

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/06/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38394-legittima-escussione-garanzia-provvisoria-anche-imprese-non-aggiudicatarie-ma-solo-concorrenti-ex-art-38>

Autore: Lazzini Sonia

Legittima escussione garanzia provvisoria anche imprese non aggiudicatarie ma solo concorrenti ex art 38

Consiglio di Stato decisione numero 775 del 25 febbraio 2016

legittima la clausola che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatariе, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006

SONIA LAZZINI

In senso diverso rispetto alla tesi più restrittiva, si era già espressa la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, affermando, sia pure in un contesto più ampio, dedicato in modo centrale alla questione della gravità delle irregolarità contributive, che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria (che discende direttamente dall'art. 75 codice contratti pubblici) 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 codice citato.

La affermazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, nel senso sopra riportato, costituisce oramai un dato acquisito della giurisprudenza di secondo grado (Consiglio di Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n. 5283).

Al riguardo, con sentenza della Adunanza Plenaria 10 dicembre 2014, n. 34 è stato anche affermato che - oltre ad una lettura evolutiva dell'art. 75 nel senso sopra riportato di far riferimento anche ai concorrenti e non solo all'aggiudicatario e non solo ai requisiti speciali di cui all'art. 48 ma anche ai requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 - porta e concludere nel senso sopra sostenuto anche la previsione contenuta nell'art. 49 del medesimo d. lgs., che, sia pure nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, ma con valenza sistematica (ai sensi degli articoli 1362 e seguenti codice civile) dal punto di vista interpretativo, al comma 3, prevede che "nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente (non già il solo aggiudicatario) e escute la garanzia".

Aggiungasi che con detta sentenza della Adunanza Plenaria n. 34 del 2014 è stata ritenuta legittima pure 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 aggiudicatariе, ma solo concorrenti, in

caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3856).

Tanto premesso, va rilevato che nel caso che occupa il patto di integrità allegato al contratto e sottoscritto dalla concorrente prevedeva espressamente che, in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, avrebbe potuto essere applicata, tra l'altro, la sanzione della escussione della cauzione di validità dell'offerta, sicché, in linea con la ormai prevalente giurisprudenza, la segnalazione all'Autorità è stata legittimamente effettuata a seguito di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792; sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554; A.P. 4 maggio 2012, n. 8; sez. IV 22 dicembre 2014 n. 6302; sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1321); detta soluzione trova conferma nel nuovo regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema S.O.A., sia per le altre imprese, menziona i provvedimenti di esclusione dalle gare (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210).

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 775 del 25 febbraio 2016

N. 00775/2016REG.PROV.COLL.

N. 01407/2013 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.- Con ricorso al T.A.R. Lombardia, Milano, la controinteressata Costruzioni s.r.l. ha impugnato la comunicazione del 4 dicembre 2007 del Direttore del Settore gare e contratti del Comune di Milano (con cui le era stato comunicato l'annullamento della aggiudicazione provvisoria dei lavori

di risanamento della copertura in cemento-amianto, sostituzione serramenti, risanamento ambientale interno ed abbattimento delle barriere architettoniche della scuola elementare C.E.P. di Via Decorati al Valore civile n. 10 e la contestuale esclusione dalla **gara**; ciò dopo aver accertato, a carico del direttore tecnico una condanna per i reati di violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e di lesioni personali colpose gravi), nonché il verbale di **gara** del 30 novembre 2007 (con il quale, oltre all'annullamento della aggiudicazione provvisoria ed a detta esclusione, era stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria e dichiarata l'aggiudicazione provvisoria in favore della società controinteressata 2 . s.r.l.); inoltre ha impugnato il patto di integrità allegato al bando e gli atti connessi, comprese la segnalazione dell'esclusione all'A.V.C.P. e la richiesta di annotazione del provvedimento sul casellario informatico.

