

Solo la mancata prova dei requisiti comporta l'escussione della cauzione provvisoria (TAR Sent.N.00021/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Non veridicità di due preventivi prodotti a giustificazione dell' offerta: illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria

E' errata la prospettazione fattuale posta a fondamento dei provvedimenti impugnati giacché, come dimostrato, non è vero che i due preventivi non sono veritieri; ed è quindi illogica la deduzione riguardante il venir meno del rapporto fiduciario, in quanto non si vede cosa si possa imputare alla ricorrente, la quale non ha fatto altro che produrre in sede procedimentale i preventivi che le imprese fornitrici le avevano a suo tempo consegnato.

la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'incameramento della cauzione è misura di natura sanzionatoria che può essere applicata tassativamente solo nelle ipotesi contemplate nell'art. 48, primo comma, del codice dei contratti pubblici, e cioè quando il concorrente non è in grado di comprovare il possesso dei requisiti di carattere speciale (capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa) richiesti per la partecipazione alla gara

Tale rigoroso orientamento esclude che la suindicata sanzione possa essere comminata per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di carattere generale di partecipazione previsti dall'art. 38, comma primo, del codice dei contratti pubblici; a maggior ragione deve ritenersi che la stessa non possa essere comminata quando addirittura, come nel caso in esame, si versi in ipotesi del tutto estranea a quella della prova del possesso dei requisiti di partecipazione

Si legga anche

I requisiti di carattere generale possono essere verificati dalla stazione appaltante sia nella fase iniziale della gara, sia in un momento successivo, sia, se del caso, in sede di controllo a campione, congiuntamente alla verifica del possesso dei requisiti di carattere speciale.

Dall'art. 75, d.P.R. n. 554/1999 si desume che il mancato possesso dei requisiti di carattere generale è causa di esclusione, quale che sia il momento in cui interviene il controllo della stazione appaltante

La dichiarazione dei redditi va presentata nel rispetto dei termini per essa prescritti, sicché in sede di gara di appalto non si può esigere che venga presentata, a pena di esclusione, in un momento anteriore a quello per essa prescritta

La decisione numero 5009 del 28 agosto 2006 emessa dal Consiglio di Stato, in tema di verifica dei requisiti di ordine generale, ci insegna che:

<Tuttavia l'art. 10, co. 1 quater, l. n. 109/1994, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale.

Stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall'art. 10, co. 1 quater, non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale.

Pertanto, per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale poteva essere legittimamente irrogata la sanzione dell'esclusione dalla gara (sanzione che non è stata impugnata in sede giurisdizionale), ma non anche le ulteriori sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza>

sentenza numero 8108 del 10 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Emilia Romagna, Bologna

il primo comma dell'art. 48 del Codice dei Contratti, nel suo dato testuale, non consenta dubbi interpretativi di sorta in ordine alla tassatività delle condizioni in esso previste e cioè il possesso dei requisiti cosiddetti di carattere "speciale" la cui mancata allegazione, in sede di prova dei requisiti, determina l'esclusione dalla procedura, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza

L'articolo 48 del codice dei contratti prevede che le stazioni appaltanti chiedano ai soggetti offerenti, così come all'aggiudicatario, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa e quando tale prova non sia fornita esse dispongono l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti.

Come appare evidente dal chiaro contenuto della norma, le misure sanzionatorie indicate devono applicarsi tassativamente alle ipotesi di mancanza dei requisiti ivi previsti, cosiddetti di "ordine speciale", e non anche all'assenza di requisiti diversi da quest'ultimi e cioè di quelli di "ordine generale" non contemplati dalla fattispecie in esame.

Le argomentazioni sviluppate dalla resistente Agenzia e volte ad accreditare la tesi di una estensibilità del disposto normativo al caso dell'inadempimento di obblighi fiscali non sono condivisibili in ragione, sia della tassatività delle previsioni in esso contenute, sia del diverso profilo di tutela a cui s'ispira il richiesto

requisito della regolarità fiscale e contributiva e cioè la credibilità e l'affidabilità in senso generale del privato contraente.

Sempre con riferimento ai predetti motivi aggiunti vanno invece disattesi i residuali profili diretti a prospettare un'illegittimità derivata da quella relativa all'impugnato provvedimento d'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva, illegittimità che si è dimostrata, nella specie, non sussistente.

