

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28938-illegittimo-incameramento-di-una-cauzione-provvisoria-nei-confronti-di-una-ditta-neo-neo-costituita>

Autore: Lazzini Sonia

Illegittimo incameramento di una cauzione provvisoria nei confronti di una ditta neo neo costituita

Tar Lombardia, Milano, 19.01.2010 n. 73

Illegittimo incameramento di una cauzione provvisoria nei confronti di una ditta neo neo costituita

L'escussione della cauzione provvisoria risulta illegittima in quanto risulta violato il principio dell'art. 253, comma 15, 41, comma 3, e 91 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di cui all'art. 47, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE, che permettono alle società neocostituite di utilizzare i requisiti economico-finanziari e tecnici posseduti dai loro soci o direttori tecnici e, comunque, di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (G.U. n. 100 del 2 maggio 2006)

Art. 253. Norme transitorie

(...)

15. In relazione all'[articolo 90](#), ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della [legge 18 novembre 1998, n. 415](#), per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali.
(comma così modificato dall'articolo 3 del d.lgs. n. 6 del 2007)

Art. 41. Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 47, dir. 2004/18; art. 1,3 d.lgs. n. 157/1995; art. 13, d.lgs. n. 358/1995)

(...)

3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

DIRETTIVA 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

(G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004)

Articolo 47. Capacità economica e finanziaria

L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice

Ai sensi del punto III.1.3 del bando di gara e 5 del disciplinare, l'ATI costituenda, odierna ricorrente, avrebbe dovuto provare il requisito relativo alle 10 unità utilizzate negli ultimi tre anni decorrenti dalla

pubblicazione del bando nelle percentuali del 60 % con riferimento alla capogruppo e del restante 40 % cumulativamente alle mandanti.

Inoltre, la circostanza che l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici abbia proceduto ad archiviare il procedimento di segnalazione conferma la fondatezza dell'assunto di parte ricorrente relativo all'applicabilità alla fattispecie in questione dell'art. 253 del d.lgs. n. 163/2006.

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, dei provvedimenti relativi ai lotti n. 2 e n. 3 della procedura di affidamento degli incarichi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, riguardanti i presidi ospedalieri di Lodi, Casalpusterlengo e Sant'Angelo Lodigiano indetta dall'Azienda Ospedaliera della provincia di Lodi ai sensi degli artt. 54 e 55 del d.lgs. n. 163/2006, ed in particolare:

- della nota del 12 gennaio 2007 di richiesta di integrazione della documentazione;
- dell'eventuale provvedimento di esclusione;
- del bando e del disciplinare di gara;

con successivo ricorso per motivi aggiunti, della deliberazione del Direttore Generale n. 345 del 30.3.2007 e della nota prot. n. 2862 del 2.4.2007 relativi all'esclusione della ricorrente dalla gara, con contestuale escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità dei Contratti pubblici;

con secondo ricorso per motivi aggiunti, della deliberazione del Direttore Generale n. 345 del 30.3.2007 e della nota prot. n. 2987 del 10.4.2007 di richiesta di pagamento della cauzione provvisoria.

A sostegno del proprio gravame deducono i seguenti motivi di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 253, comma 15, 41, comma 3, e 91 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di cui all'art. 47, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE, che permettono alle società neocostituite di utilizzare i requisiti economico-finanziari e tecnici posseduti dai loro soci o direttori tecnici e, comunque, di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Deve osservarsi, in via preliminare, che, essendo intervenuta l'aggiudicazione dei lotti 2 e 3 della procedura in questione ad altri soggetti partecipanti alla gara e non essendo stati impugnati dall'odierna parte ricorrente tali atti di aggiudicazione, deve ritenersi venuto meno l'interesse alla decisione del gravame con riferimento al provvedimento di esclusione; allo stesso modo, essendo intervenuto il provvedimento di archiviazione del procedimento di segnalazione da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, non sussiste più interesse alla decisione del gravame riguardo alla segnalazione.

Deve, però, ancora rinvenirsi un interesse residuale alla decisione del ricorso in relazione al provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, che parte ricorrente ha assunto come illegittimo in via derivata in relazione ai vizi dell'atto di esclusione.

Tanto premesso, il collegio ritiene che il ricorso sia fondato per il primo motivo di diritto, con il quale la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 253, comma 15, 41, comma 3, e 91 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di cui all'art. 47, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE, che permettono alle società neocostituite di utilizzare i requisiti economico-finanziari e tecnici posseduti dai loro soci o direttori tecnici e, comunque, di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Ai sensi del punto III.1.3 del bando di gara e 5 del disciplinare, l'ATI costituenda, odierna ricorrente, avrebbe dovuto provare il requisito relativo alle 10 unità utilizzate negli ultimi tre anni decorrenti dalla pubblicazione del bando nelle percentuali del 60 % con riferimento alla capogruppo e del restante 40 % cumulativamente alle mandanti.

