

Si all'escussione della cauzione provvisoria per carenza dei requisiti generali (Cons. di Stato N. 00084/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Legittima ed automatica escussione della cauzione provvisoria per mancata dimostrazione dei requisiti di ordine generale

la verifica negativa del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, solo autodichiarati in sede di partecipazione alla gara, ha comportato, quale necessario effetto dell'esclusione dalla gara, anche il venire meno dell'aggiudicazione provvisoria in capo all'A.T.I. Elsa Costruzioni Generali s.r.l. - Impresa Eredi Antonio Ricorrente s.r.l. e l'impossibilità di stipulare il contratto per fatto imputabile esclusivamente alla predetta A.T.I.

A ciò consegue la legittimità della richiesta di escussione della cauzione provvisoria, la cui funzione è proprio quella di garantire la mancata sottoscrizione del contratto e l'inadempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara

costituendo essa non già una sanzione amministrativa (C.d.S., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963), quanto piuttosto una conseguenza del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni, meramente formali o sostanziali, su cui è fondata l'esclusione dalla gara (C.d.S., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7263; 6 aprile 2009, n. 2140).

Sono del tutto irrilevanti, oltre che infondate, le ulteriori argomentazioni dell'appellante circa la pretesa illegittimità della richiesta di escussione della fideiussione provvisoria per l'omesso richiamo operato dall'amministrazione appaltante all'articolo 75 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (impropriamente indicato invece dai primi giudici) e per la dedotta impossibilità di disporre l'incameramento della cauzione per la carenza dei requisiti generali di partecipazione (laddove essa sarebbe ammissibile solo per la accertata carenza dei requisiti speciali).

E' circostanza pacifica che effettivamente l'amministratore unico e direttore tecnico dell'impresa ometteva di indicare l'esistenza di un decreto penale di condanna irrevocabile

non può dubitarsi della legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara disposta dall'amministrazione appaltante

la puntuale previsione della *lex specialis*, che non si limitava a richiedere una generica dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (solo in presenza della quale avrebbe potuto invocarsi la natura meramente formale della omessa indicazione dei precedenti penali, giustificandosi la valutazione di gravità/non gravità dei reati compiuta direttamente dal concorrente), imponeva la puntuale dichiarazione di tutte le condanne penali, riservando alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine della esclusione

La riscontrata omissione giustifica pertanto il provvedimento impugnato, giacché la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando

Del resto deve ricordarsi che la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che la dichiarazione circa l'insussistenza di cause di esclusione dalla gara è finalizzata per un verso a soddisfare l'interesse pubblico alla piena conoscibilità dei fatti rilevanti e, sotto altro concorrenti profilo, a caratterizzare l'esigibilità

della condotta e l'onere di diligenza che possono essere imposti in capo al soggetto privato, anche in considerazione del fatto che quest'ultimo potrebbe ritrarre un vantaggio personale (ridondante in un danno per l'interesse pubblico) nel condurre in modo non pienamente diligente l'attività conoscitiva prodromica alla dichiarazione sostitutiva finalizzata alla partecipazione alla gara (C.d.S., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243), così che già l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti, quali la mancata dichiarazione di sentenze penali di condanna, si configura come causa autonoma di esclusione (C.d.S., sez. V, 11 maggio 2020, n. 2822; 12 aprile 2007 n. 1723).

Occorre inoltre aggiungere che le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente medesimo, il quale è pertanto tenuto a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare a monte alcun « filtro », omettendo la dichiarazione di alcune di esse sulla base di una selezione compiuta secondo criteri personali (C.d.S., sez. IV, 10 febbraio 2009), dovendo al riguardo precisarsi che, nel caso di specie, come si è auto modo di evidenziare, l'amministrazione, sia pur in modo estremamente sintetico, ha sicuramente considerato le condanne di cui era stata omessa l'indicazione, inerenti all'attività oggetto dell'appalto e quindi incidenti sulla moralità professionale (irrilevante al riguardo essendo la dedotta circostanza che in altra procedura di gara indetta da altra amministrazione gli stessi precedenti penali non siano stati ritenuti ostativi all'aggiudicazione di un appalto).

