

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/01/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28855-in-sede-di-gara-pubblica-quindi-la-sanzione-dell-incameramento-della-cauzione-prevista-dall-art-10-comma-1-l-109-1994-ora-articolo-48-del-codice-unico-dei-contratti-pubblici-applicabile-per-il-da>

Autore: Lazzini Sonia

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L. 109/1994 (ora articolo 48 del codice unico dei contratti pubblici) è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L. 109/1994 (ora articolo 48 del codice unico dei contratti pubblici) è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

Ed invero, in base all'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Testo A), applicabile anche alle procedure di aggiudicazione (ai sensi del successivo art. 77-bis), le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, in tutti i casi in cui sorgano fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive. Gli effetti negativi derivanti dal successivo art. 75 dello stesso decreto si producono quindi, a maggior ragione, nel caso – come quello in esame – in cui l'amministrazione abbia, non il fondato dubbio, ma la certezza della falsità della dichiarazione resa dal privato, avendo in precedenza acquisito al proprio patrimonio informativo la relativa prova documentale

la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara costituisce espressione del potere generale di contrarre e non esclude che il relativo accertamento possa essere effettuato nei confronti di tutti i concorrenti e anche, in occasioni diverse dal sorteggio. In questo senso è la giurisprudenza della Sezione (v. la decisione del 7 aprile 2006, n. 1897).

La ricorrente di primo grado impugna la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. della Campania, sede di Napoli, (sentenza numero 7915 del 9 agosto 2006) ha respinto l'impugnativa (articolata in ricorso e motivi aggiunti) promossa dall'attuale appellante, onde ottenere l'annullamento, tra gli altri, dei seguenti atti:

- a) il provvedimento, comunicato con nota, prot. n. 467 del 23 gennaio 2004, di esclusione dalla gara di appalto, indetta con bando 59/03, per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica stradale, per l'anno 2003, sulle strade provinciali di gruppi stradali dell'area flegrea;
- b) la nota raccomandata, prot. n. 635 del 30 gennaio 2004, recante la comunicazione dell'inoltro di una segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ex art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994;
- c) la nota, prot. n. 634 del 30 gennaio 2004, di comunicazione dell'escussione della cauzione provvisoria n. 5897/2004, a seguito di esclusione dalla gara;
- d) il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara alla ditta controinteressata;

L'Organo di gara effettuò il controllo che condusse all'esclusione della ricorrente nell'ambito di una gara diversa da quella della cui legittimità si controverte; la Commissione non avrebbe potuto acquisire d'ufficio documenti (in dettaglio, un'attestazione, risultata non veritiera, nella quale l'amministratore unico e direttore tecnico della Ricorrente affermava di non avere iscrizioni presso il casellario dei carichi pendenti) depositati in una differente procedura. Saggiunge inoltre l'appellante che sarebbe stato illegittimamente applicato alla fattispecie l'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994. Invero, secondo la tesi patrocinata dalla Ricorrente, la disposizione citata atterrebbe unicamente alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e riguarderebbe soltanto le imprese sorteggiate per il controllo: nel caso in esame, per contro, la stazione appaltante non avrebbe effettuato alcun controllo, posto che esso fu svolto in altra procedura concorsuale (ancorché bandita dallo stesso ente e coevamente espletata). Così operando, la Provincia avrebbe violato il principio

dell'autonomia del procedimento e, più specificatamente, l'art. 1, punto 13, del bando di gara nel quale era precisato che i dati raccolti in sede di gara sarebbero stati trattati esclusivamente nell'ambito di ciascun singolo procedimento.

IV) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994: la norma in questione avrebbe l'unico scopo di scongiurare la presentazione di offerte da parte di soggetti privi dei requisiti di capacità economica o tecnica e, correlativamente, l'esclusiva finalità di sanzionare l'omessa produzione della relativa documentazione; invece, nel caso in esame, l'amministrazione avrebbe applicato la previsione *ultra legem* (trattandosi di norma punitiva e, dunque, tassativa e di stretta interpretazione).

V) Violazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999: detta previsione, anch'essa di stretta interpretazione, stabilisce tassative cause di esclusione e, tra queste, quella relativa all'esistenza di un giudicato penale relativo a reati gravemente incidenti sulla moralità professionale dell'imprenditore concorrente. Invece la stazione appaltante, già in sede di normativa di gara, avrebbe illegittimamente collegato l'esclusione all'omessa presentazione del certificato dei carichi pendenti. Tale arbitraria estensione del paradigma legale a ipotesi da esso non contemplate configurerebbe una violazione di legge, non superabile con l'invocazione del principio della buona fede contrattuale. qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Le tesi di fondo che sorreggono tutte le doglianze sono essenzialmente due: a) la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la Ricorrente sulla base dell'esito di un controllo d'ufficio effettuato in altra gara; b) in ogni caso l'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994 sarebbe stato applicato *ultra legem*.

Entrambe le riferite argomentazioni sono del tutto prive di pregio.

Innanzitutto l'appellante muove da un duplice presupposto che non può essere condiviso: non è corretto affermare che la Provincia di Napoli abbia utilizzato un documento relativo a una diversa procedura; piuttosto l'ente appaltante si è avvalso di un'informazione già acquisita in occasione di un controllo d'ufficio compiuto in una diversa (ma pressoché contestuale) gara bandita dalla stessa amministrazione. Parimenti è erroneo sostenere che la causa di esclusione si sarebbe prodotta in un differente procedimento, poiché la dichiarazione non veritiera in ordine all'eventuale pendenza di procedimenti penali a carico del legale rappresentante della Ricorrente è stata resa anche nella procedura della quale si controverte.

Orbene, tanto premesso, è del tutto evidente che l'adozione della misura espulsiva, differentemente da quanto opinato dall'appellante dalla gara, fosse assolutamente vincolata.

In ordine alla pretesa illegittimità della richiesta di presentare il certificato dei carichi pendenti è poi dirimente osservare, sul piano processuale, che il bando di gara - che imponeva l'obbligo per le imprese partecipanti di produrre detto certificato o una dichiarazione sostitutiva - non è stato impugnato dall'appellante e, dunque, a fronte della maturata inoppugnabilità in parte qua dell'atto inditivo, non può venire in rilievo l'invocazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999.

Infondata è anche l'articolata censura con la quale è stata dedotta l'arbitraria applicazione alla fattispecie dell'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109/1994

Sotto altro aspetto l'appellante si duole dell'applicazione dell'art. 10, comma 1-quater, anche al caso, asseritamente non previsto dalla norma, della mancanza dei requisiti di ordine generale. La censura potrebbe presentare margini di fondatezza alla luce dell'indirizzo pretorio secondo il quale, stante il carattere tassativo delle norme punitive, le sanzioni previste dall'art. 10, comma 1-quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, non possono estendersi alle ipotesi del mancato possesso o della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale (v., tra le molte, Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009).

Sennonché il primo Giudice ha ritenuto di dover aderire ad un diverso orientamento di questo Consiglio, specificatamente formatosi in relazione all'inveritiera dichiarazione dei requisiti morali. Siffatto indirizzo poggia su una diversa ricostruzione della ratio della norma citata e, in via consequenziale, determina in modo più ampio i confini applicativi della previsione in discorso. In particolare, si è osservato che "(p)rima della entrata in vigore della L. 109/1994 la cauzione provvisoria

serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Con l'articolo 10 della L. 109/1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta. La sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è quindi correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L. 109/1994 è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

In caso di difformità tra le dichiarazioni rese da un concorrente in una gara di appalto, risultato poi aggiudicatario, e la prova del relativo contenuto, l'art. 10 comma 1 quater, L. 109/1994 prevede come conseguenze automatiche l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.” (Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2933).

A tale orientamento esegetico, che trova riscontri nelle determinazioni dell'Autorità di settore (si veda la determinazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici n.10/2002 del 29 maggio 2002), il Collegio reputa di dover aderire.

Proprio questa lettura del paradigma legislativo giustifica d'altronde la legittimità dell'art. 27, comma 2, lett. r), s) e t), del D.M. 20 gennaio 2000, n. 34, in base al quale le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare al casellario informatico tutti i provvedimenti di esclusione adottati, tutte le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara nonché tutte le altre notizie ritenute utili ai fini della tenuta del casellario (v. la decisione di questo Consiglio, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2836, nella quale peraltro si dà anche conto, tra l'altro, del carattere meramente pubblicitario, e non costitutivo, dell'inserimento dei dati nel casellario).