2.- Il T.A.R., con la sentenza in epigrafe indicata, ha ritenuto il ricorso ammissibile, lo ha respinto in parte e lo accolto solo limitatamente all'impugnazione del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione dell'esclusione all'A.V.C.P. per l'inserimento nel casellario informatico, ferma restando la potestà del Comune di disporre la rinnovazione del procedimento, con assicurazione alla ricorrente dei diritti e delle garanzie di partecipazione previsti dalla l. n. 241 del 1990.

3.- Il Comune di Milano, con il ricorso in appello in esame, ha impugnato detta sentenza nella parte in cui con la stessa è stato accolto il ricorso di primo grado, limitatamente all'impugnazione del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione dell'esclusione della società ricorrente all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'inserimento nel casellario informatico, deducendo i seguenti motivi:

a) Erroneità, violazione di legge, contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha ritenuto rilevante, con motivazione che sarebbe ingiusta ed insufficiente, la buona fede della concorrente, valutata dalla stazione appaltante al fine di precludere l'escussione della polizza fideiussoria.

Sarebbe privo di fondamento l'assunto, che il T.A.R. ha posto a base della impugnata decisione, che il Comune aveva rilevato, nei confronti della società ricorrente, un comportamento improntato a buona fede e che l'assenza di antiggiuridicità della condotta di **gara** tenuta dalla deducente fungeva da esimente ai fini dell'applicazione di provvedimenti impugnati. Invero il Presidente della commissione di **gara** avrebbe accolto la giustificazione fornita dalla controinteressata Costruzioni s.r.l. in merito alla mancata conoscenza del passaggio in giudicato della sentenza della Corte d'Appello di Palermo, di condanna del signor controinteressato Gaetano per il reato di violazione delle norme sugli infortuni e di lesioni colpose gravi, solo al fine di escludere l'esistenza di una falsa dichiarazione, ma tale stato soggettivo non sarebbe stato idoneo a produrre ulteriori effetti giuridici, come quello di impedire la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e l'escussione della cauzione provvisoria, che si fonderebbero su presupposti diversi.

I provvedimenti di segnalazione e di escussione di cui trattasi troverebbero invero il proprio fondamento nell'art. 75, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006 (che non fa menzione dell'elemento della colpa) e nella lex specialis.

Inoltre il primo giudice si sarebbe contraddetto perché, nella parte in cui ha confermato i provvedimenti di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e di esclusione, aveva precisato che la buona fede rilevata deponeva quale accertamento negativo dell'elemento psicologico solo al fine di escludere la responsabilità penale connessa alla prestazione di una falsa dichiarazione, ma aggiungendo che essa non poteva rilevare con riguardo ai profili giuridici sostanziali che regolano

la legittimità della procedura di affidamento (che comprenderebbero anche la segnalazione e l'escussione di cui trattasi).

La condotta di **gara** della s.r.l. controinteressata Costruzioni avrebbe assunto carattere antigiusdico nel momento in cui, dichiarando di possedere tutti i requisiti di ordine generale di partecipazione, avrebbe violato l'art. 38, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 163 del 2006.

b) Erroneità, violazione di legge, contraddittorietà della sentenza nella parte in cui, con motivazione assuntamente ingiusta ed insufficiente, avrebbe richiamato un orientamento giurisprudenziale non pertinente, al fine di dichiarare l'illegittimità del provvedimento di escussione della polizza fideiussoria.

Il T.A.R. ha ritenuto condivisibile in materia la giurisprudenza della sesta Sezione del Consiglio di Stato, più garantista di quella citata dalla difesa del Comune. Che aveva richiamato innanzi tutto la decisione della A.P. n. 8 del 2008 (secondo cui la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma del d. lgs. n. 163 del 2006, anche in difetto di requisiti generali) e l'orientamento di tutte le Sezioni del Consiglio di Stato, secondo le quali il fondamento dell'incameramento in questione è da rinvenire in detta norma, che non può essere interpretata in senso restrittivo, e non nell'art. 48, di natura speciale, del d. lgs. n. 163 del 2006.

