

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30066-la-stazione-appaltante-dovra-restituire-la-cauzione-provvisoria-illegittimamente-incamerata-quando-la-dichiarazione-non-sia-corretta-soltanto-per-un-elemento-temporale-nel-senso-che-in-ogni-caso->

Autore: Lazzini Sonia

La stazione appaltante dovrà restituire la cauzione provvisoria illegittimamente incamerata quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure i

C.St. 17.12.2008 n. 6101

La stazione appaltante dovrà restituire la cauzione provvisoria illegittimamente incamerata quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione provvisoria

In conseguenza, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di escussione della cauzione; questa, se (eventualmente) già incamerata, deve essere restituita al soggetto che in concreto l'ha prestata .

Nel merito va osservato che la cauzione provvisoria, prima della legge n. 109 del 1994, serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto; con l'art. 10 della legge n. 109 cit. la previsione dell'incameramento della cauzione è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà e dell'affidabilità delle offerte.

E' stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (Cons. di Stato, V, n. 2512 del 2003, n. 4789 del 2004). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prevede che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

3.3 Ritiene il Collegio che tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve.

In altre parole, quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa, non del tutto in regola con i requisiti dal punto di vista meramente temporale, 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; tutto ciò non è stato denunciato nella presente fattispecie.

Ne deriva che, mentre si giustifica l'esclusione dell'impresa Ricorrente dalla gara, non altrimenti è legittima l'escussione della cauzione che, se pur richiesta all'impresa ALFA componente della stessa ATI, sarebbe stata comunque addebitabile alla violazione commessa dall'impresa Ricorrente : di qui

l'interesse di quest'ultima di dolersi dell'incameramento, che avrebbe dovuto rifondere all'impresa in concreto escussa

Nell'accoglimento dell'appello principale può ritenersi assorbito l'appello incidentale, in quanto diretto anch'esso avverso il capo di sentenza con il quale erano state respinte le impugnative contro l'incameramento della cauzione. Di esso deve quindi essere dichiarata l'improcedibilità, prescindendo dall'esame delle eccezioni proposte dalla stazione appaltante nella presente fase del giudizio.

In conseguenza, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di escussione della cauzione; questa, se (eventualmente) già incamerata, deve essere restituita al soggetto che in concreto l'ha prestata (l'impresa ALFA).

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 6101 del 17 dicembre 2008 pronunciata dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.6101/2008

Reg.Dec.

N. 5666 Reg.Ric.

ANNO 2005

Disp.vo 671/2008

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5666/2005 proposto da **IMPRESA RICORRENTE GERMANO SRL**, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Antonio Carullo con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso l'avv. Angelo Clarizia;

contro

S.TE.P.RA SCARL-SVILUPPO TERR. PROV. RAVENNA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Benedetto Graziosi con domicilio eletto in Roma Lungotevere Flaminio n. 46 - IV B presso lo studio Grez;

e nei confronti di

S.C.O.T.-SOC. COSTRUZ. OFELIO CONTROINTERESSATA SRL, in persona del legale rappresentante p.t., BANCA POPOLARE DI RAVENNA SPA, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitesi;

IMPRESA ALFA GEOM. GALILEO SRL, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv. Mario Sanino, Mirca Tognacci e Roberto Fariselli con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso lo studio del primo;

BETA SRL, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna sede di Bologna Sez. I n. 328/2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008 relatore il Consigliere Marcella Colombati. Uditi l'avv. Pafundi per delega dell'avv. Carullo, l'avv. Graziosi e l'avv. Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

RITENUTO IN FATTO

I. Il Tar per l'Emilia-Romagna, sede di Bologna, con la sentenza n. 328 del 2005, dopo aver riunito due ricorsi - il primo proposto dalla Impresa Ricorrente Germano s.r.l. avverso l'esclusione dalla **gara** per i lavori di urbanizzazione primaria dell'area industriale Bassette sud, 1° stralcio, dell'ATI di cui la ricorrente faceva parte e avverso (con motivi aggiunti) l'incameramento della cauzione provvisoria, e il secondo proposto dalla Impresa ALFA Geom. Galileo s.r.l., facente parte della stessa ATI, avverso l'escussione della cauzione da lei prestata e disposta a suo carico - li ha respinti entrambi.