Si legga anche

Se è vero che l'art. 27 del d.p.r. n. 34 del 2000 prevede la comunicazione all'Osservatorio dei Lavori Pubblici, ed il conseguente inserimento nel casellario informatico, delle falsità accertate a seguito del procedimento di verifica di cui all'art. 10, comma 1-quater, cit., si deve altresì tener conto, anche del disposto di cui alla successiva lettera t), che, nel prevedere l'inserimento nel casellario stesso di “tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario” non può non ricomprendere, tra tali “altre notizie”, anche ogni altra falsità, che, messa a disposizione dell'Osservatorio da parte delle stazioni appaltanti, valga a realizzare in concreto la medesima situazione di fatto, dal punto di vista della tutela del bene giuridico messo in pericolo da siffatti comportamenti dei soggetti partecipanti alle pubbliche gare, che l'anzidetto procedimento di verifica mira ad accertare

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2836 del 7 giugno 2007 ci insegna che:

<nessuna norma o principio preclude all'Amministrazione di riesaminare gli atti di una procedura concorsuale finalizzata all'aggiudicazione di un pubblico appalto, tanto più se, come nella specie, non è ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva, che concluda il procedimento.>

ma non solo

< Il potere di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica, per mancanza di uno dei requisiti o condizioni a tal fine necessari per la partecipazione non può dirsi invero esaurito con la fase tipica dell'ammissione delle offerte, perdurando esso per lo meno fino a quando la gara non sia conclusa; il che avviene solo con l'aggiudicazione definitiva e con la stipula del conseguente contratto>

merita inoltre di essere segnalato il seguente passaggio:

<Quanto al momento, al quale far riferimento ai fini dell'accertamento della situazione di esclusione di cui alla ridetta lettera h), il Collegio ritiene che la assenza di una siffatta situazione sia richiesta come requisito indispensabile non per la stipulazione del contratto bensì per la partecipazione alla gara, con la conseguenza che:

- l'impresa deve risultare esente dalla causa di esclusione de qua fin dalla presentazione della domanda (in coerenza con la pacifica interpretazione della direttiva comunitaria sugli appalti, secondo cui i requisiti di ammissione ai pubblici incanti devono essere posseduti dai concorrenti prima dello svolgimento della gara), se pure, poi, la causa stessa sia da ricondursi retroattivamente, quanto ad efficacia, all'anno "antecedente la data di pubblicazione del bando di gara" (lettera h), cit.);

- l'iscrizione della dichiarazione falsa nel casellario informatico (che ha la sola finalità di rendere pubblicamente noto il fatto annotato e che appare essere un atto vincolato e meramente consequenziale alla segnalazione da parte della stazione appaltante, così come automatica si configura l'esclusione dell'impresa annotata) in data successiva a quella della pubblicazione del bando o della presentazione dell'offerta non muta i termini dell'efficacia di tale annotazione e delle conseguenze che ne ha tratto il legislatore regolamentare, che comunque ne ha collegato gli effetti non alla data di inserimento dell'annotazione stessa, ma al collocarsi della falsità, a prescindere dalla data della pubblicità, nell'arco temporale dei dodici mesi antecedenti la pubblicazione del bando: ne consegue che, una volta che l'annotazione sia intervenuta nel corso della procedura e che la stessa sia riferibile all'anzidetto arco temporale, sussiste il potere-dovere dell'Amministrazione, almeno fino a che la procedura di gara non sia conclusa (v. supra, punto 1.), di verificare in capo ai concorrenti il possesso del titolo legittimante in questione, con riferimento, si ripete, al preciso periodo di tempo individuato dal legislatore;

- è dall'annotazione, dunque, che sia la stessa sussistente all'inizio della procedura o che intervenga invece successivamente nelle more dello svolgimento della stessa, che discende l'automatico effetto preclusivo dalla partecipazione alle gare, ma con riferimento ad un periodo, che prescinde del tutto dalla data della annotazione stessa.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 8909 del 29 dicembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 08908/2009 REG.DEC.

