

L'escussione della cauzione provvisoria è un atto dovuto (Cons. di Stato N. 06272/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

L'escussione della cauzione provvisoria è un atto dovuto

Non vale la dimostrazione della buona fede ad evitare l'escussione della cauzione provvisoria a fronte di un inadempimento dell'articolo 48 del codice dei contratti a seguito della mancata dimostrazione dei requisiti speciali

Infine non sussiste neanche l'omessa pronuncia sulla censura, dedotta (in subordine) nel secondo motivo di ricorso limitatamente alla sanzione ulteriore della escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza: con tale censura la ricorrente, premessa la propria buona fede in ordine alla dimostrazione del possesso del fatturato specifico, ne deduceva che, pur se l'esclusione dalla gara fosse stata ritenuta legittima, tuttavia, in mancanza di dolo, non ricorrevano i presupposti richiesti per adottare nei suoi confronti gli ulteriori suddetti provvedimenti.

In realtà la sentenza appellata si è pronunciata anche su tale censura nel punto della motivazione (pag. 8) in cui rappresenta che, in sede di verifica del possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 48 D.lgs. n. 163/2006, la valutazione della P.A. è vincolata, essendo prevista espressamente dal Legislatore sia l'escussione della cauzione provvisoria sia la degnazione all'Autorità di Vigilanza; non residua, pertanto, margine per differenziare le determinazioni della stazione appaltante in relazione alla valutazione di profili ulteriori, introducendo di fatto un'esimente non contemplata dall'art. 48 Codice Contratti Pubblici.

Passaggio tratto dalla decisione numero 6272 del 28 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Ecco il commento alla confermata sentenza di primo grado

sentenza numero 33 del 12 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

il provvedimento di esclusione si è profilato come inevitabile e dovuto anche per quanto riguarda l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità.

poiché la fase di verifica disciplinata dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 reca in se un automatismo per cui, se non è comprovato il possesso dei requisiti mediante produzione della documentazione prevista dalla lex specialis, va disposta l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione provvisoria

legittima esclusione ed escussione della cauzione provvisoria se, in caso di in sede di verifica ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti, il possesso dello specifico requisito di capacità economica e finanziaria richiesto dall'art. 6 del disciplinare di gara, consistente nell'aver realizzato un fatturato non inferiore a € 1.500.000,00 in servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto nel triennio 2007-2009, non viene dimostrato.

Dall'esame degli atti di causa emergono i seguenti dati:

- l'art. 6 del disciplinare di gara richiede la dimostrazione di un fatturato specifico complessivo in servizi analoghi a quelli oggetto della gara relativo alle attività svolte in ambito ospedaliero nel triennio 2007-2009 non inferiore a € 1.500.000,00;

- il successivo art. 12 stabilisce che i concorrenti sorteggiati debbano dimostrare il requisito specifico di capacità economico-finanziaria mediante produzione di copia autentica dei bilanci consuntivi, relativi agli

anni 2007-2009 e certificati di pregressa esperienza indicanti almeno (tra l'altro) estremi del contratto da cui desumere l'intestatario, la data, la descrizione del servizio, l'importo;

- la ricorrente, sorteggiata ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, ha prodotto le dichiarazioni IVA e redditi (Mod. Unico), non essendo obbligata al deposito di bilanci consuntivi, e due certificati di servizio indicanti, rispettivamente, quello dell'Azienda ospedaliera Bianchi - Melacrino - Morelli di Reggio Calabria, un servizio di durata triennale al canone mensile di € 5.000,00 oltre IVA, quello dell'Azienda sanitaria di Messina, un servizio espletato presso il P.O. S. Vincenzo di Taormina a far data dal 1 settembre 2009 con un corrispettivo da versarsi all'Azienda pari al 36,52% sugli incassi complessivi;

- non essendo chiaro l'ammontare complessivo del fatturato realizzato con le due aziende né il periodo di riferimento, la stazione appaltante ha richiesto chiarimenti con nota del 5 ottobre 2010 alla quale la ricorrente ha dato riscontro il successivo 9 ottobre, integrando i documenti e chiarendo che mentre per il servizio in corso presso l'Azienda ospedaliera di Reggio Calabria il fatturato può quantificarsi in € 66.000,00 annui, oltre IVA per tre anni, quanto a quello presso il Presidio ospedaliero di Taormina l'importo contrattuale può essere desunto solo in percentuale, trattandosi di contratto attivo; ha precisato, tuttavia, che il fatturato specifico può desumersi dai Modelli "Unico" relativi ai tre esercizi finanziari;

- con nota del 21 ottobre 2010 la stazione appaltante, non avendo ricevuto dimostrazione del fatturato specifico in servizi analoghi, nel triennio 2007 - 2009, non inferiore ad € 1.500,00, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara, nonché l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 1, D. Lgs. 163/2006.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

I fatti così riassunti non sono contestati, appuntandosi le doglianze della ricorrente sul fatto che l'Amministrazione, a fronte della non quantificabilità del fatturato su un contratto attivo ove la

fatturazione avviene a percentuale sugli incassi, non abbia voluto ritenere soddisfatta la dimostrazione del fatturato mercé i modelli "Unico".

Tale censura, tuttavia, non può trovare accoglimento.

Invero, come osservato dalla difesa dell'Azienda ospedaliera nel corso della discussione orale, la stazione appaltante ha dato alla ricorrente ogni possibile chance per dimostrare il requisito di capacità economico - finanziaria in discorso, sia derogando alla perentorietà del termine di dieci giorni previsto dall'art. 48, comma 1 del codice dei contratti e consentendo l'integrazione documentale e i chiarimenti, sia mostrandosi disponibile ad accettare qualunque certificazione idonea a provare il fatturato specifico.

Viceversa la ricorrente si è limitata a circoscrivere la propria documentazione ai certificati di servizio resi dalle Aziende ospedaliere che, per sua stessa ammissione, non erano idonei a quantificare l'importo del fatturato contrattuale nel triennio.

In definitiva, poiché la fase di verifica disciplinata dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 reca in se un automatismo per cui, se non è comprovato il possesso dei requisiti mediante produzione della documentazione prevista dalla lex specialis, va disposta l'esclusione dalla gara e l'irrogazione delle sanzioni ivi previste, il provvedimento che ne consegue assume natura di atto vincolato specie ove, come nel caso in esame, l'Amministrazione abbia consumato l'unico margine di discrezionalità a sua disposizione, consentendo l'integrazione documentale e i chiarimenti.

Va, infatti, affermato il principio per cui se il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara che indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 1 luglio 2010, n. 22062) vieppiù esso assume natura vincolata quando tale previsione, come nel caso di specie, discenda direttamente dalla legge

Riportiamo qui di seguito il testo della decisione numero 6272 del 28 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato.

<https://www.diritto.it/l-escussione-della-cauzione-provvisoria-e-un-atto-dovuto-cons-di-stato-n-062722011/>