

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29816-il-ricorso-viene-accolto-in-parte-con-annullamento-dei-provvedimenti-impugnati-limitatamente-alla-parte-in-cui-dispongono-l-escussione-della-cauzione-provvisoria-e-la-segnalazione-del-fatto-all-a>

Autore: Lazzini Sonia

Il ricorso viene accolto in parte, con annullamento dei provvedimenti impugnati limitatamente alla parte in cui dispongono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici

Tar Piemonte, Torino, 08.06.2010 n. 2721

Il ricorso viene accolto in parte, con annullamento dei provvedimenti impugnati limitatamente alla parte in cui dispongono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

qualora un'impresa abbia dichiarato di possedere un requisito che successivamente risulti invece carente ma a quella dichiarazione sia stata indotta da errore interpretativo in ordine alla portata delle disposizioni della lex specialis, l'esclusione dalla gara è legittima, ma non può essere comminata anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto espulsivo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

l'escussione della cauzione e la segnalazione dell'esclusione dalla gara all'Autorità di Vigilanza sono illegittime, pur a fronte di un'esclusione legittimamente disposta, "quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore" a meno che la P.A. non provi che la partecipazione dell'impresa in questione abbia falsato lo svolgimento della gara

Tale è il caso del terzo motivo del ricorso all'esame, il quale espone un'autonoma censura, che colpisce non l'esclusione dalla gara ma l'applicazione delle sanzioni accessorie costituite dall'escussione della cauzione provvisoria e dalla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza. Siffatta censura non può quindi soccombere per effetto della diagnosi di legittimità del provvedimento di esclusione impugnato. Ebbene, con questo motivo, con cui la ricorrente rubrica violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento, l'impresa lamenta, anche ove il Tribunale dovesse ritenere legittima l'esclusione, l'illegittimità dell'inflizione delle due suddette sanzioni, invocando T.A.R. Lazio, Sez. II, 6.3.2009 n. 2341, che ha statuito l'inapplicabilità delle stesse ove il concorrente abbia ritenuto di possedere un requisito in realtà carente o contestato, per errore sull'interpretazione della lex specialis o della normativa generale.

Nel caso di specie la ricorrente adduce la sua buona fede, riconosciuta del resto dalla stessa Amministrazione, che con la più volte citata nota del 30.11.2009 affermava che la mancata prova del requisito di ordine tecnico era dipesa "probabilmente (da, n.d.s) un errore di valutazione relativo ai mezzi di comprova del medesimo, quali previsti dall'art. 20 del capitolato d'onere e del bando di gara".

La doglianza persuade il Collegio che deve conseguentemente accoglierla, in adesione ad un orientamento giurisprudenziale che si sta ormai radicando sul punto.

La Sezione ha già reso in proposito un precedente, da cui non ritiene di doversi discostare, secondo il quale qualora un'impresa abbia dichiarato di possedere un requisito che successivamente risulti invece carente ma a quella dichiarazione sia stata indotta da errore interpretativo in ordine alla portata delle disposizioni della lex specialis, l'esclusione dalla gara è legittima, ma non può essere comminata anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto espulsivo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Si è infatti precisato che "in tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il

requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara" (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23.5.2009, n. 1482).

Segnala anche il Collegio come l'opzione esegetica dell'art. 48, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 qui riproposta, trova conforto in una decisione del Consiglio di Stato, resa sull'omologa norma previgente (art. 10, comma 1-quater della L. 11.2.1994, n. 109), che ha predicato l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine all'interpretazione del bando e della normativa generale ed abbia ritenuto di avere il requisito in realtà carente o contestato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101).

4.2. Per completezza merita anche di avvertirsi che più di recente, Il Consiglio di Stato, che anche su tale specifico profilo ermeneutico il Collegio ritiene di dover seguire, è approdato alla conclusione secondo cui allorché la prova del possesso del requisito contestato venga raggiunta successivamente al prescritto termine, l'esclusione è legittima ma è illegittimo il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (es. calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa (Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101).

Orbene, nel caso al vaglio del Collegio, come precisato, la scaturigine dell'omessa comprova del requisito di ordine tecnico da un errore interpretativo della legge di gara è stata espressamente riconosciuta dalla stessa P.A., la quale ribadiva, peraltro che "nel termine assegnato dall'art. 48 comma 1 del D.lgs. 163/2006 e bando di gara, il concorrente non è stato in grado di comprovare detto requisito" (nota 30.11.2009 cit.). Ne consegue la piena applicabilità del principio enunciato dalla predetta Decisione n. 6101/2008 del Consiglio.