N. 00857/2007 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 857 del 2007, proposto dalla Ricorrente Signal S.r.l., costituitasi in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Valentino Capece Minutolo e Gina Orlando, con domicilio eletto presso Valentino Capece Minutolo in Roma, p.zza Augusto Imperatore, n. 22;

contro

la Provincia di Napoli, costituitasi in persona del Presidente in carica, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Di Falco e Luciano Scetta, con domicilio eletto presso Brunello Mileto in Roma, via G.B. Tiepolo, n. 21;

Provincia di Napoli, Città Metropolitana, Uffici Direzione Gare e Contratti, non costituitasi;

nei confronti di

Impresa CONTROINTERESSATA di Anna Salemmè,
non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. della Campania, sede di Napoli, Sez. VIII, n. 7915/2006, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2009 il consigliere Gabriele Carlotti e nessuno comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La Ricorrente Signal S.r.l. (d'ora innanzi "Ricorrente") impugna la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. della Campania, sede di Napoli, ha respinto l'impugnativa (articolata in ricorso e motivi aggiunti) promossa dall'attuale appellante, onde ottenere l'annullamento, tra gli altri, dei seguenti atti:

a) il provvedimento, comunicato con nota, prot. n. 467 del 23 gennaio 2004, di esclusione dalla gara di appalto, indetta con bando 59/03, per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica stradale, per l'anno 2003, sulle strade provinciali di gruppi stradali dell'area flegrea;

b) la nota raccomandata, prot. n. 635 del 30 gennaio 2004, recante la comunicazione dell'inoltro di una segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici *ex art. 10, comma 1-quater*, della L. n. 109/1994;

c) la nota, prot. n. 634 del 30 gennaio 2004, di comunicazione dell'escussione della cauzione provvisoria n. 5897/2004, a seguito di esclusione dalla gara;

d) il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara alla ditta controinteressata;

f) il verbale di gara del 22 gennaio 2004, depositato in giudizio il 21 aprile 2004;

g) la nota della Provincia di Napoli, prot. n. 370, del 20 gennaio 2004;

2. – Si è costituita, per resistere all'impugnazione, la Provincia di Napoli, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e concludendo per il rigetto dell'appello.

3. – All'udienza pubblica del 16 ottobre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. – In via preliminare va osservato che i difensori dell'appellante, per sopraggiunte ragioni di ordine personale e professionale, hanno rinunciato al mandato. La circostanza non incide sul potere della Sezione di esaminare la causa e di definire, con decisione, la controversia. Invero, l'art. 85 c.p.c. stabilisce che la rinuncia non ha effetto "*finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore*". Orbene, difettando la prova di tale sostituzione, deve ritenersi che la Ricorrente sia ritualmente assistita dagli avvocati indicati nell'epigrafe.

5. – Giova premettere in fatto che l'appellante partecipò alla procedura indetta dalla Provincia di Napoli per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica stradale, per l'anno 2003, sulle strade provinciali di gruppi stradali dell'area flegrea.

6. – L'amministrazione appaltante tuttavia escluse l'impresa dalla gara stessa, sulla base di un controllo di ufficio operato per la diversa procedura 58/03; in esito a detto controllo, la Provincia appellata inoltrò una segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e pure alla compagnia di assicurazione per l'incameramento della cauzione.

7. – Il T.a.r., con la sentenza impugnata, respinse il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Ricorrente.

8. – Avverso la pronuncia ha interposto appello la Ricorrente deducendo i seguenti mezzi di gravame:

I) violazione del contraddittorio: l'udienza di discussione avanti al T.a.r. si è tenuta senza che la Ricorrente avesse avuto notizia della fissazione.

II) Contraddittorietà della motivazione: in sede cautelare il T.a.r. aveva accolto in parte l'istanza di sospensione in relazione all'incameramento della cauzione e alla segnalazione inviata all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici; la sentenza però non si è soffermata su tale aspetto della vicenda processuale.