Il T.A.R. avrebbe poi citato, a fondamento dell'assunta decisione, tre sentenze non pertinenti al caso di specie.

c) Erroneità, violazione di legge, violazione e falsa applicazione degli articoli 253 e 257 del d. lgs. n. 163 del 2006. Contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha, con motivazione che sarebbe ingiusta ed insufficiente, ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 10, comma 1, quater, della l. n. 109 del 1994, anziché le disposizioni contenute in detto d.lgs.

Sarebbe infondato l'assunto del T.A.R. che l'art. 10, comma 1 quater, della l. n. 109 del 1994 sarebbe stato applicabile, *ratione temporis*, ai fatti di causa, essendo la fattispecie disciplinata dal d. lgs. n. 163 del 2006, il cui art. 253, primo comma, dispone che esso si applica ai bandi di **gara** pubblicati prima della sua entrata in vigore, avvenuta il 2 maggio 2006, ed essendo stato pubblicato il bando della **gara** di cui trattasi in data 26 luglio 2006.

d) Erroneità, violazione di legge, contraddittorietà della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto, con motivazione che sarebbe ingiusta ed insufficiente, che i reati oggetto delle condanne riportate dal direttore tecnico della società fossero rilevanti al fine di precludere l'escussione della polizza fideiussoria.

Sarebbe priva di fondamento giuridico la tesi del T.A.R. che i reati commessi dal direttore tecnico e cessato amministratore della società, anche se idonei ad inficiare il rapporto fiduciario con la s.a., non fossero tuttavia tali da giustificare, in applicazione del principio di proporzionalità, sanzioni ulteriori all'esclusione dalla **gara**.

La gravità dei reati commessi non sarebbe infatti idonea a produrre effetti giuridici ulteriori rispetto alla espulsione dalla **gara**, atteso che i provvedimenti di segnalazione all'Autorità di Vigilanza e di escussione della cauzione provvisoria troverebbero fondamento, nell'ipotesi che il concorrente aggiudicatario risulti privo dei requisiti di carattere generale, nell'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006, e, nel caso di specie, nella *lex specialis*. Comunque i reati in questione sarebbero stati di gravità tale da giustificare l'adozione di provvedimenti ulteriori rispetto all'esclusione dalla **gara** e all'aggiudicazione provvisoria.

e) Erroneità, violazione di legge, contraddittorietà della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto, con motivazione assuntamente ingiusta ed insufficiente, che la stazione appaltante abbia proceduto all'escussione della polizza fideiussoria senza esercitare il potere discrezionale attribuitole dalla lex specialis.

Secondo il T.A.R. l'Amministrazione non aveva esercitato la discrezionalità di apprezzamento e graduazione delle determinazioni conseguenti al mancato rispetto degli impegni assunti dai concorrenti con la partecipazione alla procedura di **gara**, che il patto di integrità le aveva attribuito, con illegittimità del provvedimento di incameramento della cauzione disposto dal direttore del settore comunale competente in acritica adesione alla valutazione del presidente della commissione.

Ma la tesi sarebbe erronea perché la stazione appaltante, a seguito della riscontrata assenza dei requisiti di ordine generale, avrebbe in realtà esercitato il potere attribuitole dalla lex specialis (di apprezzamento e graduazione dei provvedimenti conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione ed all'esclusione) disponendo l'escussione, senza adottare le ulteriori determinazioni (pure autorizzate dalla lex specialis), come l'esclusione dalle gare per cinque anni e la richiesta di risarcimento del danno nella misura dell'1% del contratto.