4.3. Ma in punto di fatto deve il Collegio porre in luce che anche relativamente alla capacità economica l'impresa ricorrente non può essere assolutamente ritenuta versare in mala fede o aver reso una falsa dichiarazione. Invero, nella dichiarazione sostitutiva di cui al doc. 4 dall'Amministrazione, la Ricorrente candidamente affermava di non possedere il requisito di idoneità economica come prescritto dalla legge di gara, dichiarando che "non ha realizzato il fatturato richiesto al punto III.2.2. del bando di gara, necessario come requisito di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla gara".

Orbene, siffatta precisazione, come avvertito più sopra, non può non spiegare effetti in bonam partem per la dichiarante odierna ricorrente, escludendo in radice che possa affermarsi di essere al cospetto di una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di capacità economica. Può quindi seguirsi l'indirizzo interpretativo disegnato sul punto dal T.A.R. Lazio con la decisione opportunamente segnalata dalla difesa della ricorrente, con la quale il T.A.R. centrale ha specificamente sostenuto che l'escussione della cauzione e la segnalazione dell'esclusione dalla gara all'Autorità di Vigilanza sono illegittime, pur a fronte di un'esclusione legittimamente disposta, "quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore" (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 6 marzo 2009, n. 2341) a meno che la P.A. non provi che la partecipazione dell'impresa in questione abbia falsato lo svolgimento della gara, giusta quanto poc'anzi si rammentava.

Ne consegue che quanto alla mancata prova del requisito di capacità economica, le sanzioni accessorie contestate appaiono ancor più illegittime, stante la rilevata ammissione da parte della stessa impresa, del mancato possesso del requisito in esame, il che pone in luce la gravosità della determinazione di accompagnare l'esclusione con le ulteriori sanzioni della segnalazione all'Autorità e dell'escussione della cauzione.

Le quali hanno evidente natura accessoria alla sanzione dell'esclusione dalla gara e come tali sono munite di un'intrinseca afflittività che mal si concilia con la rilevata buona fede dell'impresa che abbia spontaneamente dichiarato di non possedere il quantum di requisito prescritto dalla lex specialis e che per ciò stesso sia anche conscia della possibilità di essere estromessa dalla gara.

4.4. In chiusura giova di essere segnalato che l'esegesi qui suggerita dalla Sezione è suffragata da una recente decisione del Consiglio di Stato che, nel ribadire il carattere perentorio del termine di dieci

giorni per la comprova dei requisiti di ordine speciale, stabilito dall'art. 48 del codice dei contratti, sia pur incidentalmente, ha avuto modo di puntualizzare che nel caso “della mancata corrispondenza tra documentazione probatoria fornita e dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta”, “Risulta conseguentemente coerente la sanzione irrogata dall'Autorità di vigilanza, atteso che ai sensi dell'art. 4, co. 7, l. n. 109/1994 (ora trasfuso nell'art. 6, co. 11, d.lgs. n. 163/2006), è sanzionata l'omissione o rifiuto senza giustificato motivo della documentazione richiesta, nonché l'indicazione di dati e documenti non rispondenti al vero (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804).

Non sfugge certo che la sanzione irrogata dall'Autorità di cui è parola nel riportato inciso del Consiglio, si situa a valle della stessa segnalazione alla medesima che è atto nella competenza della stazione appaltante. Non è, peraltro, senza pregio osservare che quest'ultima segnalazione ad opera della stazione appaltante è funzionale proprio all'esercizio del successivo (eventuale) potere sanzionatorio dell'Autorità, risultando, dunque, coerente con il sistema estendere a tale ultimo fenomeno i medesimi principi, valevoli per il primo, espressi nel riportato enunciato del Giudice d'appello.

Come più sopra lumeggiato, invece, nel caso all'esame difetta la delineata “indicazione di dati e documenti non rispondenti al vero” che secondo la pronuncia n. 3804/2009 del Consiglio appena indicata legittimano l'esercizio del potere sanzionatorio.