Venendo al secondo atto di motivi aggiunti con i quali si contesta, sia il provvedimento di segnalazione all'Autorità di Vigilanza che è semplice atto d'impulso del procedimento, sia e soprattutto quello di annotazione della società ricorrente nel Casellario Informativo degli operatori economici, disposto dalla predetta Autorità di Vigilanza, si osserva che anche in questo caso la ricorrente rileva, in via principale, la violazione dell'art. 48/1°c e 38/1°c lett. g) del Codice dei Contratti ed a seguire, la violazione dei principi informativi della materia e di alcuni principi di cui agli art. 23, 25, 70 e 97 della Carta Costituzionale.

In primo luogo va respinta l'eccezione d'inammissibilità dei suddetti motivi aggiunti, per la parte concernente il provvedimento dell'Autorità di Vigilanza, atteso che la determinazione impugnata, pur essendo stata emessa da un'Autorità diversa dalla resistente Agenzia, s'innesta in un procedimento distinto, ma connesso rispetto a quelli oggetto dell'odierna controversia, sicché appare legittima, nel caso di specie, l'impugnazione mediante motivi aggiunti.

Nel merito e per la parte residua si prescinde dal pur fondato rilievo di omessa comunicazione di avvio del procedimento in quanto nella sostanza il principale profilo riguardante la violazione dell'art. 48/1°c del Codice dei Contratti, dedotto con i presenti motivi aggiunti è fondato.

Al riguardo occorre integralmente richiamarsi alle argomentazioni sviluppate in sede di trattazione dei precedenti motivi aggiunti per evidenziare come il primo comma dell'art. 48 del Codice dei Contratti, nel suo dato testuale, non consenta dubbi interpretativi di sorta in ordine alla tassatività delle condizioni in

esso previste e cioè il possesso dei requisiti cosiddetti di carattere “ speciale” la cui mancata allegazione, in sede di prova dei requisiti, determina l’applicazione delle misure sanzionatorie ivi indicate tra le quali figura anche la segnalazione del fatto all’Autorità di Vigilanza per i provvedimenti di cui all’art. 6/11° c. del Codice dei Contratti.

Se, a seguito dei dovuti accertamenti, dovesse emergere una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ex artt. 444 e 445 c.p.p., pronunciata un Tribunale a carico del legale rappresentante e direttore tecnico di un’impresa partecipante ad una procedura ad evidenza , per la violazione delle norme per la repressione dell’evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, è legittima l’escussione della cauzione provvisoria per la violazione delle norme di cui all’articolo 48 del codice dei contratti?

Ed invero con riguardo all’ art. 10 co. 1 quater L. 109/04 (il cui contenuto è stato letteralmente ripreso dal citato art. 48) la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire “l’art.10, comma 1 quater, L. 109/04, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all’Autorità di Vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale. _ Stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall’art. 10, comma 1 quater, non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale” _ **Ebbene poiché il requisito non posseduto dalla società ricorrente con riferimento al quale è stata disposta la sua esclusione deve ritenersi sussumibile nella categoria dei requisiti di ordine generale, ne discende che nella specie non poteva trovare applicazione il**

citato articolo 48; articolo che come visto, pone a presupposto della segnalazione all’Autorità e dell’incameramento della cauzione, il difetto degli specifici requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa

Merita di essere segnalata la particolare fattispecie decisa nella sentenza numero 1326 del 13 maggio 2008 emessa dal Tar Veneto, Venezia,

Vediamo i fatti

La società ricorrente premette in fatto di aver partecipato, in R.T.I. con capogruppo Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna, alla gara indetta dall’Azienda Ulss 18 di Rovigo per la “Realizzazione della Piastra Tecnologica Polifunzionale-chirurgica e radiologica e del nuovo ingresso (main street e torre elevatori) presso l’Ospedale di Rovigo”.

Per la partecipazione alla gara era richiesto alle ditte concorrenti di presentare, fra l'altro, una dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa attestante che non ricorreva a quella data, nei confronti del concorrente e delle persone fisiche indicate all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.L.vo 163/06 (legali rappresentanti e direttori tecnici) alcuna delle cause di esclusione dalla gara elencate al citato art. 38.

L'Impresa ALFA ha reso la dichiarazione in data 01.02.07.