Comunque, con la comunicazione del 4 dicembre 2007, il direttore del settore gare e contratti del Comune, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di primo grado, non aveva disposto l'incameramento della cauzione, che era stato già adottato nel corso della seduta di **gara** del 30 novembre 2007, e sarebbe indivisibile la tesi del T.A.R. che esso direttore avesse acriticamente aderito alla valutazione del presidente della commissione (considerato anche che il dirigente ed il presidente in questione erano la stessa persona) dal momento che la motivazione del provvedimento di escussione della garanzia era dettagliatamente enunciata nel verbale di **gara** del 30 novembre 2007, con richiamo all'allegata istruttoria in cui erano più puntualmente esplicitate le ragioni dell'esclusione e dell'escussione (adottata in ragione dell'esame complessivo delle circostanze emerse in sede di **gara** e non solo in considerazione della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 8 febbraio 2005, n. 341).

f) Erroneità, violazione di legge, violazione e falsa applicazione dell'art. 112 del c.p.c.. Contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha reputato, con motivazione che sarebbe ingiusta ed insufficiente, che la stazione appaltante non avesse fornito alla società le garanzie partecipative al procedimento volto all'escussione della polizza fideiussoria e alla segnalazione all'Autorità per la Vigilanza.

Il T.A.R., estrapolando passaggi della decisione dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 8 del 2012, ha affermato che la stazione appaltante avrebbe dovuto garantire alla società di cui trattasi la partecipazione al procedimento per la segnalazione dei provvedimenti di esclusione e di annullamento all'Autorità di Vigilanza, ma la conclusione sarebbe inammissibile ed infondata.

La società non avrebbe infatti formulato in primo grado alcuna censura in ordine alla assenza di garanzie partecipative per l'escussione e la segnalazione di cui trattasi, sicché il T.A.R. avrebbe violato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 del c.p.c..

Inoltre dalla completa lettura della decisione suddetta si evincerebbe che essa ha affermato il principio che le garanzie partecipative sono dovute all'interessato in relazione al procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza e non, anche, in relazione alla segnalazione all'Autorità stessa.

Comunque l'esclusione di una concorrente da una **gara** e l'applicazione dei provvedimenti

conseguenti costituirebbero una fase interna della procedura di **gara** instaurata con la domanda di partecipazione e quindi conclusivi di un sub procedimento che si inserisce in quello di **gara**, sicché non dovrebbero essere preceduti dall'avviso dell'avvio del procedimento.

Le garanzie partecipative, anche se non dovute, sarebbero in ogni caso state assicurate alla società di cui trattasi, sia in quanto, in data 18 ottobre 2007, sarebbe stata inviata comunicazione di avvio del procedimento circa la sussistenza di false dichiarazioni in merito ai requisiti di partecipazione e sia in quanto, con lettera del 4 dicembre 2007, sarebbe stata comunicata l'adozione dei provvedimenti di esclusione e di annullamento dell'aggiudicazione, unitamente all'avvertenza che sarebbero stati comunicati all'Autorità di vigilanza.

Peraltro, secondo la giurisprudenza, la comunicazione del provvedimento di esclusione costituirebbe l'equipollente dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico, che conseguirebbe ex lege.

g) Erroneità, violazione di legge, contraddittorietà della sentenza nella parte in cui ha reputato, con motivazione assuntamente ingiusta ed insufficiente, che la *lex specialis* di **gara** non prevedeva, in caso di accertata mancanza dei requisiti, l'escussione della polizza fideiussoria.

La tesi del primo giudice, che la *lex specialis* non conteneva alcuna menzione dell'escussione della cauzione, sarebbe infondata e frutto di contraddizione perché il Tribunale aveva asserito che il patto di integrità (censurato sul punto dalla ricorrente) prevedeva tra i provvedimenti conseguenti al mancato rispetto degli impegni assunti dai concorrenti l'escussione della cauzione di validità dell'offerta.

4.- Con ordinanza 25 marzo 2013, n. 1098 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata limitatamente alla parte in cui ha annullato il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria.