In definitiva, alla luce delle considerazioni finora svolte il motivo in scrutinio risulta fondato e va accolto, conseguendone che il ricorso viene accolto in parte, con annullamento dei provvedimenti impugnati limitatamente alla parte in cui dispongono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2721 dell' 8 giugno 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

N. 02721/2010 REG.SEN.
N. 00016/2010 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 16 del 2010, proposto da:
Ricorrente Service S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Forchino, Alberto Maltoni, Marco Sgroi, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Forchino in Torino, via Principi D'Acaja, 11;

contro

Provincia di Torino, rappresentata e difesa dagli avv. Silvana Gallo, Francesca Massacesi, con domicilio eletto presso la prima in Torino, corso Inghilterra, 7/9;

nei confronti di

ALFA Service S.p.A, non costituita in giudizio.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'atto con cui la Commissione della Gara di affidamento del servizio biennale di gestione e manutenzione del parco automezzi provinciali (CIG 0358294EC), in seduta pubblica 29.10.2009, ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara predetta, notificato con nota del Servizio contratti della Provincia di Torino 30.10.2009 prot. 855855, pervenuta in data 3.11.2009, in tutto o nella sola parte in cui dispone l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 48 D.L.vo 163/2006 (escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità dei contratti pubblici; e di ogni altro atto implicito, conseguente o connesso, ivi inclusi, il bando e capitolato speciale d'appalto, con riguardo agli artt. 19 e 20; l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata ALFA Service s.p.a.; la nota 30.11.2009 prot. n. 943996.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Torino;

Esaminate le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 22 aprile 2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con il ricorso in epigrafe la società ricorrente impugna il provvedimento di esclusione assunto nella seduta pubblica del 29.11.2009, comunicato con nota 30.10.2009 (doc. 1 ricorr.) dalla gara per affidamento del servizio di gestione e manutenzione del parco automezzi provinciali con importo a base d'asta di € 260.000.

La ragione dell'estromissione della concorrente, ammessa con riserva in quanto, costituita solo in data 6.8.2008 ed inattiva fin al 2009 e non essendo quindi in grado di documentare di aver realizzato nel triennio antecedente la presentazione della domanda il prescritto fatturato, doveva provare la sua capacità economica con altri mezzi ex art. 41, comma 3 d.lgs. n. 163/2006, era dipesa dalla circostanza che a seguito del suo sorteggio ex art. 48 del Codice, la concorrente aveva prodotto nei relativi termini documentazione ritenuta dall'Ente insufficiente sia relativamente alla capacità economica che a quella tecnica.

1.2. Ambedue siffatti profili di deficienza probatoria venivano adeguatamente illustrati dall'Amministrazione nella suindicata impugnata nota di esclusione, cui faceva seguito una nota del 16.11.2009 e relativa documentazione allegata, con cui l'impresa integrava gli elementi di comprova dei requisiti.

Seguiva la risposta dell'Ente di cui alla nota del 30.11.2009 (doc. 9 ricorr.) con la quale il Dirigente del servizio competente, esaminata la documentazione integrativa prodotta, riconosceva che "il requisito previsto dal punto 5 del capo A del bando di gara risulterebbe soddisfatto", ovvero sia il requisito attinente alla capacità tecnica.

La nota precisava, peraltro, che non essendo stata detta prova fornita tempestivamente, vale a dire nei 10 giorni imposti dall'art. 48 del Codice, l'esclusione già disposta restava confermata ma, essendo alla base della mancata dimostrazione "probabilmente..un errore di valutazione relativo ai mezzi di comprova del medesimo, quali previsti dall'art. 20 del capitolato d'oneri e del bando di gara" poteva escludersi che la concorrente avesse reso una dichiarazione falsa, passibile di denuncia all'A.G.

Malgrado, peraltro, la delineata presa d'atto della buona fede dichiarativa della deducente, il Dirigente confermava altresì di dover dar corso agli adempimenti previsti dall'art. 48, comma 1 del Codice, ossia l'esclusione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

2.1. Il ricorso è affidato a tre motivi. Con i primi due, preceduti da identica rubrica, la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 46, d.lgs. n. 163/2006, II.2.2. del bando di gara e 19 del capitolato speciale, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento, errore sui presupposti e contrasto con precedente provvedimento, assumendo che essendo stata ammessa con riserva per aver dichiarato di volersi avvalere della modalità probatoria surrogatoria di cui all'art. 41, comma 3 del Codice prevista per le imprese costituite da meno di tre anni dalla gara, in sede di comprova aveva poi prodotto referenze bancarie e assicurative, nonché documentazione atta a dimostrare il fatturato già dichiarato e in base al quale era stata ammessa con riserva. Ragion per cui, stante la cennata idoneità probatoria, benché riferita ai limiti delle grandezze dichiarate, l'Ente doveva confermare l'ammissione disposta con riserva.