III) Erronea e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-*quater*, della L. n. 109/1994: l'Organo di gara effettuò il controllo che condusse all'esclusione della ricorrente nell'ambito di una gara diversa da quella della cui legittimità si controverte; la Commissione non avrebbe potuto acquisire d'ufficio documenti (in dettaglio, un'attestazione, risultata non veritiera, nella quale l'amministratore unico e direttore tecnico della Ricorrente affermava di non avere iscrizioni presso il casellario dei carichi pendenti) depositati in una differente procedura. Soggiunge inoltre l'appellante che sarebbe stato illegittimamente applicato alla fattispecie l'art. 10, comma 1-*quater*, della L. n. 109/1994. Invero, secondo la tesi patrocinata dalla Ricorrente, la disposizione citata atterrebbe unicamente alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e riguarderebbe soltanto le imprese sorteggiate per il controllo: nel caso in esame, per contro, la stazione appaltante non avrebbe effettuato alcun controllo, posto che esso fu svolto in altra procedura concorsuale (ancorché bandita dallo stesso ente e coevamente espletata). Così operando, la Provincia avrebbe violato il principio dell'autonomia del procedimento e, più specificatamente, l'art. 1, punto 13, del bando di gara nel quale era precisato che i dati raccolti in sede di gara sarebbero stati trattati esclusivamente nell'ambito di ciascun singolo procedimento.

IV) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-*quater*, della L. n. 109/1994: la norma in questione avrebbe l'unico scopo di scongiurare la presentazione di offerte da parte di soggetti privi dei requisiti di capacità

economica o tecnica e, correlativamente, l'esclusiva finalità di sanzionare l'omessa produzione della relativa documentazione; invece, nel caso in esame, l'amministrazione avrebbe applicato la previsione *ultra legem* (trattandosi di norma punitiva e, dunque, tassativa e di stretta interpretazione).

V) Violazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999: detta previsione, anch'essa di stretta interpretazione, stabilisce tassative cause di esclusione e, tra queste, quella relativa all'esistenza di un giudicato penale relativo a reati gravemente incidenti sulla moralità professionale dell'imprenditore concorrente. Invece la stazione appaltante, già in sede di normativa di gara, avrebbe illegittimamente collegato l'esclusione all'omessa presentazione del certificato dei carichi pendenti. Tale arbitraria estensione del paradigma legale a ipotesi da esso non contemplate configurerebbe una violazione di legge, non superabile con l'invocazione del principio della buona fede contrattuale.

VI) Violazione degli artt. 71 del D.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999: stante l'impossibilità di acquisire la documentazione relativa ad altra gara, la Provincia e il T.a.r. non avrebbero potuto accordare rilievo alla falsità della dichiarazione sui carichi pendenti. In effetti, nell'art. 1, punto A), del bando non si fa alcun cenno alla pendenza di un procedimento penale; la dichiarazione sostitutiva prevista dallo stesso art. 1, lett. b) e c), riguarda cause di esclusione dall'affidamento di lavori pubblici tra le quali non rientra l'ipotesi di specie; dal controllo effettuato presso il casellario informatico di cui all'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000 non sarebbe risultato alcunché a carico dell'impresa Ricorrente; inoltre la ricorrente era in possesso di attestazione SOA e l'amministrazione non avrebbe potuto disattenderla, duplicando inutilmente accertamenti già compiuti.

VII) Omessa comunicazione di avvio del procedimento: la procedura disciplinata dal sunnominato art. 10 è autonoma e quindi l'amministrazione avrebbe dovuto inoltrare all'impresa appellante una specifica comunicazione *ex art. 7 della L. n.*

241/1990 e svolgere un'apposita istruttoria, senza limitarsi ad acquisire d'ufficio un certificato dei carichi pendenti relativo al controllo di una dichiarazione resa in una diversa gara.

VIII) Lesione del diritto al risarcimento del danno: nell'ideale assenza degli illegittimi provvedimenti impugnati, la ricorrente si sarebbe sicuramente aggiudicata la gara, di tal che il T.a.r. avrebbe dovuto accertare e liquidare il risarcimento ad essa spettante.

9. – Tutti i riferiti motivi di appello sono infondati e vanno respinti.