La gara si è svolta con decreto n. 452 del 22.05.07 è stata approvata l'aggiudicazione provvisoria a favore del R.T.I. con capogruppo il Consorzio Veneto Cooperativo di Marghera (Ve), mentre il R.T.I. con capogruppo il Consorzio Cooperative Costruzioni di Badia Polesine (Ro), di cui faceva parte l'odierna concorrente, è risultato secondo classificato.

Effettuati dalla stazione gli accertamenti previsti, è emersa dal certificato del Casellario Giudiziario una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ex artt. 444 e 445 c.p.p., pronunciata in data 28.11.1997 dal Tribunale di Rovigo a carico del legale rappresentante e direttore tecnico dell'impresa ALFA, sig. Paolo ALFA, per la violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

Il Direttore Generale dell'Azienda Ulss 18 Rovigo, rilevato che il reato, in quanto relativo al pagamento di imposte e tasse, rientrava nella fattispecie di esclusione dalla gara di cui all'art. 38, lett. g), del D.L.vo 163/06, con provvedimento n. 616 del 17.07.07 ha decretato di escludere dalla gara il R.T.I. di cui faceva parte l'impresa ALFA; di dare mandato al responsabile del procedimento di effettuare ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.L.vo n. 163/06 la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture dell'esclusione dalla gara del R.T.I. sopraindicato.

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi:

Ecco i motivi del ricorso

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi:

sull'esclusione dalla gara. Violazione art. 38, lett. g) del D.L.vo n. 163/06 e dell'art. 7 e segg. L. 241/90.

La motivazione addotta a sostegno dell'esclusione si basa sul rilievo che "il reato contestato al sig. P. G. (iniziali di Paolo ALFA) e di cui alla sentenza ex art. 444, 445 c.p.p. 13.10.97 del Tribunale di Rovigo essendo relativo all'obbligo del pagamento di imposte e tasse e perciò rientrando nella fattispecie contemplata come causa di esclusione espressa dall'art. 38, lett. g) del citato D.Lgs. n. 163/2006, comporta che l'impresa ALFA B e L di Paolo e Sereno ALFA S.n.c. debba essere esclusa".

La motivazione discenderebbe da una errata interpretazione dell'art. 38 lett. g) del citato D.L.vo 163/06 atteso che tale norma dispone che presupposto per l'esclusione automatica di un soggetto è solo il definitivo accertamento di una violazione degli obblighi tributari.

Il citato accertamento si ottiene all'esito di un procedimento amministrativo, oppure di un contenzioso avanti le competenti Commissioni Tributarie e non in sede di sentenza penale di applicazione della pena su richiesta.

La stazione appaltante ha errato nella qualificazione della fattispecie e, ha disposto l'esclusione automatica sull'errato presupposto che tale norma si riferisse a pronunce del giudice penale.

In ogni caso, incombeva sulla P.A. l'obbligo di far precedere il provvedimento di esclusione, da rituale comunicazione all'interessata di avvio del procedimento ex art. 7 e segg. L. 241/90 e da apposita istruttoria alla quale la ricorrente fosse posta in grado di fornire un apporto partecipativo.

Sull'escussione della fideiussione e sulla segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

B1) Violazione art. 48 D.L.vo n. 163/06. Illegittimità derivata.

Deve ritenersi illegittimo il decreto in questione anche nella parte in cui il Direttore Generale ha dato mandato al Responsabile del Procedimento, ing. Giovanni Spina, "di procedere, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del D.L.vo n. 163/2006, alla segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici lavori e servizi e forniture dell'esclusione dalla gara del succitato Raggruppamento Temporaneo di Imprese".

L'illegittimità di tale disposizione è derivata poiché si fonda sull'illegittima esclusione, ma l'atto è illegittimo anche per vizi propri.

Le dichiarazioni rilevanti per l'art. 48, 1° comma, D.L.vo n. 163/06, attengono infatti al possesso dei

requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara.

Nel caso di specie, il requisito non posseduto dall'Impresa ALFA è uno di quelli che l'art. 38 del D.L.vo n. 163/06 definisce nella sua rubrica "Requisiti di Ordine Generale".

L'illegittimità discende anche dalla circostanza che prima di procedere ad adottare i provvedimenti di escussione della fideiussione di segnalazione all'Autorità, non si è data alla ricorrente rituale comunicazione di avvio del procedimento, né risulta che l'Amministrazione abbia espresso alcuna valutazione in ordine alle memorie presentate da ALFA S.n.c. il 19.7.07 ed il 07.08.07, in spregio alle previsioni di cui all'art. 10, comma 1, lett. b), della L. 241/90.

B2) Violazione dell'art. 48 del D.L.vo n. 163/06. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità e contraddittorietà tra atti della stessa amministrazione.

Il fatto che la stazione appaltante abbia ritenuto non scientemente falsa la dichiarazione resa dall'impresa ALFA imponeva una attenta valutazione della fattispecie nonché l'invio della rituale comunicazione all'interessato di avvio del procedimento al fine di verificare l'esistenza dei presupposti stessi per l'applicazione dell'art. 48 D.L.vo n. 163/06.

Ecco il parere dell'adito giudice veneto

E' infondata la sollevata eccezione di inammissibilità atteso che, deve ritenersi ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il ricorso può essere presentato da ciascuna delle singole imprese facenti parti del raggruppamento temporaneo partecipanti alla gara di appalto (cfr. Cons. St. V sez. 22.10.07 n. 557; T.a.r. Sardegna 15.1.2008 n. 31).

Nel merito il ricorso è fondato con riferimento al secondo motivo (violazione dell'art. 48 del D.lgs 163/06); motivo che tenendo conto dei limiti in cui viene proposto il ricorso (nei limiti in cui l'esclusione possa costituire il presupposto per la comunicazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture e per l'escussione della polizza fidejussoria) assume carattere assorbente.

Ed invero con riguardo all' art. 10 co. 1 quater L. 109/04 (il cui contenuto è stato letteralmente ripreso dal citato art. 48) la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire "l'art.10, comma 1 quater, L. 109/04, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di Vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale.

Stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall'art. 10, comma 1 quater, non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale" (cfr. Cons. St., Sez. V, 28.8.06, n. 5009)

Ebbene poiché il requisito non posseduto dalla società ricorrente con riferimento al quale è stata disposta la sua esclusione deve ritenersi sussumibile nella categoria dei requisiti di ordine generale, ne discende che nella specie non poteva trovare applicazione il citato articolo 48; articolo che come visto, pone a presupposto della segnalazione all'Autorità e dell'incameramento della cauzione, il difetto degli specifici requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa.

In questo senso si è peraltro già pronunciato il Consiglio di Stato nella sede cautelare di questo processo (in sede di appello dell'ordinanza di questo T.A.R.) e questo Collegio non ritiene di discostarsi da tale pronunciamento.

Risulta obbligatoria un'osservazione

Perfettamente in regola con tutta la precedente giurisprudenza il fatto di non considerare, per gli inadempimenti di cui all'articolo 48, la mancata dimostrazione dei requisiti di ordine generale.

Attenzione però, che se l'impresa fosse invece stata aggiudicataria, l'escussione della garanzia provvisoria, sarebbe stato atto dovuto da parte della Stazione Appaltante che, per fatto della vincitrice appunto, non può sottoscrivere il relativo contratto, mancando uno dei requisiti fondamentali (di cui all'articolo 38 del codice) per la dimostrazione della reale capacità giuridica a sottoscrivere i contratti con la pa

Si legga anche

I requisiti di carattere generale possono essere verificati dalla stazione appaltante sia nella fase iniziale

della gara, sia in un momento successivo, sia, se del caso, in sede di controllo a campione, congiuntamente alla verifica del possesso dei requisiti di carattere speciale.

Dall'art. 75, d.P.R. n. 554/1999 si desume che il mancato possesso dei requisiti di carattere generale è causa di esclusione, quale che sia il momento in cui interviene il controllo della stazione appaltante

La dichiarazione dei redditi va presentata nel rispetto dei termini per essa prescritti, sicché in sede di gara di appalto non si può esigere che venga presentata, a pena di esclusione, in un momento anteriore a quello per essa prescritta

La decisione numero 5009 del 28 agosto 2006 emessa dal Consiglio di Stato, in tema di verifica dei requisiti di ordine generale, ci insegna che:

<Tuttavia l'art. 10, co. 1 quater, l. n. 109/1994, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale.

Stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall'art. 10, co. 1 quater, non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale.

Pertanto, per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale poteva essere legittimamente irrogata la sanzione dell'esclusione dalla gara (sanzione che non è stata impugnata in sede giurisdizionale), ma non anche le ulteriori sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza>

<https://www.diritto.it/solo-la-mancata-prova-dei-requisiti-comporta-l-escussione-della-cauzione-provvisoria-tar-sent-n-000212012/>