2.2. Con il secondo mezzo definisce un ulteriore aspetto di tale censura, lamentando che essendo l'esclusione dipesa, quanto alla capacità tecnica, anche dall'omessa prova di aver attivato almeno tre centri di assistenza in ogni zona del territorio provinciale e dieci nella città di Torino, in realtà ex post, con la nota

sopra riportata la Provincia aveva accertato che siffatto requisito era posseduto dalla ricorrente, per cui essa non poteva essere esclusa sic et simpliciter, dovendo invece essere previamente esercitata l'attività di richiesta di integrazioni e chiarimenti prescritta dall'art. 46 del Codice dei contratti.

Il terzo motivo sarà illustrato in diritto in uno con il suo scrutinio, anticipandosi peraltro che esso, con cui la ricorrente rubrica violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento è direzionato contro le assunte sanzioni accessorie della escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza.

2.3. Si costituiva la Provincia di Torino con memoria depositata il 26.1.2010 e produzione documentale. La ricorrente presentava memoria difensiva in data 8.4.2010.

Alla pubblica Udienza del 22.4.2010 udita la discussione dei procuratori delle parti che sviluppavano ulteriormente le rispettive tesi difensive, sulle loro conclusioni e sulla Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano la causa veniva trattenuta a sentenza.

DIRITTO

1.1. Con il primo motivo, come anticipato, la ricorrente censura la disposta sua esclusione dalla gara sostenendo che, essendo stata ammessa con riserva per aver dichiarato di volersi avvalere della modalità probatoria surrogatoria di cui all'art. 41, comma 3 del Codice prevista per le imprese costituite da meno di tre anni dalla gara, le quali sono ammesse a provare il possesso dei requisiti speciali di ordine economico – finanziario con qualunque altro mezzo ritenuto idoneo, in sede di comprova aveva poi prodotto referenze bancarie e assicurative, nonché documentazione atta a dimostrare il fatturato già dichiarato e in base al quale era stata ammessa con riserva. Ragion per cui, stante la cennata idoneità probatoria,

benché riferita ai limiti delle grandezze dichiarate, l'Ente doveva confermare l'ammissione disposta con riserva.

1.2. La doglianza è, all'evidenza, infondata e va conseguentemente disattesa.

Invero, non è apprezzabile alcuna contraddittorietà nell'agire dell'Amministrazione, tra il precedente provvedimento di ammissione della ricorrente con riserva e la successiva sua esclusione, la quale si profila legittima già alla luce del fatturato dichiarato dall'impresa in sede di domanda di partecipazione. Con la dichiarazione sostitutiva di cui al doc. 4 della produzione dell'Amministrazione la Care Full service attestava, infatti, che “non ha realizzato il fatturato richiesto al punto III.2.2. del bando di gara, necessario come requisito di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla gara”(precisazione che, peraltro, rileva, come a breve si vedrà, in bonam partem per la ricorrente, ai fini del valgo di legittimità o meno delle adottate sanzioni accessorie all'esclusione).

1.3. Sul presupposto di esser costituita da meno di tre anni e di non poter quindi soddisfare il requisito di fatturato di cui era richiesta di documentare l'avvenuta realizzazione nel triennio antecedente la gara, l'impresa domandava quindi di potersi avvalere della facoltà attribuita dall'art. 41, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006 a termini del quale, per quanto qui rileva, i concorrenti costituiti da meno di tre anni sono ammessi a provare il requisito di capacità economica con qualunque altro mezzo ritenuto al fine idoneo.

