

Con l'introduzione del comma 1 quater dell'articolo 10 della legge 109 del 1994, la cauzione provvisoria ha assunto funzione di garanzia non già dell'adempimento dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto, bensì della serietà e affidabilità

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Deve ritenersi sicuramente ammissibile, oltre che coerente con i principi dettati in tema di interesse a ricorrere, l'impugnazione della sola escussione della cauzione, quale provvedimento effettivamente ed esclusivamente lesivo degli interessi del concorrente sanzionato

?

?

Il Tar della Valle d'Aosta, sezione di Aosta, con la sentenza numero 56 del 20 maggio 2005 si occupa di un ricorso avverso l'incameramento della cauzione provvisoria a seguito della mancata dimostrazione dei requisiti speciali

?

?

In particolare si legge nell'emarginata sentenza che nel caso di sorteggio ex art. 10 comma 1 quater della Legge Merloni:

?

<La giurisprudenza ? ferma nel ritenere che la sanzione dell'incameramento della cauzione ? applicabile per il solo dato formale e obiettivo dell'inadempimento, restando quindi esclusa la necessit? di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difettava>

?

ma vi ? di pi?.

?

<L?automatismo cui ? improntata l'applicazione della norma, dunque,? sembra escludere qualsiasi valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante che, al verificarsi dell'inadempimento, ? tenuta a procedere all'esclusione dalla gara e all'incameramento della cauzione oltre che alla segnalazione all'Autorit? di Vigilanza dei Lavori Pubblici senza alcuna possibilit? di atti interlocutori>

?

questo in linea di massima.

?

Ma l'adito giudice amministrativo va pi? in l? e afferma che:

<nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento pu? ragionevolmente ritenersi non preclusa una attenuazione degli automatismi sanzionatori ove sia comprovata la non imputabilit? all'impresa del comportamento materiale che ? presupposto della sanzione>.

nella fattispecie sottoposta ai giudici valdostani infatti:

?

< L'Autorità ha infatti ritenuto che dai fatti emergenti dagli atti di causa risultano elementi concordanti che fanno ritenere configurabile un errore scusabile >

?

la conclusione dell'adito giudice ? pertanto di dare torto all'amministrazione in quanto:

?

< Cos' stando le cose la Regione avrebbe dovuto perciò tenere in debita considerazione il fatto che la mancanza di requisiti contestata all'impresa ricorrente era frutto di un errore causato e dal compilatore del certificato e dalla peculiarità delle opere appaltate, come tale scusabile e rilevante ai fini dell'esclusione dell'automatismo dell'incameramento della cauzione >

?

?

A cura di *****

?

?

?

?

REPUBBLICA ITALIANA In Nome del Popolo Italiano - Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta

ha pronunciato la seguente

?

S E N T E N Z A

?

sul ricorso n. 97/2002??? proposto? da

?

***** S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con *****? e ***** s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Aosta, via Guido Rey 1A, come da mandato in calce al ricorso;

?

contro

?

Regione Autonoma della Valle d'Aosta, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato ***** in Aosta, via Croce di Citt? n. 44, coma da mandato a margine della memoria di costituzione;

?

per l'annullamento

?

per l'annullamento del provvedimento dirigenziale del Coordinatore del Dipartimento Opere Pubbliche 11.07.2002 prot. n. 3672, comunicato in data 1.8.2002 alla ***** assicurazioni con nota prot. n. 27365, avente ad oggetto l'escussione della polizza fideiussoria n. 108252 consistente nella cauzione provvisoria emessa dalla ***** Italia s.p.a. in data 27.3.2000 per l'affidamento dei lavori di potenziamento dell'acquedotto comunale di Torgnon, ***** e ***** nonch? di ogni altro atto presupposto, consequenziale e / o connesso con particolare riferimento al Bando di gara mediante pubblico incanto pubblicato in data 25.2.2000 dalla Regione Autonoma Valle d'Aosta avente ad oggetto i lavori di realizzazione delle opere di potenziamento dell'acquedotto comunale di Torgnon, ***** e Verrayes nella parte contrassegnata dalla lettera I Cauzioni e coperture assicurative.

