

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/05/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38236-omessa-tempestiva-impugnazione-esclusione-determina-tardivit-impugnativa-escussione-cauzione>

Autore: Lazzini Sonia

**Omessa tempestiva impugnazione esclusione determina
tardività impugnativa escussione cauzione**

Consiglio di Stato decisione numero 694 del 19 febbraio 2016

Costituisce circostanza non contestata dalla stessa appellante che ricorrente s.p.a. non abbia impugnato il provvedimento recante la sua esclusione dalla gara, mentre nel presente giudizio essa ha inteso contestare l'incameramento della cauzione provvisoria non per vizi propri di questa, ma per la dedotta illegittimità delle ragioni poste a fondamento dell'esclusione.

SONIA LAZZINI

Il ricorso, articolato su quattro censure miranti a contestare, nel merito, le ragioni dell'esclusione (oltre che le previsioni escludenti del bando), è però tardivo, perché, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, l'incameramento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/2006, è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione e, come tale, non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni meramente formali o sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 26.6.2015, n. 3225).

L'omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione, contenente tali ragioni, determina, perciò, anche la tardività dell'impugnativa del provvedimento di esclusione della cauzione, che si configura come atto dovuto (v., in questo senso, anche Cons. St., sez. VI, 14.6.2006, n. 3500), ferma restando, ovviamente, l'impugnabilità dell'esclusione per vizi propri, qui tuttavia non dedotti.

Non è perciò condivisibile l'assunto dell'appellante, secondo cui il ricorso sarebbe tempestivo ed ammissibile perché essa non intenderebbe porre in discussione la sua esclusione dalla gara, ma solo le ragioni di esclusione, per i più limitati effetti che si riverberano sull'incasso della cauzione, tempestivamente impugnato.

Proprio la circostanza che la cauzione sia conseguenza automatica dell'esclusione e, dunque, atto dovuto fa sì, infatti, che il provvedimento di esclusione debba essere

immediatamente impugnato, non potendo l'impresa esclusa rimetterne in discussione le ragioni, senza impugnarlo tempestivamente, poiché la mancata impugnazione dell'esclusione la rende incontestabile né il successivo incameramento della cauzione provvisoria, atto dovuto, può rimettere in termini la parte che non abbia mostrato alcun interesse a contestare le ragioni dell'esclusione con una tempestiva impugnazione di questa.

Ne segue che, non avendo ricorrente s.p.a. impugnato tempestivamente il provvedimento di esclusione, il suo ricorso è inammissibile, prima ancora che peraltro infondato, nel merito, per le ragioni esposte dal giudice di primo grado, che vanno esenti dalle censure qui proposte, per avere la sentenza impugnata correttamente ritenuto che ricorrente s.p.a. non avesse prodotto – peraltro, si aggiunga, nel termine perentorio di cui all'art. 48, comma 1, del d. lgs. 163/2006 – documentazione sufficiente a comprovare l'integrale esecuzione di due contratti o comunque di due rapporti negoziali unitariamente considerabili, aventi ad oggetto l'espletamento di servizi della stessa tipologia (manovalanza e trasporto leggero) dei lotti ai quali ha inteso partecipare, e per un importo pari alla somma degli importi richiesti per gli stessi, come richiesto dal par. III.2.3. del bando con una previsione, sul piano tecnico, ragionevole, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, e niente affatto contraria al canone di proporzionalità o eccessivamente limitativa della concorrenza

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 694 del 19 febbraio 2016

N. 00694/2016REG.PROV.COLL.

N. 08712/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. ricorrente s.p.a., odierna appellante, ha partecipato alla procedura aperta n. 5376169, indetta da RAI s.p.a. con bando pubblicato sulla G.U.U.E. n. S250/2013 del 27.12.2013 per l'affidamento del servizio di manovalanza e di trasporto dei materiali utilizzati per la produzione televisiva presso il Centro di Produzione TV di Roma della RAI, relativamente ai lotti n. 1, n. 2, n. 3, n. 4 e n. 5.

1.1. Con avviso di procedimento n. AS/A/2014 del 26.2.2014 RAI s.p.a. ha invitato ricorrente s.p.a., ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/2006, a comprovare il possesso dei requisiti di capacità speciale e, in particolare, quello previsto dal par. III.3.2. del bando, e cioè l'aver eseguito integralmente, negli ultimi tre anni precedenti la data di pubblicazione del bando di **gara**, almeno due contratti, affidati da altrettanti committenti tra loro diversi, aventi ad oggetto l'espletamento di servizi della stessa tipologia del lotto al quale si intendeva partecipare, in favore di pubbliche amministrazioni, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche o private, ciascuno per un valore non inferiore a quello specificamente indicato per ogni singolo lotto.

1.2. Con provvedimento del 7.4.2014, tuttavia, RAI s.p.a., non ritenendo sufficiente la documentazione prodotta dall'impresa, ha disposto l'esclusione di ricorrente s.p.a. dalla **gara** relativamente a tutti i lotti per i quali essa aveva partecipato.

1.3. Successivamente, con nota FP/F/4027 del 12.8.2014 indirizzata alla compagnia di assicurazioni controinteressata s.p.a. e, per conoscenza, anche a ricorrente s.p.a., RAI s.p.a. ha chiesto alla garante il versamento della somma complessiva di € 223.806,05, a titolo di cauzione provvisoria.

2. Contro tale provvedimento nonché gli atti presupposti (bando di **gara** e provvedimento di esclusione) ricorrente s.p.a., che contemporaneamente ha proposto anche domanda cautelare ex art 700 c.p.c. avanti al giudice ordinario (dichiaratosi carente di giurisdizione con ordinanza confermata in sede di reclamo dal Tribunale di Roma) per inibire l'escussione della garanzia, è insorta avanti al T.A.R. Lazio per chiederne l'annullamento e, se del caso, anche il risarcimento del danno, ove nelle more fosse intervenuto il pagamento da parte della garante e la rivalsa di questo nei confronti di ricorrente s.p.a.

2.1. Nel giudizio di primo grado si è costituita RAI s.p.a., domandando di dichiarare inammissibile, per mancata tempestiva impugnazione dell'esclusione, e comunque nel merito di respingere il ricorso e si è costituita, altresì, controinteressata s.p.a., chiedendo, invece, l'accoglimento del ricorso.

2.2. Il T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 8140 dell'8.6.2015, ha respinto nel merito il ricorso, con assorbimento dell'eccezione preliminare relativa alla sua inammissibilità per mancata impugnazione dell'esclusione.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello ricorrente s.p.a., deducendo tre motivi di censura, e ne ha chiesto la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

3.1. Si è costituita RAI s.p.a., riproponendo l'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso, già proposta in prime cure, e comunque per sostenere l'infondatezza del gravame in tutti i suoi tre motivi.

3.2. Si è anche costituita controinteressata s.p.a., affermandosi terza rispetto al presente giudizio, e ha chiesto di essere manlevata dalle spese del giudizio, da porsi a carico della parte soccombente.

3.3. Nella pubblica udienza del 4.2.2016 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello di ricorrente s.p.a. è infondato e deve essere respinto.

4.1. Ritiene il Collegio che sia dirimente l'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso proposta da RAI nel giudizio di primo grado, assorbita dal primo giudice ed espressamente riproposta nella propria memoria difensiva (pp. 8-10) dall'odierna appellata.

4.2. Costituisce circostanza non contestata dalla stessa appellante che ricorrente s.p.a. non abbia impugnato il provvedimento AS/A/1233 del 7.4.2014, recante la sua esclusione dalla **gara**, mentre nel presente giudizio essa ha inteso contestare l'incameramento della cauzione provvisoria non per vizi propri di questa, ma per la dedotta illegittimità delle ragioni poste a fondamento dell'esclusione.

4.3. Il ricorso, articolato su quattro censure miranti a contestare, nel merito, le ragioni dell'esclusione (oltre che le previsioni escludenti del bando), è però tardivo, perché, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, l'incameramento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/2006, è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione e, come tale, non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni meramente formali o sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 26.6.2015, n. 3225).

4.4. L'omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione, contenente tali ragioni, determina, perciò, anche la tardività dell'impugnativa del provvedimento di esclusione della cauzione, che si configura come atto dovuto (v., in questo senso, anche Cons. St., sez. VI, 14.6.2006, n. 3500), ferma restando, ovviamente, l'impugnabilità dell'escussione per vizi propri, qui tuttavia non dedotti.

4.5. Non è perciò condivisibile l'assunto dell'appellante (p. 4 della memoria di replica depositata il 22.1.2016), secondo cui il ricorso sarebbe tempestivo ed ammissibile perché essa non intenderebbe porre in discussione la sua esclusione dalla **gara**, ma solo le ragioni di esclusione, per i più limitati effetti che si riverberano sull'incasso della cauzione, tempestivamente impugnato.

4.6. Proprio la circostanza che la cauzione sia conseguenza automatica dell'esclusione e, dunque, atto dovuto fa sì, infatti, che il provvedimento di esclusione debba essere immediatamente impugnato, non potendo l'impresa esclusa rimetterne in discussione le ragioni, senza impugnarlo tempestivamente, poiché la mancata impugnazione dell'esclusione la rende incontestabile né il successivo incameramento della cauzione provvisoria, atto dovuto, può rimettere in termini la parte che non abbia mostrato alcun interesse a contestare le ragioni dell'esclusione con una tempestiva impugnazione di questa.

4.7. Ne segue che, non avendo ricorrente s.p.a. impugnato tempestivamente il provvedimento di esclusione, il suo ricorso è inammissibile, prima ancora che peraltro infondato, nel merito, per le ragioni esposte dal giudice di primo grado, che vanno esenti dalle censure qui proposte, per avere la sentenza impugnata correttamente ritenuto che ricorrente s.p.a. non avesse prodotto – peraltro, si aggiunga, nel termine perentorio di cui all'art. 48, comma 1, del d. lgs. 163/2006 – documentazione sufficiente a comprovare l'integrale esecuzione di due contratti o comunque di due rapporti negoziali unitariamente considerabili, aventi ad oggetto l'espletamento di servizi della stessa tipologia (manovalanza e trasporto leggero) dei lotti ai quali ha inteso partecipare, e per un importo pari alla somma degli importi richiesti per gli stessi, come richiesto dal par. III.2.3. del bando con

una previsione, sul piano tecnico, ragionevole, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, e niente affatto contraria al canone di proporzionalità o eccessivamente limitativa della concorrenza.

4.8. Tutte le quattro censure qui riproposte, deve qui rilevarsi solo ad abundantiam, sono dunque prive di fondamento, al di là della loro inammissibilità per le ragioni sopra viste.

5. L'appello, quindi, è infondato e la sentenza impugnata, seppure con le precisazioni esposte, merita conferma.

6. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza di ricorrente s.p.a. – a cui carico rimane anche definitivamente il contributo unificato anticipato per la proposizione dell'appello – nei confronti dell'appellata RAI s.p.a.

7. Devono invece essere compensate le spese del presente grado di giudizio tra l'appellante e controinteressata s.p.a., poiché quest'ultima, alla quale il gravame è stato pur doverosamente notificato in quanto parte del giudizio di primo grado, si è spontaneamente costituita in questo giudizio, pur non essendovi tenuta, e non ha comunque assunto alcuna posizione difensiva in ordine alle censure di ricorrente s.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna ricorrente s.p.a. a rifondere in favore di RAI – Radiotelevisione s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 4.000,00, oltre accessori (IVA, CPA e spese generali) come per legge.

Compensa interamente tra ricorrente s.p.a. e controinteressata s.p.a. le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2016

IL SEGRETARIO

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