Orbene, la deducente, essendo stata attiva nell'unico anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara e, precisamente, stando alla sua dichiarazione, dal 1.1.2009 al 1.10.2009, dichiarava per detto periodo di aver realizzato un fatturato di soli € 85.689, come indicato in un prospetto allegato ad un'altra dichiarazione del 5.10.2009 annessa alla dichiarazione sostitutiva di cui al doc.5 della sua produzione. Ne consegue che detto dichiarato importo non riguarda nemmeno quello pari ad € 130.000 scaturente dalla divisione per 3 - ossia per ciascuno degli anni del

triennio ex lege rilevante – dell'importo di € 390.000 richiesto per il triennio in questione dal punto III.2.2. del bando di gara versato in atti.

1.4. La rilevata discrasia in difetto è già sufficiente a giudicare fondata la disposta impugnata esclusione.

Giova, oltretutto, aggiungere che secondo quanto attestato nella nota di comunicazione dell'esclusione del 30.10.2009 (doc. 1 ricorr.) e ribadito negli scritti difensivi come nel corso della discussione di pubblica Udienza dal rappresentante dell'Amministrazione, il Servizio competente ha sottoposto a controllo la suindicata dichiarazione, della concorrente odierna esponente, relativa al fatturato ed ha accertato che dei dichiarati 85.000 euro suindicati, in realtà afferivano all'arco temporale preso in considerazione dalla legge di gara, soltanto € 31.770.

L'esclusione dalla gara si configura conseguentemente legittima per omessa dimostrazione del possesso del requisito soggettivo speciale economico - finanziario di qualificazione costituito da un fatturato almeno pari ad € 130.000 ricavabile dal combinato disposto del punto III.2.2. del bando di gara e dell'art. 41, comma 3 del Codice dei contratti.

2.1. La delineata legittimità, rectius, doverosità dell'esclusione della ricorrente dalla gara, comporta poi, stante la rilevanza dell'assenza in capo ad essa del requisito di capacità economica prescritto dalla lex specialis, l'inaammissibilità per difetto di interesse del secondo motivo di gravame.

Con questo mezzo, infatti, come sopra accennato, la Carefull definisce un ulteriore profilo di censura, dolendosi che poiché la sua esclusione dalla competizione è stata determinata anche per impossidenza del requisito di capacità tecnica, ossia per l'omessa prova di aver attivato almeno tre centri di assistenza in ogni zona del territorio provinciale e dieci nella città di Torino, mentre in realtà ex post, con la nota del 30.11.2009 (doc. 9 ricorr.) la Provincia aveva accertato che siffatto requisito era posseduto dalla concorrente, la medesima non poteva, quindi, essere

esclusa sic et simpliciter, dovendo invece essere previamente esercitata l'attività di richiesta di integrazioni e chiarimenti prescritta dall'art. 46 del Codice.

Al riguardo, in disparte ogni indagine sullo spettro e sui confini del c.d. potere di soccorso definito all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 in recepimento di radicato insegnamento giurisprudenziale (che il Collegio ha indagato nella Sentenza assunta in data odierna nel ricorso r.g.157.2010), rimarca il Collegio che la deducente non ha interesse alla censura, posto che la sua esclusione sarebbe in ogni caso legittima per effetto del rigetto del primo motivo, puntualizzato sui profili afferenti alla accertata impossidenza dei requisiti di capacità economico – finanziaria, e resterebbe legittima anche ove venisse accolto il motivo in disamina, posto che nelle gare pubbliche è sufficiente a legittimare l'esclusione di un concorrente, la circostanza che questi non compri il possesso anche di uno solo dei due requisiti congiuntamente richiesti, sia che trattasi di idoneità tecnica che di capacità economica.

Il provvedimento di esclusione, quindi, è fondato su di almeno un motivo che da solo è bastevole sorreggere la determinazione espulsiva assunta.

2.2. Dal che processualmente consegue, secondo pacifico costrutto giurisprudenziale, l'inammissibilità degli ulteriori motivi. Per esaustività espositiva il Collegio richiama sul punto l'insegnamento del Giudice amministrativo d'appello, seguito dal Giudice di primo grado, secondo cui “ nei casi in cui il provvedimento impugnato risulti sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, logicamente indipendenti e non contraddittorie, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione

dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze”(Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3020; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. I, n. 2380 del 2005) In tali casi consegue dunque l'inammissibilità per carenza di interesse al ricorso delle residue censure (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 14 maggio 2008, n. 4127; T.A.R. Campania - Napoli, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 10065.)