?

Visto il ricorso con i relativi allegati;

?

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta;

?

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

?

Visti gli atti tutti della causa;

?

Uditi all'udienza pubblica del 16 marzo 2005, relatore il consigliere *****, l'avvocato ***** per la parte ricorrente e l'avvocato ***** per la Regione resistente.

?

Ritenuto e considerato quanto segue:

?

FATTO

?

Con il ricorso in epigrafe parte ricorrente impugna il provvedimento 11.7.2002 prot. 3672 del Coordinatore del Dipartimento Opere Pubbliche della Regione Valle d'Aosta avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria costituita con polizza cauzioni appalti pubblici provvisoria n. 108252 emessa dalla ***** Italia s.p.a. in data 27.3.2000, mediante escussione della polizza.

?

A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di illegittimità:

?

1) Violazione dell'art. 97 I comma della Costituzione in merito al principio di buon andamento della azione amministrativa ed eccesso di potere per difetto di motivazione ed errata e artificiosa rappresentazione dei fatti, in quanto il provvedimento impugnato, intervenuto oltre il termine di sei mesi previsto dalla legge per la valenza della polizza e a quasi due anni dall'espletamento della gara, non conterrebbe né la espressa indicazione dei presupposti di fatto, né le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione;

?

2) Violazione dell'art. 10 comma 1 quater della legge 11.2.1994 n. 109 come modificata dalla legge in data 18.11.1998 n. 415 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione in relazione alla asserita mancanza di documentazione comprovante il possesso dei requisiti relativi alla esecuzione dei lavori nella categoria prevalente, previsti nel bando;

?

3) Violazione dell'art 1 comma 1 e 10 comma quater della legge 11.2.1994 n. 109 come modificata dalla legge 18.11.1998 n. 415 ed eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta in relazione alla mancata considerazione da parte dell'Amministrazione della buona fede di parte ricorrente nell'applicazione della sanzione dell'incameramento della cauzione;

?

4) Violazione dell'art. 30 comma 1 della legge 11.2.1994 n. 109 come modificata dalla legge 18.11.1998 n. 415, in quanto il bando di gara avrebbe determinato l'importo della cauzione nella misura del 5% dell'importo dei lavori in contrasto con quanto disposto dalla normativa citata che stabilisce che la cauzione provvisoria debba essere pari al 2% dell'importo dei lavori.

?

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio contestando la fondatezza del ricorso ed eccependo in rito l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione di atti presupposti immediatamente lesivi.

?

All'udienza del 16.3.2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

?

DIRITTO

?

1 Prima di procedere all'esame della questione controversa e dell'eccezione di inammissibilità dedotta dalla resistente Amministrazione, ritiene il Collegio di dover precisare quanto segue in punto di fatto:

?

- nell'anno 2000 la Regione Valle d'Aosta bandiva pubblico incanto per la realizzazione di opere di potenziamento dell'acquedotto comunale di Torgnon, ***** e Verrayes prevedendo quale requisito di partecipazione l'iscrizione all'A.N.C. per la categoria prevalente G6;

?

- in data 30.4.2000 il seggio di gara procedeva all'esame delle offerte pervenute, all'esclusione delle imprese o raggruppamenti di impresa non in regola con i requisiti del bando e, ai sensi dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge 11.2.1994 n. 109, al sorteggio del 10% delle offerte presentate per la verifica dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria;

?

- parte ricorrente risultava fra le cinque imprese sorteggiate e, pertanto, il Coordinatore del Dipartimento regionale delle Opere Pubbliche, con lettera 26.4.2000 prot. n. 12429, la invitava a dimostrare quanto dichiarato in sede di gara;

?