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

decisione numero 7963 del 9 novembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

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

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 comprovi 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 Società 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.>

decisione numero 7263 dell' 1 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

Obbligatoria produzione in originale a comprova del possesso dei requisiti speciali: confermata l'escussione della cauzione provvisoria

A ciò aggiungasi che la legittimità di tale regola speciale risultava in questo caso correttamente evidenziata anche con riferimento al predetto D.Lgvo.n.163 tant'è che, sia nella motivazione del provvedimento di esclusione, sia in quella della sentenza impugnata viene puntualmente richiamata la norma dell'art.48 di detto decreto.

Tale norma, proprio con riguardo alla fase di verifica dei requisiti, stabilisce: A) che i partecipanti sorteggiati debbono comprovare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito; B) che, in mancanza di tale prova, la stazione appaltante procede alla esclusione del concorrente dalla gara nonché alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

non poteva la società esclusa dalla Commissione di gara pretendere di sanare l'irregolarità riscontrata in applicazione della norma di cui all'art.46 del predetto D.Lgvo.n.163

In punto di fatto la società appellante precisa di aver partecipato ad una gara di appalto bandita dalla Provincia di Udine per l'espletamento del servizio di pulizia dei propri uffici relativamente al periodo dal 1 aprile 2009 al 31 marzo 2014.

Sorteggiata, ai sensi dell'art.48,co.1 del D.Lgvo. 163/2006, per comprovare il possesso dei requisiti previsti dal bando e dichiarati nell'offerta, la società veniva esclusa dalla gara in quanto la documentazione da essa presentata in copia conforme all'originale risultava formalmente non in regola rispetto alle previsioni di cui al punto C) del relativo disciplinare che invece richiedeva l'attestazione in originale della buona esecuzione di prestazioni di servizi di pulizia riguardanti almeno tre contratti stipulati con clienti pubblici e/o privati nel triennio dal 2005 al 2007 di cui almeno uno di importo non inferiore a 200 mila euro oltre IVA.

2.) Avendo l'Amministrazione confermato tale esclusione a seguito di una apposita istanza di riesame

presentata dalla stessa società, quest'ultima ha proposto ricorso al T.A.R. impugnando anche con motivi aggiunti gli atti di gara ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della società "Controinteressata" nonché quello di incameramento della cauzione provvisoria da essa prestata per partecipare alla gara.

3.) Il T.A.R., con la sentenza appellata, ha deciso di rigettare il ricorso ed i relativi motivi aggiunti evitando così di esaminare tutte le eccezioni sollevate dall'Amministrazione resistente.

4.) Con il ricorso in appello vengono riproposte tutte le censure formulate in primo grado nonché le domande di restituzione della cauzione provvisoria incamerata e di condanna al risarcimento dei danni da parte dell'Amministrazione intimata.

5.) Quest'ultima si è costituita e resiste ribadendo preliminarmente l'eccezione di inesistenza della notifica del ricorso di primo grado (in quanto indirizzato alla Provincia presso la Segreteria del T.A.R. anziché presso la sua sede) e chiedendo altresì il rigetto del gravame siccome infondato nel merito.

Anche la società controinteressata si è costituita ed eccepisce la totale infondatezza dell'appello.

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

Trattenuta la causa in decisione, il Collegio rileva che l'appello è infondato sicché è inutile esaminare le puntuali repliche in fatto ed in diritto contenute nella memoria difensiva dell'appellante in data 10 giugno 2010 a sostegno dell'infondatezza della predetta eccezione di difetto di notifica riproposta in questa sede dall'Amministrazione provinciale.

7.) Esaminando i primi due motivi di gravame, il Collegio è dell'avviso che il disciplinare di gara prescriveva chiaramente che i concorrenti sorteggiati ai sensi del predetto art.48,1[^]co.del D.Lgvo.n.163 dovevano attestare - a pena di esclusione dalla gara - il possesso del requisito di cui alla lettera C) in ordine alle prestazioni eseguite mediante la produzione di documenti originali.

Su tale prescrizione e sugli effetti preclusivi derivanti dalla sua inosservanza non potevano sussistere dubbi sia perché per l'altro requisito di cui alla lettera E) era invece prevista la produzione di una copia della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee, sia perché nel rispetto delle prescrizioni generali di gara l'Amministrazione - in risposta ad appositi quesiti dei concorrenti- aveva pure chiarito tramite il proprio sito internet che nella fase di verifica delle dichiarazioni rese in sede di offerta il requisito di cui alla lettera C) non poteva essere comprovato a mezzo di copie autenticate, sia infine perché lo stesso disciplinare precisava che alle fasi successive della gara sarebbero stati ammessi solo i concorrenti in regola con le stesse prescrizioni e con le verifiche di cui sopra.