Era avvenuto che con bando del 29.5.2003 la Società territoriale della Provincia di Ravenna (STEPRA) aveva indetto un'asta pubblica per l'affidamento di quei lavori; che alla **gara** partecipava l'ATI costituita dalle imprese Ricorrente, s.r.l., ALFA s.r.l. e I.Co.T. Trans s.r.l.; che, nel corso della procedura, l'ATI predetta veniva sorteggiata per la verifica a campione di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994; che, a seguito di detta verifica e della richiesta di integrazione documentale, la stazione appaltante escludeva l'ATI partecipata dalla Impresa Ricorrente essendo risultato "che la stessa, alla data del 9 luglio 2003, non era in possesso del certificato attestante la presenza degli elementi significativi e correlati di sistema di qualità e quindi dei requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari richiesti a pena di esclusione dal bando di **gara** e dalle vigenti disposizioni di legge" (lettera 17.9.2003, impugnata col ricorso principale dalla sola Impresa Ricorrente); che in seguito la stessa stazione appaltante procedeva all'escussione della cauzione provvisoria, richiedendo all'impresa garante ALFA il pagamento della stessa (provvedimento 24.12.2003); che quest'ultimo provvedimento veniva impugnato sia dall'Impresa

Ricorrente (con motivi aggiunti), sia dall'Impresa ALFA (col ricorso originario); che entrambe le imprese intervenivano nel ricorso proposto dalla consociata.

La ricorrente impresa Ricorrente sosteneva nel suo ricorso che il bando consentiva la partecipazione all'asta anche senza la certificazione di sistema di qualità (certificato UNI EN ISO 9000 o certificazione equivalente), richiedendo solo che, alla data di scadenza prevista nel bando per la presentazione della domanda, detta attestazione fosse stata almeno richiesta all'organismo di attestazione SOA.

Il Tar, viceversa, osservava che il bando richiedeva che i partecipanti fossero in possesso della certificazione del sistema di qualità già alla data di presentazione della domanda e che il possesso di tale requisito poteva essere documentato o producendo un'attestazione SOA che ne facesse menzione, ovvero producendo direttamente la certificazione del sistema di qualità eventualmente sopravvenuta al rilascio dell'attestazione SOA insieme alla richiesta, rivolta all'organismo competente, di adeguamento di tale attestazione con la menzione della certificazione sopravvenuta (pag. 4, 17 e 18 del bando); e, poiché l'impresa Ricorrente non possedeva il certificato, era del tutto irrilevante che avesse già chiesto all'organismo di attestazione di menzionarne l'esistenza.

Quanto alla escussione della cauzione, entrambe le imprese nei loro distinti gravami, invocando il principio di tassatività delle sanzioni, sostenevano che l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 ne prevedesse l'incameramento solo qualora il concorrente sorteggiato per la verifica risultasse sprovvisto dei requisiti dichiarati di capacità economico finanziaria o tecnico organizzativa; rilevavano che i certificati e le dichiarazioni del sistema di qualità non erano riconducibili a quei requisiti perché sia nella legge n. 109 cit. (art. 8) sia nel regolamento sulla qualificazione delle imprese (artt. 4 e 18) le certificazioni di qualità sono disciplinate in disposizioni diverse da quelle in cui sono trattati i requisiti di ordine speciale che attengono alla capacità tecnica ed economica, e che nemmeno il bando avrebbe potuto spostare la certificazione del sistema di qualità da una categoria all'altra.

Il Tar invece ha ritenuto che la legge n. 109 cit. si limita a menzionare quei requisiti senza specificare quali essi siano, con una sorta di disposizione in bianco che abilita l'amministrazione appaltante ad individuarli nel bando di **gara** a pena di esclusione e di perdita della garanzia; in concreto, il bando ha incluso la certificazione del sistema di qualità tra le "condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione" e il bando non è stato impugnato.

II. La sentenza del Tar n. 328 del 2005 è ora impugnata, con appello principale notificato il 28.6.05, dall'Impresa Ricorrente la quale contesta la decisione del primo giudice negando di aver sostenuto che la partecipazione all'asta fosse consentita anche in assenza di certificazione di qualità (certificazione UNI EN ISO 9000 o certificazione equivalente); essa invece ha sostenuto che i concorrenti potevano scegliere che l'attestato di qualificazione SOA riportasse l'indicazione del possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee, ovvero del possesso di elementi significativi e correlati del predetto sistema che poteva essere provato da dichiarazioni sostitutive; essa, prima della scadenza del termine indicata nel bando (9.7.2003), in data 4.7.2003 aveva richiesto al SINCERT (Sistema nazionale per l'accreditamento degli organismi di certificazione) l'adeguamento del proprio attestato SOA e quanto da lei dichiarato (e cioè di avere gli elementi significativi e correlati di sistema qualità) non è stato mai sconfessato, mentre il fatto che l'organismo abbia risposto soltanto il 23.7.2003 (dopo la scadenza prevista nel bando) non era a lei addebitabile; ne conseguiva l'illegittimità della sua esclusione dalla **gara**.