- in data 17.5.2000 il seggio di gara, riunitosi per l'apertura delle offerte economiche, dava atto

dell'esclusione della ricorrente dalla gara in quanto l'Impresa capogruppo ***** Srl, a dimostrazione del requisito dei lavori appartenenti alla categoria prevalente, ha esibito un certificato di esecuzione dei lavori non pertinente alla categoria richiesta (10b anzich? 10a);

?

- con raccomandata 13.6.2000 prot. 19017 la Regione comunicava la esclusione dalla gara e l'avvio del procedimento amministrativo per l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge e in particolare che avrebbe provveduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorit? di vigilanza dei Lavori Pubblici;

?

- la Srl ***** con lettera pervenuta alla Regione il 18.8.2000 comunicava all'Amministrazione di accettare senza alcuna riserva l'avvenuta esclusione dalla gara, chiedeva invece di soprassedere all'applicazione delle sanzioni dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge 109 del 1994 e di riesaminare la documentazione presentata sulla base delle giustificazioni prodotte che evidenzerebbero da un lato la buona fede, dall'altro che quanto dichiarato ? frutto di un errore scusabile;

?

- la Regione, per contro, con lettera 24.8.2000 prot. n. 27749 rilevava che nella fattispecie concorrono le condizioni per l'incameramento della cauzione provvisoria e invitava l'Ente Assicurativo a non svincolare la polizza;

?

- tale nota, unitamente all'atto presupposto costituito dal provvedimento del Coordinatore del Dipartimento Opere Pubbliche prot. 19017/5 OP in data 13.06.2000 avente ad oggetto la comunicazione della esclusione dalla gara di appalto, e al Bando di gara mediante pubblico incanto pubblicato in data 25.2.2000, era impugnata avanti a questo Tribunale Amministrativo Regionale con il ricorso R.G. 161 del

2000, deciso con la sentenza 15.5.2001 n. 25 che dichiarava il ricorso inammissibile, rilevando la carenza di interesse all'annullamento di mere comunicazioni;

?

- nelle more della pubblicazione della sentenza, la regione con nota 20.4.2001 prot. n. 14023 trasmetteva all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici elenco contenente i dati delle imprese escluse da gare d'appalto regionali a seguito delle verifiche dell'articolo 10 citato e quindi anche quelli di parte ricorrente;

?

- l'Autorità di Vigilanza, con decisione assunta nella seduta del 13.2.2002 e depositata il 16.9.2002, deliberava di non doversi procedere in ordine alla infrazione contestata alla ricorrente per insussistenza dei presupposti di legge e per l'effetto disponeva l'archiviazione degli atti del procedimento;

?

- la Regione Valle d'Aosta, invece, con provvedimento 11.7.2002 n. 3672, deliberava l'incameramento della cauzione.

?

2. Ci? premesso, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilit? del ricorso dedotta dalla resistente Amministrazione per omessa impugnazione nel termine di decadenza del bando di gara e del provvedimento di esclusione.

?

L'eccezione ? priva di fondamento e va pertanto disattesa.

?

Non pu? infatti condividersi l'affermata necessit?, a pena di inammissibilit?, della contestuale impugnazione del provvedimento di esclusione, e ci? in ragione dell'autonomia della portata dispositiva dei due atti e della sostanziale diversit? degli interessi pregiudicati.

?

Al riguardo, va infatti osservato che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire (cfr. C.d.S., V , 9.12.2002 n. 6768) che, pur trovando ragione nella medesima violazione e nella stessa disposizione di legge, il provvedimento di esclusione e quello di escussione della cauzione realizzano esigenze diverse e pregiudicano, al contempo, interessi differenti con la conseguenza che, come nel caso di specie, pu? darsi il caso di concorrenti lesi dal solo incameramento della cauzione (per l'evidente danno patrimoniale conseguente) e non anche dall'esclusione dalla gara e, quindi, legittimati, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, a contestare una sola delle determinazioni conseguenti all'omessa attestazione dei requisiti di partecipazione.