9.1. – Sul primo mezzo di gravame. La causa devoluta alla cognizione del Collegio è stata discussa avanti al T.a.r. della Campania il 3 aprile 2006. Orbene, è agli atti del fascicolo di primo grado l'avviso di fissazione di udienza comunicato con raccomandata a/r all'avv. Bernasconi, domiciliatario della ricorrente in prime cure; l'avviso risulta sottoscritto per ricevuta il 9 marzo 2006, ossia entro il termine di venti giorni antecedenti la data fissata per l'udienza di discussione, di cui al combinato disposto degli art. 23 e 23-*bis* della L. n. 1034/1971.

9.2. – Sul secondo mezzo di gravame. Non rileva la denunciata contraddizione tra l'ordinanza cautelare e la sentenza impugnata. Il provvedimento cautelare poggia infatti su una cognizione sommaria ed è finalizzato ad assicurare una tutela di natura interinale. L'eventuale difformità tra la decisione cautelare e quella di merito, stante l'autonomia tra i due rimedi e la diversità dei rispettivi presupposti, rientra nella fisiologia processuale e certamente non dà luogo ad alcuna invalidità.

9.3. – Sul terzo, quarto, quinto e sesto mezzo di gravame. I motivi di appello sopra rubricati sub III), IV) V) e VI) possono essere trattati congiuntamente attesa la loro reciproca embricazione. Le tesi di fondo che sorreggono tutte le doglianze sono essenzialmente due: a) la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la Ricorrente sulla base dell'esito di un controllo d'ufficio effettuato in altra gara; b)

in ogni caso l'art. 10, comma 1-*quater*, della L. n. 109/1994 sarebbe stato applicato *ultra legem*.

Entrambe le riferite argomentazioni sono del tutto prive di pregio.

Innanzitutto l'appellante muove da un duplice presupposto che non può essere condiviso: non è corretto affermare che la Provincia di Napoli abbia utilizzato un documento relativo a una diversa procedura; piuttosto l'ente appaltante si è avvalso di un'informazione già acquisita in occasione di un controllo d'ufficio compiuto in una diversa (ma pressoché contestuale) gara bandita dalla stessa amministrazione. Parimenti è erroneo sostenere che la causa di esclusione si sarebbe prodotta in un differente procedimento, poiché la dichiarazione non veritiera in ordine all'eventuale pendenza di procedimenti penali a carico del legale rappresentante della Ricorrente è stata resa anche nella procedura della quale si controverte.

Orbene, tanto premesso, è del tutto evidente che l'adozione della misura espulsiva, differentemente da quanto opinato dall'appellante dalla gara, fosse assolutamente vincolata.

Ed invero, in base all'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Testo A), applicabile anche alle procedure di aggiudicazione (ai sensi del successivo art. 77-*bis*), le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, in tutti i casi in cui sorgano fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive. Gli effetti negativi derivanti dal successivo art. 75 dello stesso decreto si producono quindi, a maggior ragione, nel caso – come quello in esame – in cui l'amministrazione abbia, non il fondato dubbio, ma la certezza della falsità della dichiarazione resa dal privato, avendo in precedenza acquisito al proprio patrimonio informativo la relativa prova documentale. Al cospetto di tale situazione la Provincia avrebbe manifestamente

violato il principio di non aggravamento qualora avesse disposto – siccome preteso dall'appellante - un'apposita istruttoria sul punto: siffatto controllo invero non avrebbe potuto avere un esito difforme da quello già eseguito.

In ordine alla pretesa illegittimità della richiesta di presentare il certificato dei carichi pendenti è poi dirimente osservare, sul piano processuale, che il bando di gara - che imponeva l'obbligo per le imprese partecipanti di produrre detto certificato o una dichiarazione sostitutiva - non è stato impugnato dall'appellante e, dunque, a fronte della maturata inoppugnabilità in parte qua dell'atto inditivo, non può venire in rilievo l'invocazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999.

9.3.1. – Infondata è anche l'articolata censura con la quale è stata dedotta l'arbitraria applicazione alla fattispecie dell'art. 10, comma 1-*quater*, della L. n. 109/1994.

Il comma dispone: *“I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette*

sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.”.