Dalla documentazione versata in atti si evince che la Società Ricorrente & Ricorrente due Spa, capogruppo, ha regolarmente provato il requisito con riferimento a 6 unità tecniche, costituenti la quota del 60 %, lo Studio Ricorrente quattro di Arch. Sergio C. e Geom. Umberto F. con riferimento a 2 unità tecniche, costituenti la quota del 20 %, e, per il restante 20 %, la Società Umberto Ricorrente tre Engineering Srl, altra mandante, costituitasi solo nel 2005, ha indicato di utilizzare i requisiti del suo

unico socio e direttore tecnico, Ing. Umberto Ricorrente tre, costituiti da due unità tecniche di personale (l'Ing. Ricorrente tre stesso, socio attivo, e una dipendente risultante dal libro matricola del suo studio, la Signora Arianna S.), non risultando l'intenzione della stessa di ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 73 del 19 gennaio 2010, emessa dal Tar Lombardia, Milano

N. 00073/2010 REG.SEN.

N. 00612/2007 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 612 del 2007, proposto da:
Societa' Ricorrente & Ricorrente due Spa, Societa' Umberto Ricorrente tre Engineering Srl, Studio Ricorrente quattro di Arch. Sergio C. e Geom. Umberto F., rappresentati e difesi dagli avv. Lorenzo Acquarone, Daniela Anselmi, Maurizio Saladino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, viale Regina Margherita, 43;

contro

Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, c.so Vittorio Emanuele II, 15;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dei provvedimenti relativi ai lotti n. 2 e n. 3 della procedura di affidamento degli incarichi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, riguardanti i presidi ospedalieri di Lodi, Casalpusterlengo e Sant'Angelo Lodigiano indetta dall'Azienda Ospedaliera della provincia di Lodi ai sensi degli artt. 54 e 55 del d.lgs. n. 163/2006, ed in particolare:

- della nota del 12 gennaio 2007 di richiesta di integrazione della documentazione;
- dell'eventuale provvedimento di esclusione;
- del bando e del disciplinare di gara;

con successivo ricorso per motivi aggiunti, della deliberazione del Direttore Generale n. 345 del 30.3.2007 e della nota prot. n. 2862 del 2.4.2007 relativi all'esclusione della ricorrente dalla gara, con contestuale escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità dei Contratti pubblici;

con secondo ricorso per motivi aggiunti, della deliberazione del Direttore Generale n. 345 del 30.3.2007 e della nota prot. n. 2987 del 10.4.2007 di richiesta di pagamento della cauzione provvisoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2009 il dott. Elena Quadri e uditi per le parti i difensori Maurizio Saladino per la società ricorrente - Ernesto Papponetti, in sostituzione di Ferrari, per l'Azienda Ospedaliera intimata;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il presente gravame i ricorrenti, partecipanti in ATI costituenda con la Società Ricorrente & Ricorrente due Spa come capogruppo alla gara d'appalto indetta dall'Azienda Ospedaliera della provincia di Lodi per l'affidamento degli incarichi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, coordinamento e sicurezza in fase di progettazione concernenti i presidi ospedalieri di Lodi, Casalpusterlengo e Sant'Angelo Lodigiano, suddivisa in tre lotti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali l'amministrazione intimata li ha esclusi dai lotti 2 e 3 della procedura in questione per mancanza dei requisiti richiesti dal punto III.2.3, lett. c), del bando di gara, che richiedeva l'aver utilizzato negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando (2003-2005) un numero medio di personale tecnico non inferiore a 10 unità, corrispondenti al doppio delle unità stimate per lo svolgimento dell'incarico.

Con successivi ricorsi per motivi aggiunti impugnano, altresì, l'escussione della polizza fideiussoria presentata quale deposito cauzionale provvisorio, nonché la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici.

A sostegno del proprio gravame deducono i seguenti motivi di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 253, comma 15, 41, comma 3, e 91 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di cui all'art. 47, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE, che permettono alle società neocostituite di utilizzare i requisiti economico-finanziari e tecnici posseduti dai loro soci o direttori tecnici e,

comunque, di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice. L'amministrazione avrebbe, infatti, ommesso di considerare che, così come la capogruppo aveva regolarmente indicato le 6 unità di personale utilizzate nel triennio (per la sua quota del 60 %) e lo studio Ricorrente quattro, mandante, aveva regolarmente indicato le 2 unità di personale utilizzate nel triennio (per una quota del 20 %), la società Umberto Ricorrente tre Engineering S.r.l. – altra mandante del raggruppamento - costituita solo nel 2005, aveva indicato di utilizzare i requisiti del suo unico socio e direttore tecnico, Ing. Umberto Ricorrente tre, costituiti da due unità tecniche di personale (l'Ing. Ricorrente tre stesso, socio attivo, e una dipendente risultante dal libro matricola del suo studio, la Signora Arianna S.) e non aveva inteso ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione e di istruttoria.

Violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, difetto del presupposto legittimante e sviamento.

Si è costituita l'amministrazione intimata, che ha chiesto che il ricorso sia respinto per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 728/07 del 16 maggio 2007 la sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti di esclusione, incameramento della cauzione e segnalazione impugnati; la ricorrente è stata, quindi, ammessa con riserva a partecipare al prosieguo della procedura.

Successivamente, con deliberazione n. 490 del 24 giugno 2008, l'amministrazione intimata ha aggiudicato i lotti 2 e 3 della procedura ad altri soggetti partecipanti e tali aggiudicazioni non sono state impugnate dall'odierna parte ricorrente.

Dalla documentazione versata in atti risulta, poi, che il Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha archiviato il procedimento di segnalazione ex art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 nella seduta del 28 giugno 2008.

In seguito le parti hanno prodotto memorie a conferma delle rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 4.12.2009, il gravame è stato, quindi, trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Deve osservarsi, in via preliminare, che, essendo intervenuta l'aggiudicazione dei lotti 2 e 3 della procedura in questione ad altri soggetti partecipanti alla gara e non essendo stati impugnati dall'odierna parte ricorrente tali atti di aggiudicazione, deve ritenersi venuto meno l'interesse alla decisione del gravame con riferimento al provvedimento di esclusione; allo stesso modo, essendo intervenuto il provvedimento di archiviazione del procedimento di segnalazione da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, non sussiste più interesse alla decisione del gravame riguardo alla segnalazione.

Deve, però, ancora rinvenirsi un interesse residuale alla decisione del ricorso in relazione al provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, che parte ricorrente ha assunto come illegittimo in via derivata in relazione ai vizi dell'atto di esclusione.

Tanto premesso, il collegio ritiene che il ricorso sia fondato per il primo motivo di diritto, con il quale la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 253, comma 15, 41, comma 3, e 91 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di cui all'art. 47, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE, che permettono alle società neocostituite di utilizzare i requisiti economico-finanziari e tecnici posseduti dai loro soci o direttori tecnici e, comunque, di provare la propria capacità economica e

finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Ai sensi del punto III.1.3 del bando di gara e 5 del disciplinare, l'ATI costituenda, odierna ricorrente, avrebbe dovuto provare il requisito relativo alle 10 unità utilizzate negli ultimi tre anni decorrenti dalla pubblicazione del bando nelle percentuali del 60 % con riferimento alla capogruppo e del restante 40 % cumulativamente alle mandanti.

Dalla documentazione versata in atti si evince che la Società Ricorrente & Ricorrente due Spa, capogruppo, ha regolarmente provato il requisito con riferimento a 6 unità tecniche, costituenti la quota del 60 %, lo Studio Ricorrente quattro di Arch. Sergio C. e Geom. Umberto F. con riferimento a 2 unità tecniche, costituenti la quota del 20 %, e, per il restante 20 %, la Società Umberto Ricorrente tre Engineering Srl, altra mandante, costituitasi solo nel 2005, ha indicato di utilizzare i requisiti del suo unico socio e direttore tecnico, Ing. Umberto Ricorrente tre, costituiti da due unità tecniche di personale (l'Ing. Ricorrente tre stesso, socio attivo, e una dipendente risultante dal libro matricola del suo studio, la Signora Arianna S.), non risultando l'intenzione della stessa di ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Inoltre, la circostanza che l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici abbia proceduto ad archiviare il procedimento di segnalazione conferma la fondatezza dell'assunto di parte ricorrente relativo all'applicabilità alla fattispecie in questione dell'art. 253 del d.lgs. n. 163/2006.

Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi gli ulteriori motivi dedotti, il ricorso va accolto, unitamente ai ricorsi per motivi aggiunti, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

In considerazione delle peculiarità della vicenda, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione - accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati, come in motivazione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2010

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

IL SEGRETARIO