?

Conseguentemente deve ritenersi sicuramente ammissibile, oltre che coerente con i principi dettati in tema di interesse a ricorrere, l'impugnazione della sola escussione della cauzione, quale provvedimento effettivamente ed esclusivamente lesivo degli interessi del concorrente sanzionato (cfr. inoltre, T.A.R. Valle d'Aosta, 13 novembre 2003, n. 221).

?

3. Con i primi tre motivi che, per la loro correlazione possono essere trattati congiuntamente, parte ricorrente:

?

- rileva che il provvedimento impugnato non contiene alcuna indicazione delle ragioni poste a base dell'incameramento della cauzione se non un mero riferimento alla sentenza di questo Tribunale Amministrativo Regionale n. 25 del 2001;

?

- evidenzia il lungo lasso di tempo trascorso dallo svolgimento della gara e dalla pronuncia del Tar e sottolinea la contrarietà ai principi di buon andamento dell'attività amministrativa;

?

- contesta all'Amministrazione di non aver attivato ulteriori accertamenti in ordine alla categoria dei lavori svolti dall'***** per il Consorzio in Destra del Fiume Sele, a fronte dell'errore espressamente riconosciuto dal Consorzio;

?

- ritiene infine che l'Amministrazione avrebbe dovuto riconoscere l'errore scusabile e valutare il comportamento di buona fede dell'*****, così come ha fatto l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

?

3.1. In proposito il Collegio deve innanzitutto rilevare che, con l'introduzione del comma 1 quater dell'articolo 10 della legge 109 del 1994, la cauzione provvisoria ha assunto funzione di garanzia non già dell'adempimento dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto, bensì della serietà e affidabilità dell'offerta.

?

La giurisprudenza ? ferma nel ritenere che la sanzione dell'incameramento della cauzione ? applicabile

per il solo dato formale e obiettivo dell'inadempimento, restando quindi esclusa la necessit? di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difettava.

?

Tale interpretazione si basa essenzialmente sulla lettera della disposizione di cui al comma 1 quater dell'articolo 10 della legge 109 del 1994, ma anche sulla esigenza di tutela e salvaguardia del principio della par condicio dei partecipanti alla gara, principio che porta ad escludere che la P.A. possa esplicitare ulteriori indagini, in sede di verifica per stabilire se le dichiarazioni rese da alcuno dei concorrenti sorteggiati siano assistite da buona fede e conseguentemente non soggette alla sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria (cfr. per tutte T.A.R. Valle d'Aosta, 15.12.2001 n. 192 sul punto confermata in appello dalla V sezione del Consiglio di Stato con sentenza 9.12.2002 n. 6768).

?

L'automatismo cui ? improntata l'applicazione della norma, dunque,? sembra escludere qualsiasi valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante che, al verificarsi dell'inadempimento, ? tenuta a procedere all'esclusione dalla gara e all'incameramento della cauzione oltre che alla segnalazione all'Autorit? di Vigilanza dei Lavori Pubblici senza alcuna possibilit? di atti interlocutori.

?

Dunque, in base a tale rigorosa interpretazione (da cui non ha ritenuto di discostarsi l'Amministrazione regionale) una volta acquisita la documentazione trasmessa dalle imprese sorteggiate, si configurano come atti dovuti l'esclusione dell'impresa dalla gara e l'incameramento della cauzione,? per il solo fatto formale e obiettivo dell'inadempimento senza effettuare alcuna indagine sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se avesse o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difetta.

?

Tuttavia, ritiene il Collegio che nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento può ragionevolmente ritenersi non preclusa una attenuazione degli automatismi sanzionatori ove sia comprovata la non imputabilità all'impresa del comportamento materiale che è presupposto della sanzione.

?