Trattandosi, quindi, di una tassativa prescrizione che, seppure di natura formale, non risultava in concreto rispettata pur dovendosi considerare assolutamente vincolante ai sensi della lex specialis di gara, questo Collegio ritiene inconferente non solo il richiamo della disciplina civilistica di cui all'art.2719 c.c. e della disciplina di cui agli artt.19 e 47 del D.P.R. n.445/2000 ma anche il richiamo dell'art.42 del D.Lgvo. n.163/2006. In questo caso, infatti, non veniva in rilievo la regola generale dell'equipollenza probatoria di un documento prodotto in copia conforme rispetto a quello prodotto in originale, né l'altra regola generale che consente in sede di gara di provare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sottoscritta in conformità del citato D.P.R. 445. Veniva, invece, in rilievo una regola speciale che, come pure precisato dal T.A.R., imponeva in sede di verifica dei requisiti, una sola modalità di documentazione degli stessi e cioè la produzione di documenti in originale; il tutto, ripetesì, con una comminatoria testuale di esclusione che, essendo posta proprio a corredo finale della medesima regola speciale, non richiedeva neppure il supporto logico della pur ragionevole argomentazione "a contrariis" evidenziata dal T.A.R.

A ciò aggiungasi che la legittimità di tale regola speciale risultava in questo caso correttamente evidenziata anche con riferimento al predetto D.Lgvo.n.163 tant'è che, sia nella motivazione del provvedimento di esclusione, sia in quella della sentenza impugnata viene puntualmente richiamata la

norma dell'art.48 di detto decreto. Tale norma, proprio con riguardo alla fase di verifica dei requisiti, stabilisce: A) che i partecipanti sorteggiati debbono comprovare il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito; B) che, in mancanza di tale prova, la stazione appaltante procede alla esclusione del concorrente dalla gara nonché alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti consequenziali.

Così disattesi i predetti due motivi di appello, il Collegio rileva che anche il terzo motivo è da considerare infondato. Infatti, non poteva la società esclusa dalla Commissione di gara pretendere di sanare l'irregolarità riscontrata in applicazione della norma di cui all'art.46 del predetto D.Lgvo.n.163; ciò perché nel caso di specie non si trattava di rispettare il principio del favor participationis e quindi di ammettere la ricorrente di completare e/o di chiarire le risultanze di un documento già prodotto e già formalmente in regola nell'ambito di quanto previsto dagli artt.38 e 45 dello stesso decreto ma di consentire addirittura la sostituzione di un documento che attestava in copia conforme il possesso dei requisiti dichiarati, documento che (ripetesi) risultava formalmente irregolare (ai sensi della disciplina di gara) e che come tale non poteva comunque essere sostituito per il doveroso rispetto dell'altro e più pregnante principio di par condicio con gli altri concorrenti.

9.) Con il quarto motivo, correlato al primo, viene ribadita l'illegittimità della prescrizione del Capitolato che richiedeva di comprovare il possesso dei requisiti con documenti prodotti in originale; il tutto, senza affatto considerare che l'impiego di forme di documentazione equipollenti all'originale è riconosciuta da specifiche disposizioni normative nonché sostenuta da unanime giurisprudenza.

Anche tale motivo è infondato perché, in aggiunta a quanto già detto in precedenza sulla infondatezza delle dedotte violazioni di legge, occorre rilevare che l'operato della stazione appaltante non risulta neppure censurabile in termini di eccesso di potere.

Infatti, come pure rilevato dal T.A.R., dovendosi nel caso di specie effettuare un controllo successivo sulla veridicità del possesso dei requisiti di ammissione già autocertificati in sede di offerta, non è affatto

irragionevole che a carico della ditta sorteggiata fosse imposto un onere di non difficile adempimento e cioè la produzione di documenti in originale, proprio al fine di evitare qualsiasi eventuale controllo successivo e quindi di rendere più celeri le operazioni di gara.

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 84 dell' 11 gennaio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato.

<https://www.diritto.it/si-all-escussione-della-cauzione-provvisoria-per-carezza-dei-requisiti-general-cons-di-stato-n-000842012/>