5.- Con memoria depositata il 4 giugno 2015 il Comune appellante ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

6.- Con ordinanza 22 settembre 2015 n. 4420 la Sezione, considerato che non risultava depositato in atti l'originale dell'avviso di ricevimento della notifica dell'appello in esame alla controinteressata Costruzioni s.r.l., ha ritenuto opportuno, ai fini della completezza istruttoria, acquisire, da parte del Comune di Milano, la seguente documentazione ritenuta rilevante ai fini del decidere:

a) Originale dell'avviso di ricevimento della notifica del ricorso in appello in esame alla controinteressata Costruzioni s.r.l.;

b) In difetto, relazione da parte del competente Ufficio Postale attestante che il duplicato sopra richiamato, sia relativo all'originale dell'avviso di ricevimento (del quale risulta essere stata depositata solo copia), considerato che non tutti i dati riportati nei due atti coincidono (in particolare nella copia dell'avviso di ricevimento depositata il 20 marzo 2013 l'atto risulta spedito con raccomandata 76561112570-9 "A.G. n. 76545890771-2", mentre nel "duplicato" depositato il 27 maggio 2015 l'atto risulta spedito con raccomandata 76561112570-9 "A.G. n. 76605672855-3").

7.- In data 21 ottobre 2015 la parte appellante ha depositato in giudizio la richiesta relazione.

8.- Alla pubblica udienza del 17 novembre 2015 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte appellante, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

9.- Preliminarmente deve dare atto il Collegio che, con la relazione del 20 ottobre 2015 del Servizio

postale, depositata in giudizio in data 21 ottobre in esecuzione di ordinanza istruttoria della Sezione, è stato attestato che il duplicato della cartolina di ricevimento della notifica del ricorso in appello in esame alla controinteressata Costruzioni s.r.l. è stato emesso in data 22 marzo 2013, confermando che la raccomandata A.G. del 13 febbraio 213, accettata con atto n. 76561112570-9, risultava consegnata al portalelettere del Centro di Monza in data 21 febbraio 2013, a firma del domiciliatario avvocato Ivana De Gregorio. Per quanto riguarda la discordanza rilevata sulla cartolina originale n. 76545890771-2 con la cartolina duplicato n. 76605672855-3, è stato evidenziato che le cartoline di ricevimento relative agli atti giudiziari sono tutte codificate con una numerazione in sede di stampa perché nella fase di restituzione al mittente vengono registrate, in quanto raccomandate, nel sistema di tracciatura elettronica di Poste Italiane, sicché, in caso di emissione di un duplicato di cartolina di ricevimento verde, viene usata un'altra cartolina verde avente necessariamente altra numerazione.

Quindi nel caso di specie la cartolina duplicato va intesa nel senso di conferma dell'avvenuta consegna in data 21 febbraio 2013 della raccomandata A.G. n. 76561112570-9.

Tenuto conto di quanto asserito in detta relazione può quindi ritenersi accertata la valida costituzione del rapporto processuale.

10.- Nel merito l'appello è fondato.

11.- Va preliminarmente osservato che con la sentenza impugnata, dopo che è stata respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso e respinti i motivi volti all'annullamento della disposta esclusione dalla **gara** de qua della controinteressata Costruzioni s.r.l., sono state ritenute fondate le censure volte all'annullamento delle preannunciate escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici del provvedimento di esclusione.

11.1.- Quanto alla preannunciata escussione, il T.A.R. ha ritenuto di andare di contrario avviso rispetto all'orientamento giurisprudenziale seguito dalla stazione appaltante (secondo il quale l'escussione è conseguenza automatica dell'inadempimento trovando fondamento nella violazione del patto di integrità), assumendo che la s.a. aveva rilevato un comportamento improntato a buona fede della società e che ciò potesse fungere da esimente ai fini dell'applicazione dei provvedimenti in questione in quanto l'interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater della l. n. 109 del 1994, applicabile *ratione temporis*, deve essere effettuata secondo un criterio logico ed in relazione alla circostanza che non debba trattarsi di una violazione lieve. La s.a. non avrebbe nel caso di specie esercitato la discrezionalità nell'apprezzamento e graduazione dei provvedimenti conseguenti all'esclusione dalla **gara**, che il patto di integrità prevedeva, nell'applicare le conseguenti sanzioni ed avrebbe invece aderito acriticamente alla valutazione del presidente della commissione di **gara** senza esame complessivo delle circostanze emerse.