In primo luogo la Ricorrente lamenta l'assenza del presupposto procedimentale per l'applicazione della norma in parola, non avendo la Provincia di Napoli disposto alcun sorteggio. In contrario va considerato che la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara costituisce espressione del potere generale di contrarre e non esclude che il relativo accertamento possa essere effettuato nei confronti di tutti i concorrenti e anche, in occasioni diverse dal sorteggio. In questo senso è la giurisprudenza della Sezione (v. la decisione del 7 aprile 2006 , n. 1897).

Sotto altro aspetto l'appellante si duole dell'applicazione dell'art. 10, comma 1-*quater*, anche al caso, asseritamente non previsto dalla norma, della mancanza dei requisiti di ordine generale. La censura potrebbe presentare margini di fondatezza alla luce dell'indirizzo pretorio secondo il quale, stante il carattere tassativo delle norme punitive, le sanzioni previste dall'art. 10, comma 1-*quater*, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, non possono estendersi alle ipotesi del mancato possesso o della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale (v., tra le molte, Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009).

Senonché il primo Giudice ha ritenuto di dover aderire ad un diverso orientamento di questo Consiglio, specificatamente formatosi in relazione all'inveritiera dichiarazione dei requisiti morali. Siffatto indirizzo poggia su una diversa ricostruzione della ratio della norma citata e, in via consequenziale, determina in modo più ampio i confini applicativi della previsione in discorso. In particolare, si è osservato che *“(p)rima della entrata in vigore della L. 109/1994 la cauzione provvisoria serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento del solo aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Con l'articolo 10 della*

L. 109/1994 la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta. La sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è quindi correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta.

In sede di gara pubblica, quindi, la sanzione dell'incameramento della cauzione prevista dall'art. 10, comma 1, L. 109/1994 è applicabile per il dato formale dell'inadempimento rispetto ai doveri di lealtà nelle trattative.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni.

In caso di difformità tra le dichiarazioni rese da un concorrente in una gara di appalto, risultato poi aggiudicatario, e la prova del relativo contenuto, l'art. 10 comma 1 quater, L. 109/1994 prevede come conseguenze automatiche l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.” (Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2933).

A tale orientamento esegetico, che trova riscontri nelle determinazioni dell'Autorità di settore (si veda la determinazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici n.10/2002 del 29 maggio 2002), il Collegio reputa di dover aderire.

Proprio questa lettura del paradigma legislativo giustifica d'altronde la legittimità dell'art. 27, comma 2, lett. r), s) e t), del D.M. 20 gennaio 2000, n. 34, in base al quale le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare al casellario informatico tutti i provvedimenti di esclusione adottati, tutte le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la

partecipazione alle procedure di gara nonché tutte le altre notizie ritenute utili ai fini della tenuta del casellario (v. la decisione di questo Consiglio, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2836, nella quale peraltro si dà anche conto, tra l'altro, del carattere meramente pubblicitario, e non costitutivo, dell'inserimento dei dati nel casellario).

9.4. – Sul settimo mezzo di gravame. Contrariamente a quanto dedotto dalla Ricorrente, non era necessario l'invio di un apposita comunicazione di avvio del procedimento per disporre l'esclusione della ricorrente. In realtà, siccome rilevato dal primo Giudice, la vicenda espulsiva si colloca in un unico ambito procedimentale, attivato dalla domanda di partecipazione della stessa ricorrente alla procedura di gara.

Dell'insussistenza di un difetto di istruttoria (non essendo la Provincia tenuta a rinnovare un controllo già effettuato) si è già trattato.

9.5. – L'infondatezza dell'appello nella parte cassatoria preclude infine l'esame dell'ultimo mezzo di gravame.

10. – Le precedenti considerazioni, attesa la loro incompatibilità con i fondamentali assunti che sorreggono l'appello, rende superfluo una puntuale disamina degli altri non decisivi argomenti dedotti con l'impugnazione (si fa riferimento all'irrilevante richiamo dell'art. 1, punto 13, del bando di gara e alla circostanza che la Ricorrente avesse ottenuto l'attestazione SOA).

11. – In conclusione, il ricorso va respinto.

12. – Il regolamento delle spese processuali, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Condanna l'appellante a rifondere, in favore della controparte costituita, le spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate in euro 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2009 con l'intervento dei signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione