

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 19/10/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37446-dopo-adunanza-plenaria-legittima-escussione-provvisoria-concorrente-durc-irregolare>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Dopo adunanza plenaria legittima escussione provvisoria  
concorrente durc irregolare**

si deve osservare che l'escussione della **cauzione** deriva dalla circostanza che, a fronte della dichiarazione della ricorrente, ai fini della partecipazione alla gara, di regolarità contributiva (v. doc. numero 4 della produzione del Consorzio ), gli accertamenti svolti presso gli istituti previdenziali hanno invece evidenziato tre DURC non regolari per mancato versamento di premi e contributi previdenziali (cfr. relazione del responsabile unico del procedimento in data 6 febbraio 2014, con allegate le copie dei DURC).

Sotto tale profilo, risulta irrilevante che nel provvedimento impugnato sia stato indicato l'articolo 49 n d. lgs.vo n. 163/06, che prevede l'esclusione del concorrente e l'escussione della **cauzione** provvisoria nel caso di mendace dichiarazione in ordine requisiti generali in materia di avvalimento, anziché l'articolo 48, co. 1, che si riferisce all'assenza dei requisiti speciali di partecipazione, risultando chiaro, dal tenore della nota, la motivazione a supporto dell'escussione della **cauzione**.

Sotto un secondo aspetto, il disciplinare di gara ha espressamente previsto l'escussione della **cauzione** provvisoria in caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali e nel caso di dichiarazione mendace (pagina 3 del disciplinare di gara).

Ebbene, come stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione del 10 dicembre 2014 numero 34), è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della **cauzione** provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 38 del codice dei contratti pubblici (al riguardo si fa rinvio all'ampia ricostruzione operata nella citata decisione).

Alla stregua di tale orientamento, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, il ricorso risulta infondato, atteso che, sulla base della disciplina di gara, coerente, come visto, con la norma primaria, l'Amministrazione resistente ha legittimamente escusso la **cauzione** a causa della mancata corrispondenza al vero di quanto dichiarato dalla società ricorrente in occasione della rappresentazione dei requisiti generali.

Il ricorso deve essere quindi respinto

passaggio tratto dalla decisione numero 1742 del 25 giugno 2015 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

.

a cura di Sonia Lazzini

N. 01742/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02230/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2230 del 2014, proposto da:

ricorrente Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Cacciatore, Riccardo Rotigliano e Domenico Cacciatore, con domicilio eletto presso l'avv. Ivan Randazzo in Catania, Via Nicola Coviello, 27;

contro

Consorzio di Bonifica n. 9 di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Maugeri, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, Via F. Crispi, 247;

nei confronti di

compagnia garante Ag., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio; per l'annullamento

- della nota prot. n. 3220 del 25 luglio 2014 con la quale il Consorzio di Bonifica n.9 di Catania ha escusso la garanzia provvisoria prodotta dalla ricorrente nell'ambito della gara pubblica avente ad oggetto l'appalto per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed adeguamento funzionale del canale Cavazzini 5° stralcio;

- di ogni altro atto connesso e/o comunque consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica N. 9 di Catania;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara avente ad oggetto l'appalto per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed adeguamento funzionale del canale Cavazzini, 5° stralcio, lotto A", bandito dal Consorzio resistente.

Nel corso della seduta del 3/3/14, la Commissione di Gara, rilevato che in sede di verifica della regolarità contributiva dell'Impresa ricorrente Costruzioni s.r.l. era emersa, alla data di scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, l'irregolarità del DURC per importo superiore a 100,00 euro, decideva di escludere dalla gara la ricorrente per difetto del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, co. 1, lett. i), d. lgs.vo n. 163/06.

Con il provvedimento impugnato (nota prot. n. 3220 del 25 luglio 2014), il Consorzio provvedeva ad escutere la garanzia provvisoria.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società ricorrente lamenta, da un canto, che la norma (art. 49, co. 3 d. lgs.vo n. 163/06) citata dall'Amministrazione nel provvedimento gravato si riferisce al caso dell'avvalimento, e dunque è estranea al caso della ricorrente; sotto un secondo profilo, ai sensi dell'art. 48, co. 1, d. lgs.vo n. 163/06, l'escussione della garanzia provvisoria ex art. 75 d. lgs.vo cit. non consegue a qualunque dichiarazione non veritiera resa dal concorrente, ed in particolare non può trovare applicazione all'ipotesi della falsa dichiarazione riguardo un requisito di ordine generale, quale quello in esame.

Il Collegio ritiene di dover motivatamente rivedere l'orientamento espresso in sede cautelare (ordinanza numero 698/2014 del 10 ottobre 2014, riformata in appello dall'ordinanza numero 32/2015 del C.G.A. Reg. Sic.na).

Sotto un primo profilo, si deve osservare che l'escussione della **cauzione** deriva dalla circostanza che, a fronte della dichiarazione della ricorrente, ai fini della partecipazione alla gara, di regolarità contributiva (v. doc. numero 4 della produzione del Consorzio), gli accertamenti svolti presso gli istituti previdenziali hanno invece evidenziato tre DURC non regolari per mancato versamento di premi e contributi previdenziali (cfr. relazione del responsabile unico del procedimento in data 6 febbraio 2014, con allegate le copie dei DURC).

Sotto tale profilo, risulta irrilevante che nel provvedimento impugnato sia stato indicato l'articolo 49 n. d. lgs.vo n. 163/06, che prevede l'esclusione del concorrente e l'escussione della **cauzione** provvisoria nel caso di mendace dichiarazione in ordine requisiti generali in materia di avvalimento,

anziché l'articolo 48, co. 1, che si riferisce all'assenza dei requisiti speciali di partecipazione, risultando chiaro, dal tenore della nota, la motivazione a supporto dell'escussione della **cauzione**.

Sotto un secondo aspetto, il disciplinare di gara ha espressamente previsto l'escussione della **cauzione** provvisoria in caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali e nel caso di dichiarazione mendace (pagina 3 del disciplinare di gara).

Ebbene, come stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione del 10 dicembre 2014 numero 34), è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della **cauzione** provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 38 del codice dei contratti pubblici (al riguardo si fa rinvio all'ampia ricostruzione operata nella citata decisione).

Alla stregua di tale orientamento, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, il ricorso risulta infondato, atteso che, sulla base della disciplina di gara, coerente, come visto, con la norma primaria, l'Amministrazione resistente ha legittimamente escusso la **cauzione** a causa della mancata corrispondenza al vero di quanto dichiarato dalla società ricorrente in occasione della rappresentazione dei requisiti generali.

Il ricorso deve essere quindi respinto.

Sussistono i presupposti di legge per disporre la compensazione delle spese di giudizio a causa del contrasto in giurisprudenza fino alla decisione della Plenaria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Eleonora Monica, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **25/06/2015**

IL SEGRETARIO

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