

Se il contratto non viene sottoscritto per fatto dell'aggiudicatorio, legittima l'escussione della provvisoria (TAR Sent.N.01261/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

L'escussione della cauzione provvisoria può essere causata o dalla mancata dimostrazione dei requisiti speciali ex art 48 o da quella dei requisiti morali ex art 38

In ogni caso, poiché il concorrente non può sottoscrivere il contratto, vale la norma del sesto comma dell'articolo 75 per il quale << La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo>>

Con riferimento al detto art. 48, osserva il Collegio come l'opinione prevalente in giurisprudenza ritenga che tale norma si riferisca espressamente ai requisiti di carattere speciale ivi indicati, e non già a quelli di carattere generale elencati dall'art. 38 del medesimo decreto (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 27.12.2010 n. 14395, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 10.12.2010 n. 8108, T.A.R. Sardegna Sez. I, 12.10.2010 n. 2291, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16.7.2010 n. 3129, T.A.R. Toscana Sez. I, 23.9.2009 n. 1473).

Secondo altro indirizzo invece, sebbene la detta norma al primo comma limiti la sua portata all'accertamento del "possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa", la stessa deve essere letta in combinato disposto con l'art. 38 dello stesso D.Lgs., il quale prevede l'esclusione dalle gare per tutti i soggetti privi dei requisiti di ordine generale (T.A.R. Friuli Venezia Giulia Sez. I, 8.4.2011 n. 191, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3.11.2010 n. 33141).

A prescindere dalla portata attribuibile al visto richiamo all'48 D.Lgs. n. 163/06, da parte del provvedimento di incameramento della cauzione, tale norma non è tuttavia pertinente nella fattispecie de quo, dato che le ricorrenti hanno dimostrato di possedere i requisiti di pre-qualificazione, sia di ordine generale che di ordine speciale, ciò che non è mai stato sostanzialmente contestato dalla stazione appaltante.

Come già esposto, il provvedimento impugnato qui in esame è tuttavia fondato su di una pluralità di motivazioni, richiamandosi, oltreché la violazione dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/06, anche le "difformità tecniche" del progetto rispetto al capitolato di gara, conseguentemente, in base al consolidato orientamento "ove il provvedimento si fonda su una motivazione plurima, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili su cui esso risulta incentrato può comportare l'illegittimità e il conseguente effetto annullatorio del medesimo" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII 5.5.2011 n. 2485).

Poiché, come già evidenziato, l'impugnato provvedimento di escussione contiene una motivazione plurima, riferita anche al fatto che "il progetto presenta difformità tecniche rispetto al capitolato di gara", per giurisprudenza pacifica, la mera erronea indicazione delle norme di legge su cui si fonda il provvedimento amministrativo, alias, l'art. 48 in luogo dell'art. 75 D.Lgs. n. 163 cit, non può costituire ex se, ragione di invalidità dell'atto (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6.11.2003 n. 924).

In conclusione, il ricorso, per la parte in cui si dirige contro il provvedimento di escussione della cauzione, va respinto, per la parte che si dirige contro la segnalazione del fatto all'Autorità, va dichiarato inammissibile per inesistenza di quest'ultimo, e quanto al provvedimento di esclusione, va dichiarato irricevibile per tardività.

<https://www.diritto.it/se-il-contratto-non-viene-sottoscritto-per-fatto-dell-aggiudicatorio-legittima-l-escussione-della-provvisoria-tar-sent-n-012612012/>