La stessa Autorità di Vigilanza con atto di regolazione 30.3.2000 n. 15 ha invero ritenuto ammissibile in sede amministrativa, nei limiti in cui si è verificata una situazione di impossibilità non imputabile all'impresa, comunque da valutare con estremo rigore sotto il profilo soggettivo e oggettivo, l'esercizio dei poteri di autotutela con restituzione della cauzione già incamerata.

?

Inoltre, il Consiglio di Stato (cfr. per tutte, V, 8.5.2002 n. 2482) ha riconosciuto all'Autorità di Vigilanza nell'esercizio dei suoi poteri sanzionatori ex art. 4 comma 7 L. n. 109/94, la facoltà di tener conto della particolarità della situazione.

?

Di tale facoltà si è avvalsa nella fattispecie l'Autorità di ***** che, come risulta dalla documentazione in atti, con decisione 13.2-16.9.2002 ha dichiarato di non doversi procedere in ordine alla infrazione contestata alla ricorrente e disposto l'archiviazione degli atti del procedimento.

?

L'Autorità ha infatti ritenuto che dai fatti emergenti dagli atti di causa risultano elementi concordanti che fanno ritenere configurabile un errore scusabile in favore dell'Impresa che ha valutato come idoneo il certificato di esecuzione lavori rilasciato dal Consorzio di Bonifica in Destra del Fiume Sele e ritenuta l'insussistenza dei presupposti di legge per l'irrogazione della sanzione.

?

L'anzidetto certificato, invero, con riferimento al bando di gara attestava che la categoria richiesta era la 10/b (oggi G8 - Costruzione di opere fluviali, di difesa e sistemazione idraulica e di bonifica e loro ristrutturazione o manutenzione), mentre con riferimento all'importo dei lavori eseguiti richiama la categoria 10/a (oggi G6 - Impermeabilizzazione dei terreni, costruzione di acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione, di evacuazione e loro ristrutturazione o manutenzione).

?

Il Direttore del Consorzio, espressamente richiesto dalla regione Valle d'Aosta, chiariva che in effetti si trattava di appalto ricadente nella categoria 10/b (lavori di difesa e sistemazione idraulica) essendo prevalente la finalità idraulica, ma che i lavori appaltati erano tali da non escludere l'inquadramento nella categoria 10/a (acquedotti, fognature, impianti di irrigazione), attesa la funzione promiscua di bonifica e irrigazione del canale oggetto di ristrutturazione e la difficoltà a distinguere nettamente l'appartenenza all'una o all'altra categoria.

?

Specificava infine che l'errore del Consorzio era stato probabilmente causato dalla contiguità con lavori similari appaltati nella categoria 10/a.

?

Così stando le cose la Regione avrebbe dovuto perciò tenere in debita considerazione il fatto che la mancanza di requisiti contestata all'impresa ricorrente era frutto di un errore causato e dal compilatore del certificato e dalla peculiarità delle opere appaltate dal Consorzio di Bonifica in Destra del Fiume Sele, come tale scusabile e rilevante ai fini dell'esclusione dell'automatismo dell'incameramento della cauzione.

?

Tanto basta a ritenere che l'impugnato provvedimento incorre nelle censure di violazione di legge ed eccesso di potere dedotte con i motivi all'esame.

?

4. Il ricorso va pertanto accolto e per l'effetto l'impugnato provvedimento deve essere annullato, restando assorbite le censure non espressamente esaminate.

?

Peraltro, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

?

P.Q.M.

?

Il Tribunale amministrativo della Valle d'Aosta, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento..

?

Compensa interamente tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

?

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

?

Cos? deciso in Aosta nella camera di consiglio del 16 marzo e il 13 aprile 2005;

?

Depositata in Segreteria in data 20 maggio 2005.

<https://www.diritto.it/con-l-introduzione-del-comma-1-quater-dell-articolo-10-della-legge-109-del-1994-la-cauzione-provvisoria-ha-assunto-funzione-di-garanzia-non-gia-dell-adempimento-dell-obbligazione-relativa-alla-sottos/>