Quanto all'escussione della cauzione, ad avviso della medesima appellante, il giudice erroneamente ha esteso l'applicabilità della sanzione dell'incameramento anche al caso di mancata

prova dei requisiti di qualità, confondendo questi con i requisiti tecnico organizzativi e economico finanziari, mentre i requisiti di qualità sono diversi dai primi.

III. La stessa sentenza del Tar è impugnata anche dall'Impresa ALFA - con appello, notificato il 7.9.2005 e definito "incidentale concorrente, in adesione all'appello principale sul punto" - quanto al capo della decisione relativo all' illegittimo incameramento della cauzione. Precisa l'appellante incidentale che la STEPRA (stazione appaltante) è organismo di diritto pubblico e che, avendo escluso l'ATI per mancanza di un documento della soc. Ricorrente , in data 9.2.2004 ha incamerato la cauzione che è stata a lei addebitata; che essa, pur non avendo impugnato l'esclusione dalla **gara**, si duole dell'incameramento della cauzione che è atto autonomo rispetto all'esclusione dalla **gara** (Cons. di Stato, VI, n. 2780/2001).

Nell'appello incidentale si sostiene che non avrebbe avuto luogo il subprocedimento di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge 109/94, non avendo la stazione appaltante chiesto alla soc. Ricorrente o alle altre imprese della costituenda ATI di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ma essendosi limitata a comunicare l'esclusione; che il certificato attestante la presenza degli elementi significativi e correlati al sistema di qualità non ha nulla a che vedere col possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi (art. 8, comma 3, legge n. 109 cit., che li distingue; come pure fa il regolamento n. 34/2000, artt. 4, 17 e 18); che l'art. 10, comma 1 quater, prevede l'incameramento solo quando il concorrente si sottrae all'obbligo di esibire i documenti comprovanti il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati nella domanda; che la giurisprudenza la prevede solo in caso di "accertata mancanza" di requisiti d'ordine speciale; che non ogni esclusione dalla **gara** comportava l'incameramento della cauzione; che, per il principio legale di tassatività delle sanzioni, la *lex specialis* non può introdurre di nuove, ma può solo prevedere l'esclusione dalla **gara**. In conseguenza chiede l'annullamento della delibera di incameramento della cauzione e le conseguenti statuizioni in tema di restituzione della somma illegittimamente incamerata.

IV. Si è costituita nel presente grado di giudizio la stazione appaltante STEPRA, chiedendo la condanna per lite temeraria – art. 96 c.p.c. - della soc. Ricorrente .

Nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello principale, avendo accertato che l'impresa Ricorrente alla data del bando (9.7.2003) non possedeva la certificazione di sistema di qualità, nonostante avesse dichiarato di averla; che quella rilasciata dal CERMET non era del 3.7.03, come risulta dal documento falsificato prodotto dall'impresa Ricorrente , ma del 23.7.2003 rilasciata a seguito di istanza di ufficio della stessa stazione appaltante; che la falsificazione del documento veniva segnalata alla Procura della Repubblica di Ravenna e all'Autorità per i LL.PP.; che quest'ultima avviava un procedimento sanzionatorio; che in appello l'Impresa Ricorrente , modificando le sue difese, affermava di avere autocertificato il possesso dei requisiti di sistema qualità e che tale autocertificazione sarebbe consentita dal bando; che invece il bando richiede che la dichiarazione della presenza di elementi significativi e correlati al sistema di qualità sia rilasciata da organismi accreditati alla data del bando; che ciò che poteva essere differito a dopo la scadenza del bando era la menzione nell'attestazione SOA del certificato di sistema qualità, nell'ipotesi in cui questo fosse stato ottenuto in data successiva a quella dell'attestazione SOA; che, a causa di false o inesatte dichiarazioni sui requisiti tecnico-economici di partecipazione, la stazione appaltante ben poteva incamerare la cauzione.