3.1. Ritiene peraltro la Sezione di dover precisare che il delineato principio in ragione del quale ove il provvedimento impugnato fondi su almeno un motivo legittimo ed idoneo da solo a sorreggere la determinazione amministrativa adottata e impugnata, gli ulteriori motivi sono inammissibili non potendo il loro eventuale accoglimento determinare l'annullamento del provvedimento sorretto da quel determinante motivo valutato legittimo, non trova applicazione nelle fattispecie in cui almeno una delle ulteriori censure svolte dal ricorrente introduca elementi di novità ovvero sia direzionata contro capi della stessa determinazione impugnata, consequenziali ed accessori al contenuto dispositivo principale, pur giudicato legittimo.

Tale è il caso del terzo motivo del ricorso all'esame, il quale espone un'autonoma censura, che colpisce non l'esclusione dalla gara ma l'applicazione delle sanzioni accessorie costituite dall'escussione della cauzione provvisoria e dalla segnalazione di fatto all'Autorità di vigilanza.

Siffatta censura non può quindi soccombere per effetto della diagnosi di legittimità del provvedimento di esclusione impugnato.

3.2. Ebbene, con questo motivo, con cui la ricorrente rubrica violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per errore sui presupposti e travisamento, l'impresa lamenta, anche ove il Tribunale dovesse ritenere legittima l'esclusione, l'illegittimità dell'inflizione delle due suddette sanzioni, invocando T.A.R. Lazio, Sez. II, 6.3.2009 n. 2341, che ha statuito

l'inapplicabilità delle stesse ove il concorrente abbia ritenuto di possedere un requisito in realtà carente o contestato, per errore sull'interpretazione della *lex specialis* o della normativa generale.

Nel caso di specie la ricorrente adduce la sua buona fede, riconosciuta del resto dalla stessa Amministrazione, che con la più volte citata nota del 30.11.2009 affermava che la mancata prova del requisito di ordine tecnico era dipesa “probabilmente (da, n.d.s) un errore di valutazione relativo ai mezzi di comprova del medesimo, quali previsti dall'art. 20 del capitolato d'oneri e del bando di gara”.

4.1. La doglianza persuade il Collegio che deve conseguentemente accoglierla, in adesione ad un orientamento giurisprudenziale che si sta ormai radicando sul punto.

La Sezione ha già reso in proposito un precedente, da cui non ritiene di doversi discostare, secondo il quale qualora un'impresa abbia dichiarato di possedere un requisito che successivamente risulti invece carente ma a quella dichiarazione sia stata indotta da errore interpretativo in ordine alla portata delle disposizioni della *lex specialis*, l'esclusione dalla gara è legittima, ma non può essere comminata anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto espulsivo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Si è infatti precisato che “in tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara” (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23.5.2009, n. 1482).

Segnala anche il Collegio come l'opzione esegetica dell'art. 48, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 qui riproposta, trova conforto in una decisione del Consiglio di Stato, resa sull'omologa norma previgente (art. 10, comma 1-quater della L. 11.2.1994, n. 109), che ha predicato l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine all'interpretazione del bando e della normativa

generale ed abbia ritenuto di avere il requisito in realtà carente o contestato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101).

4.2. Per completezza merita anche di avvertirsi che più di recente, Il Consiglio di Stato, che anche su tale specifico profilo ermeneutico il Collegio ritiene di dover seguire, è approdato alla conclusione secondo cui allorché la prova del possesso del requisito contestato venga raggiunta successivamente al prescritto termine, l'esclusione è legittima ma è illegittimo il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (es. calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa (Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101).

Orbene, nel caso al vaglio del Collegio, come precisato, la scaturigine dell'omessa comprova del requisito di ordine tecnico da un errore interpretativo della legge di gara è stata espressamente riconosciuta dalla stessa P.A., la quale ribadiva, peraltro che “nel termine assegnato dall'art. 48 comma 1 del D.lgs. 163/2006 e bando di gara, il concorrente non è stato in grado di comprovare detto requisito” (nota 30.11.2009 cit.). Ne consegue la piana applicabilità del principio enunciato dalla predetta Decisione n. 6101/2008 del Consiglio.

