ritenere non possa essere utilizzata per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara: cfr. Cons. St., Sez. V, 16 luglio 2007, n. 4027).

Con il terzo motivo di gravame l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittimo anche l'incameramento della cauzione provvisoria (ex art. 75 D.Lgs, n. 163/2006), giacché imposto, come atto dovuto, dall'art. 48, 1° comma, D. Lgs. n. 163/2006.

Anche tale motivo è infondato.

Al riguardo, il Tribunale ha giustamente rammentato, sul piano generale, che l'incameramento è sempre possibile non solo per la mancata stipula del contratto, ma anche per dichiarazioni comunque non veritiere "poiché la cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche" (cfr. Cons. St., Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2140; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

Il T.A.R., inoltre, altrettanto correttamente ha ritenuto legittima la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, trattandosi, anche questo, di adempimento vincolato ai sensi dell'art. 48, 1° comma, D.Lgs. n. 163/2006, in conseguenza della omessa dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Per le considerazioni che precedono l'appello principale deve essere respinto e, per l'effetto, la sentenza impugnata deve essere confermata, mentre, di conseguenza, gli appelli incidentali devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto d'interesse.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e dichiara improcedibili gli appelli incidentali.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del grado in favore delle parti appellate costituite, Comune di San Giustino e Consorzio Autonoleggiatori Riuniti ETA, liquidandole complessivamente in euro 5.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A., pari ad euro 2.500,00 per parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente FF

Filoreto ***** , Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Russo, ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/legittima-escussione-della-cauzione-provvisoria-per-mancata-dimostrazione-del-posse-sso-degli-automezzi-necessari-allo-svolgimento-del-servizio-oggetto-della-gara/>