

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/07/2015

All'indirizzo <http://xn--responsabilit-1db.medica.diritto.it/docs/37147-escussione-cauzione-provvisoria-indipendentemente-condotta-dolosa-o-colposa-concorrente>

Autore: Lazzini Sonia

**escussione cauzione provvisoria indipendentemente
condotta dolosa o colposa concorrente**

la possibilità di incameramento della cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 (decisione numero 2638 del 26 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato del concorrente.

In conclusione – come del resto da ultimo confermato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2014 – il disposto di cui al secondo comma dell'art. 48 del codice dei contratti tutela in sé la certezza nella definizione della procedura concorsuale, alla cui violazione segue il regime sanzionatorio, indipendentemente dall'accertamento di una condotta dolosa o colposa del concorrente,

essendo una conseguenza del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (cfr., tra le tante, C.d.S., sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778; 18 aprile 2012, n. 2232; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; sez. III, n. 4773 del 2012; sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7263; 27 dicembre 2006, n. 7948, nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

N. 02638/2015REG.PROV.COLL.

N. 08415/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1.- La s.r.l. ricorrente veniva esclusa dalla gara bandita dal Comune di Rende per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori relativi all'intervento "*Parco Acquatico Sportivo S. Chiara ed opere per la mobilità sostenibile*", in quanto a seguito di verifica ex articolo 48 del codice dei contratti pubblici, era risultato che "Archicons s.r.l." - società di professionisti destinata ad assumere il ruolo di capogruppo del costituendo raggruppamento di professionisti designato dalla concorrente ai sensi dell'articolo 53, comma 3 del d. lgs. n. 163 del 2006 per la progettazione - non aveva prodotto la nota di deposito dei bilanci presso la CCIAA territorialmente competente e perché tutti i professionisti non avevano dimostrato di essere in possesso dei requisiti di capacità afferenti il numero medio annuo dei tecnici utilizzabili per l'espletamento del servizio.

2.- Il Dirigente dei Lavori Pubblici del Comune, essendo divenuta definitiva l'esclusione, non impugnata dalla società concorrente, con provvedimento del 16 luglio 2013, provvedeva all'escussione della polizza fideiussoria e alla trasmissione degli atti all'autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

3.- La s.r.l. ricorrente con ricorso al TAR Calabria n. 1062 del 2013, impugnava la suddetta nota del 16 luglio 2013, chiedendone l'annullamento per violazione e falsa applicazione dell'articolo 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, erroneità dell'istruttoria, violazione del giusto procedimento e omessa valutazione della responsabilità.

4.- Il TAR Calabria con la sentenza n. 1066 del 23 giugno 2014 respingeva il ricorso, richiamando l'orientamento giurisprudenziale prevalente sull'interpretazione dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici e sulla natura vincolata dei provvedimenti conseguenti alla verifica negativa dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico – organizzativa.

5.- ricorrente ha impugnato la suddetta sentenza, riproponendo in chiave critica i motivi dedotti con il ricorso di primo grado e deducendo l'erroneità della sentenza anche per carenza di motivazione.

Il Comune di Rende non si è costituito in giudizio.

Alla pubblica udienza del 20 gennaio 2015, il giudizio è stato assunto in decisione.

6.- L'appello è infondato e va respinto.

7.- La società appellante censura la sentenza impugnata sotto il profilo del difetto di motivazione della statuizione di rigetto della riproposta questione della esclusiva imputabilità al progettista dell'errore contestato dalla stazione appaltante, ribadendo che tale circostanza, pur legittimando l'adozione della misura espulsiva, non consente l'attivazione del sub procedimento ex articolo 48 del

codice dei contratti pubblici, esperibile esclusivamente in danno del concorrente in senso tecnico, mentre tale non sarebbe il progettista designato ai sensi dell'articolo 53 del codice dei contratti pubblici, rivestendo tale incarico solo la veste di collaboratore.

La censura è infondata.