4.3. Ma in punto di fatto deve il Collegio porre in luce che anche relativamente alla capacità economica l'impresa ricorrente non può essere assolutamente ritenuta versare in mala fede o aver reso una falsa dichiarazione. Invero, nella dichiarazione sostitutiva di cui al doc. 4 dall'Amministrazione, la Ricorrente candidamente affermava di non possedere il requisito di idoneità economica come prescritto dalla legge di gara, dichiarando che “non ha realizzato il fatturato richiesto al punto

III.2.2. del bando di gara, necessario come requisito di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla gara”.

Orbene, siffatta precisazione, come avvertito più sopra, non può non spiegare effetti in bonam partem per la dichiarante odierna ricorrente, escludendo in radice che possa affermarsi di essere al cospetto di una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di capacità economica. Può quindi seguirsi l'indirizzo interpretativo disegnato sul punto dal T.A.R. Lazio con la decisione opportunamente segnalata dalla difesa della ricorrente, con la quale il T.A.R. centrale ha specificamente sostenuto che l'escussione della cauzione e la segnalazione dell'esclusione dalla gara all'Autorità di Vigilanza sono illegittime, pur a fronte di un'esclusione legittimamente disposta, “quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore” (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 6 marzo 2009, n. 2341) a meno che la P.A. non provi che la partecipazione dell'impresa in questione abbia falsato lo svolgimento della gara, giusta quanto poc'anzi si rammentava.

Ne consegue che quanto alla mancata prova del requisito di capacità economica, le sanzioni accessorie contestate appaiono ancor più illegittime, stante la rilevata ammissione da parte della stessa impresa, del mancato possesso del requisito in esame, il che pone in luce la gravosità della determinazione di accompagnare l'esclusione con le ulteriori sanzioni della segnalazione all'Autorità e dell'escussione della cauzione.

Le quali hanno evidente natura accessoria alla sanzione dell'esclusione dalla gara e come tali sono munite di un'intrinseca afflittività che mal si concilia con la rilevata buona fede dell'impresa che abbia spontaneamente dichiarato di non possedere il

quantum di requisito prescritto dalla lex specialis e che per ciò stesso sia anche conscia della possibilità di essere estromessa dalla gara.

4.4. In chiusura giova di essere segnalato che l'esegesi qui suggerita dalla Sezione è suffragata da una recente decisione del Consiglio di Stato che, nel ribadire il carattere perentorio del termine di dieci giorni per la comprova dei requisiti di ordine speciale, stabilito dall'art. 48 del codice dei contratti, sia pur incidentalmente, ha avuto modo di puntualizzare che nel caso “della mancata corrispondenza tra documentazione probatoria fornita e dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta”, “Risulta conseguentemente coerente la sanzione irrogata dall'Autorità di vigilanza, atteso che ai sensi dell'art. 4, co. 7, l. n. 109/1994 (ora trasfuso nell'art. 6, co. 11, d.lgs. n. 163/2006), è sanzionata l'omissione o rifiuto senza giustificato motivo della documentazione richiesta, nonché l'indicazione di dati e documenti non rispondenti al vero (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804).

Non sfugge certo che la sanzione irrogata dall'Autorità di cui è parola nel riportato inciso del Consiglio, si situa a valle della stessa segnalazione alla medesima che è atto nella competenza della stazione appaltante. Non è, peraltro, senza pregio osservare che quest'ultima segnalazione ad opera della stazione appaltante è funzionale proprio all'esercizio del successivo (eventuale) potere sanzionatorio dell'Autorità, risultando, dunque, coerente con il sistema estendere a tale ultimo fenomeno i medesimi principi, valevoli per il primo, espressi nel riportato enunciato del Giudice d'appello.

Come più sopra lumeggiato, invece, nel caso all'esame difetta la delineata “indicazione di dati e documenti non rispondenti al vero” che secondo la pronuncia n. 3804/2009 del Consiglio appena indicata legittimano l'esercizio del potere sanzionatorio.

In definitiva, alla luce delle considerazioni finora svolte il motivo in scrutinio risulta fondato e va accolto, conseguendone che il ricorso viene accolto in parte, con annullamento dei provvedimenti impugnati limitatamente alla parte in cui dispongono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Le spese possono essere compensate in ragione della parziale soccombenza delle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte e, per l'effetto, Annulla il provvedimento impugnato del 29.10.2009, nella sola parte in cui dispone l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 48 del D.Lgs. n.163/2006 (escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità dei contratti pubblici).

Compensa le spese di lite tra le costituite parti.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 22 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/06/2010

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

IL SEGRETARIO