La stessa stazione appaltante proponeva, quanto all'impugnazione di Ricorrente circa l'incameramento della cauzione, eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di procura, sostenendo sul punto che, quando con motivi aggiunti si impugna un nuovo e autonomo

provvedimento, qual' è quello dell'escussione della cauzione, è necessario il rilascio di una nuova procura (Cons. di Stato, VI, n. 4440/2003); inoltre affermava che la notifica dei nuovi motivi aggiunti (avverso un atto diverso da quello impugnato col ricorso principale) sarebbe dovuta avvenire nel domicilio reale, non in quello eletto in quanto trattasi di questione nuova, specie per un ente che, diversamente dal privato, abbisogna di una delibera formale che lo autorizzi a resistere in giudizio.

Quanto all'appello incidentale dell'impresa ALFA, la stazione appaltante ne rileva l'irricevibilità per tardività, sostenendo che anche all'incameramento della cauzione si applica il rito abbreviato (120 giorni dal deposito della sentenza che è del 1.3.2005 e cioè con scadenza al 30 giugno 2005; l'appello è notificato il 7.9.2005); inoltre avrebbe dovuto essere un appello autonomo, omogeneo a quello di Ricorrente, proprio perché con esso si faceva valere un autonomo interesse, non dipendente dall'appello principale; ancora, il ricorso di ALFA sarebbe improponibile per violazione del ne bis in idem, perché quando un atto è impugnato da un'impresa partecipante all'ATI, l'impugnativa è dall'impresa svolta e coltivata nell'interesse dell'intera ATI.

Nel merito, ha sostenuto che la documentazione dell'esistenza di un sistema di qualità avviene attraverso un procedimento bifasico che consiste dapprima nell'accertamento del sistema da parte di un organismo accreditato diverso dalla SOA e poi nella sua menzione nell'attestazione SOA, ma sul piano sostanziale la certificazione di qualità è un requisito che attiene alla capacità tecnica dell'impresa partecipante alla **gara** (Cons. di Stato, VI, n. 6619/2003).

Per questo la Merloni (art. 8) prevede che le imprese in possesso del certificato di qualità possono prestare la cauzione in misura dimezzata, perché il sistema qualità è legato all'idoneità tecnica.

In ogni caso il bando prevedeva che la certificazione di qualità rientrasse tra i requisiti di capacità tecnica; il bando non ha creato una nuova sanzione, ma ha operato all'interno del potere della stazione appaltante di integrare i requisiti di partecipazione.

V. Con successive memorie le parti costituite hanno ulteriormente svolto le rispettive difese. All'udienza dell'11.11.2008 la causa è passata in decisione; nella stessa udienza è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza n. 671 del 2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La controversia ha ad oggetto l'esclusione da una **gara** e l'incameramento della cauzione provvisoria nei confronti di un'ATI che aveva partecipato alla procedura e nella quale una delle imprese partecipanti, l'impresa Ricorrente, era stata rinvenuta non in possesso del certificato di qualificazione, richiesto dal bando, alla data di presentazione della domanda.

La prima determinazione (esclusione dalla **gara**) è stata impugnata dalla sola impresa Ricorrente; la seconda determinazione (escussione della cauzione a danno dell'impresa ALFA, partecipante all'ATI) è stata impugnata da ambedue le imprese.

Il Tar ha respinto entrambi i ricorsi. La sentenza è stata appellata sia dall'impresa Ricorrente in toto che dall'impresa ALFA limitatamente alla escussione della cauzione.

2. Con riferimento al primo punto, l'appello è da respingere perché è pacifico che il bando richiedeva il "possesso" del certificato di qualità alla data della domanda (9 luglio 2003) e a quella data l'impresa Ricorrente ne era sfornita, né poteva, come vedremo, autodichiararne il possesso.

Va premesso che i requisiti di qualità e il connesso “sistema” come sovente definito non possono essere confusi con i requisiti di capacità tecnico-organizzativa e economico-finanziaria; i primi infatti attengono alla certificazione della “qualità” del processo produttivo e quindi dei prodotti, nel senso che la loro esistenza garantisce una realizzazione qualitativa di un determinato livello nell’esecuzione dell’intero rapporto (Cons. di Stato, VI, n. 6619 del 2003), gli altri sono considerati dalla giurisprudenza “di carattere speciale” (Cons. di Stato, VI, n. 5009 del 2006) e si riferiscono alla figura dell’imprenditore o dell’impresa in senso soggettivo.