7.1- Quanto al difetto di motivazione della sentenza impugnata, essa è adeguatamente motivata, atteso che nel rigettare il motivo di ricorso richiama e riporta precedenti giurisprudenziali che alla stregua dei principi desumibili dall'ordinamento processuale (cfr. articolo 74, c.p.a. in materia di sentenza in forma semplificata) ben possono integrare la motivazione della sentenza e il parere espresso dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici n. 5 del 21 maggio 2009, che affronta la specifica tematica della carenza dei requisiti in capo ai progettisti designati, facendone derivare tanto l'esclusione dalla gara, quanto l'escussione della **cauzione** provvisoria, qualsiasi sia la forma di partecipazione dei progettisti.

7.2- Nel merito, non può che condividersi quanto affermato dal TAR, peraltro conforme ad orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (cfr. Cons. Stato, sezione V n. 775 del 2014; 13 febbraio 2013, n. 857; sezione VI, n. 12 gennaio 2012, n. 178; sezione V, 20 ottobre 2010, n. 7581).

Invero, il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 grava su tutti gli operatori economici che partecipino a qualunque titolo a procedure di evidenza pubblica, anche a prescindere da qualsiasi prescrizione della *lex specialis* e anche sui progettisti designati ai sensi dell'articolo 53, comma 3 del codice dei contratti pubblici.

La fonte normativa è costituita sia dall'articolo 53, comma 3, che dalle norme dalla stessa disposizione richiamate, ovvero gli articoli 91 e 94 del d. lgs. n. 163 del 2006 e l'articolo 263 del d.p.r. n. 207 del 2010 che prescrivono che nell'appalto integrato i progettisti indicati, al pari di quelli associati, devono essere "qualificati" e come tali in possesso sia dei requisiti di ordine generale che di quelli di capacità tecnico professionale.

Questa interpretazione è anche in linea con quella dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (cfr. la determina n. 1 del 15 gennaio 2014 "*Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*", il cui punto 3, riferito alla "*Applicazione dell'art. 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione*" puntualizza "*..il progettista indicato dall'impresa, benché non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'amministrazione (una volta intervenuta l'aggiudicazione), in quanto è un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, rilascia in ogni caso una dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice)...di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta.., questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico – organizzativi ed economico – finanziari relativi alla progettazione, in quanto l'espressione "progettisti qualificati può interpretarsi solo in tal senso".*

8.- Così definita la questione giuridica sulla rilevanza del possesso dei requisiti di ordine generale, tecnico – organizzativi ed economico - finanziario da parte dei professionisti designati e della conseguente esclusione dalla gara dell'impresa concorrente che li abbia designati, l'incameramento della **cauzione** e la segnalazione all'Autorità si configurano come attività affatto vincolata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832 e 16 febbraio 2012, n. 810, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373).

Né potrebbe revocarsene in dubbio la piena legittimità in relazione alla carenza del requisito in capo al progettista, posto che sul concorrente grava onere di diligenza in ordine alla scelta del professionista e alla verifica dei requisiti di quest'ultimo, onde la sanzione si ricollega a fatto proprio colpevole (su tale profilo, e con riferimento al dovere di diligenza assunto dai concorrenti che "*...con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali hanno piena contezza...*" vedi Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232 e 10 settembre 2012, n. 4778; Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554; sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792).

Invero, la possibilità di incameramento della **cauzione** provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato del concorrente.

In conclusione – come del resto da ultimo confermato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2014 – il disposto di cui al secondo comma dell'art. 48 del codice dei contratti tutela in sé la certezza nella definizione della procedura concorsuale, alla cui violazione segue il regime sanzionatorio, indipendentemente dall'accertamento di una condotta dolosa o colposa del concorrente, essendo una conseguenza del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (cfr., tra le tante, C.d.S., sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778; 18 aprile 2012, n. 2232; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; sez. III, n. 4773 del 2012; sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7263; 27 dicembre 2006, n. 7948, nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

9-. L'appello in epigrafe deve essere, quindi, rigettato con la conseguente conferma della sentenza gravata, restando assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Nulla è dovuto per le spese di giudizio, non essendosi costituita in giudizio l'amministrazione intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **26/05/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)