Prova ne è che l’art. 8 della legge n. 109 del 1994, dopo aver affermato al primo comma che i soggetti esecutori di lavori pubblici devono “essere qualificati” e “improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza” e che “i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendale impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione...”, e dopo aver rinviato ad un regolamento la istituzione di un sistema di qualificazione “unico” per tutti gli esecutori di lavori pubblici (regolamento poi approvato con d.p.r. n. 34 del 2000), distingue, per l’attuazione del “sistema di qualificazione”, le certificazioni che devono essere rilasciate dagli organismi autorizzati ad attestare:

a) la certificazione di “sistema di qualità” conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 2000;

b) la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del “sistema di qualità”;

c) il possesso dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari...(questi ultimi, come si vedrà sono i requisiti definiti “speciali”).

Il regolamento poi (d.p.r. n. 34 del 2000), all’art. 4 precisa che la certificazione del “sistema di qualità” si riferisce agli aspetti “gestionali” dell’impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche; all’art. 17 elenca i requisiti d’ordine generale occorrenti per la qualificazione (cittadinanza, assenza di misure di prevenzione o di condanne, regolarità contributiva e fiscale, ed altro) e all’art. 18 disciplina i “requisiti di ordine speciale”, sempre occorrenti per la qualificazione, suddividendoli in adeguata capacità economica (referenze bancarie, cifra d’affari dei lavori svolti, capitale netto) e finanziaria, adeguata idoneità tecnica (direzione tecnica, staff tecnico, esecuzione di una percentuale dei lavori in ciascuna della categorie oggetto della richiesta), e organizzativa, adeguata dotazione di attrezzature tecniche, adeguato organico medio annuo.

Ciò che più conta è che l’ordinamento vuole evitare che i requisiti richiesti per partecipare ad una **gara** per l’affidamento di lavori pubblici vengano accertati di volta in volta, richiedendo invece che essi siano certificati da organismi a ciò abilitati.

Nel caso concreto il bando richiedeva, tra “le Condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione” che i concorrenti fossero, “a pena di esclusione”, in possesso dell’attestazione di qualificazione per categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere rilasciata, a norma del regolamento n. 34 del 2000, da SOA regolarmente autorizzata; tale attestazione era richiesta per ciascuna impresa anche in caso di raggruppamento.

Ancora il bando richiedeva, tra le “dichiarazioni per ciascuna impresa partecipante” (sempre a pena di esclusione), che l’impresa dichiarante fosse “in possesso della certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ed alla vigente normativa nazionale, ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, rilasciate dagli organismi accreditati...nonché di copia della lettera con la quale viene

richiesto...l'adeguamento dell'attestato di qualificazione...rilasciato alla sopravvenuta acquisizione ...della suddetta certificazione o dichiarazione”.

Ora è certo che al 9 luglio 2003 l'impresa Ricorrente non aveva né la certificazione, né la dichiarazione degli organismi accreditati, ma soltanto copia della lettera del 4 luglio 2003 con la quale essa richiedeva l'attestazione del sistema di qualità fino ad allora non posseduto; il certificato utile veniva rilasciato, ad istanza della stazione appaltante, soltanto il 23 luglio 2003 e quindi oltre la data di scadenza delle domande che era il 9 luglio 2003.

Ne deriva che l'esclusione dalla **gara** fosse un atto dovuto, non potendosi ritenere che la mera dichiarazione dell'impresa di aver richiesto l'attestazione possa legittimamente sostituire la documentazione richiesta, ma soprattutto possa essere ritenuta equipollente al “possesso” del requisito, peraltro non ancora cristallizzato in nessun documento o certificazione o attestazione ma semplicemente “autodichiarato”. Una cosa è l'autodichiarazione del possesso di un documento ed altra cosa è la dichiarazione di avere solo richiesto l'attestazione di un requisito non ancora posseduto.

Su questo punto, pertanto, l'appello principale è da respingere.

3. E' invece fondato l'appello principale nel punto in cui contesta l'avvenuto incameramento della cauzione a seguito dell'esclusione dalla **gara** dell'ATI tutta.

3.1 Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione formulata dalla stazione appaltante della inammissibilità dei motivi aggiunti in primo grado in quanto non preceduti da autonoma procura; con essi è stata impugnata l'escussione della cauzione successivamente intervenuta.

In primo luogo va rilevato che il mandato rilasciato al difensore col ricorso principale della soc. Ricorrente comprendeva espressamente “il potere di proporre motivi aggiunti”, il che conferma quanto osservato nella fase cautelare da questo giudice (Cons. di Stato, ord. n. 2912 del 2004) nel senso che la validità della procura va valutata “sulla base della formula usata in concreto nella procura medesima”.

In ogni caso è giurisprudenza prevalente che non occorre un nuovo mandato ad litem in caso di proposizione dei motivi aggiunti previsti dalla legge n. 205 del 2000, e cioè avverso un diverso atto della procedura che però sia connesso a quello impugnato in via principale, perché l'evoluzione che si è avuta in ordine alla nozione di oggetto del giudizio amministrativo – che non è più tanto quella che fa perno sull'impugnazione di uno specifico atto, ma quanto quella sulla “pretesa” fatta valere dal ricorrente intesa come prosecuzione processuale dell'interesse legittimo di cui afferma di essere titolare nell'ambito di una stessa vicenda contenziosa – consente di ammettere che il nuovo istituto (motivi aggiunti nuovi o impugnatori) è stato costruito per integrare le censure nei confronti degli altri atti sopravvenuti che incidono sulla stessa situazione soggettiva portata all'attenzione del giudice; e, non trattandosi di un ricorso “formalmente” autonomo (che è pur sempre possibile), il ricorrente non è tenuto a conferire un incarico ad hoc al proprio legale per estendere l'impugnazione agli atti connessi (Cons. di Stato, VI, n. 6990 del 2006; V, n. 213 del 2007 e 3717 del 2002).

Quanto precede serve anche a respingere l'ulteriore eccezione, che cioè la notifica dei motivi aggiunti doveva essere effettuata nel domicilio reale e non nel domicilio eletto, trattandosi di questione nuova. Esigenze di concentrazione delle impugnative riferite ad una stessa vicenda processuale consentono che la causa prosegua nel solco già avviato dal ricorso principale; né a ciò è di ostacolo la circostanza che un ente, evocato in giudizio, necessiti di una previa autorizzazione da parte dei propri organi, perché questa è una quaestio facti che non incide nel regime giuridico

delineato dalla nuova legge sul processo amministrativo (legge n. 205 del 2000), come interpretata dalla giurisprudenza.

3.2 Nel merito va osservato che la cauzione provvisoria, prima della legge n. 109 del 1994, serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto; con l'art. 10 della legge n. 109 cit. la previsione dell'incameramento della cauzione è stata estesa anche ai partecipanti alla **gara** diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà e dell'affidabilità delle offerte.

E' stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (Cons. di Stato, V, n. 2512 del 2003, n. 4789 del 2004). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prevede che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla **gara**, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

3.3 Ritiene il Collegio che tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve.

In altre parole, quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa, non del tutto in regola con i requisiti dal punto di vista meramente temporale, 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; tutto ciò non è stato denunciato nella presente fattispecie.

Ne deriva che, mentre si giustifica l'esclusione dell'impresa Ricorrente dalla **gara**, non altrimenti è legittima l'escussione della cauzione che, se pur richiesta all'impresa ALFA componente della stessa ATI, sarebbe stata comunque addebitabile alla violazione commessa dall'impresa Ricorrente: di qui l'interesse di quest'ultima di dolersi dell'incameramento, che avrebbe dovuto rifondere all'impresa in concreto escussa.

4. Nell'accoglimento dell'appello principale può ritenersi assorbito l'appello incidentale, in quanto diretto anch'esso avverso il capo di sentenza con il quale erano state respinte le impugnative contro l'incameramento della cauzione. Di esso deve quindi essere dichiarata l'improcedibilità, prescindendo dall'esame delle eccezioni proposte dalla stazione appaltante nella presente fase del giudizio.

In conseguenza, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di escussione della cauzione; questa, se (eventualmente) già incamerata, deve essere restituita al soggetto che in concreto l'ha prestata (l'impresa ALFA).

5. Deve, in ultimo, essere respinta la richiesta della Stazione appaltante della condanna, ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (applicabile pacificamente al giudizio amministrativo), dell'impresa Ricorrente per lite temeraria, perché il comportamento denunciato altro non è che espressione della difesa in giudizio delle proprie ragioni.

D'altra parte la liquidazione dei danni per responsabilità aggravata, ex art. 96 c.p.c., postula pur sempre la prova, gravante sulla parte che chiede il risarcimento, che la parte eventualmente soccombente abbia agito in giudizio con mala fede o colpa grave; elementi la cui prova non è stata raggiunta nella fattispecie.

6. Le spese processuali, in relazione alla parziale soccombenza, vanno integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie in parte l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale; spese compensate.

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

Così deciso in Roma, l'11 novembre 2008 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Luciano Barra Caracciolo Consigliere

Aldo Scola Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere

Marcella Colombati Consigliere est.

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere Segretario

Marcella Colombati Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..09/12/2008

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

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 5666/2005

FF