11.1.1.- Ritiene il collegio fondate le censure mosse a detti assunti dall'appellante Comune, che, con i primi quattro motivi d'appello, ha sostanzialmente dedotto che la giustificazione fornita dalla controinteressata Costruzioni s.r.l. in merito alla mancata conoscenza del passaggio in giudicato della sentenza della Corte d'Appello di Palermo, di condanna del signor controinteressata Gaetano per il reato di violazione delle norme sugli infortuni e di lesioni colpose gravi, era stata accolta dalla stazione appaltante al solo fine di escludere l'esistenza di una falsa dichiarazione, senza che tale stato fosse idoneo a produrre ulteriori effetti giuridici, fondandosi su presupposti diversi i provvedimenti di segnalazione e di escussione di cui trattasi, che troverebbero fondamento nell'art. 75, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006 (che non fa menzione dell'elemento della colpa e che non può essere interpretata in senso restrittivo) e non nell'art. 48, di natura speciale, del d. lgs. n. 163 del

2006, nonché nella *lex specialis*, a nulla valendo la gravità o meno del reato commesso.

Condivisibili sono infatti le censure circa la applicabilità, sostenuta dal T.A.R., alla fattispecie, non dell'art. 10, comma 1 quater, della l. n. 109 del 1994, ma del d. lgs. n. 163 del 2006; ciò considerato che l'art. 253, primo comma, del d. lgs. stesso ne prevede l'applicabilità ai bandi di **gara** pubblicati prima della sua entrata in vigore, avvenuta il 2 maggio 2006, ed il bando della **gara** di cui trattasi risulta pubblicato successivamente, in data 26 luglio 2006.

L'art. 48, del d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede la sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza come conseguenza dell'esclusione dalla **gara**, si riferisce testualmente alla mancanza dei soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e la disposizione, in considerazione della sua funzione sanzionatoria, deve ritenersi che abbia carattere tassativo; pertanto, la stessa non può essere estesa ad ipotesi diverse (Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80).

Tuttavia va rilevato che la possibilità di segnalare all'Autorità di vigilanza tutte le false dichiarazioni rese in sede di **gara**, ivi comprese quelle relative ai requisiti di carattere generale, anche con riferimento alla disponendo escussione, discende, non da detto art. 48, ma direttamente dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale dispone che la cauzione sia posta a garanzia della sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e ne prevede lo svincolo solo al momento dell'avvenuta sottoscrizione, con ciò implicitamente statuendo l'escussione in caso di mancata sottoscrizione per fatto dell'aggiudicatario, perché 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 del d. lgs. n. 163 del 2006.

L'incameramento della cauzione provvisoria può quindi essere disposto anche a fronte di dichiarazioni non veritiere rese a norma dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, dovendosi privilegiare l'altra funzione della cauzione, intesa come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche.

Con sentenza n. 2232 del 18 aprile 2012, di questa Sezione, sono stati affermati i seguenti, condivisibili, principi: a) l'escussione della cauzione provvisoria non presuppone in via esclusiva il fatto dell'aggiudicatario ovvero la falsità delle dichiarazioni concernenti i soli requisiti generali o speciali di partecipazione alla procedura; b) essa, al contrario, trova spazio applicativo anche quando il concorrente, pur se non aggiudicatario, dichiara il falso in occasione della rappresentazione di elementi costitutivi dell'offerta; c) è legittima la previsione del bando di **gara** che ammette l'escussione della garanzia per qualsivoglia ipotesi di falsità nelle dichiarazioni - ovvero anche nei confronti della concorrente non aggiudicataria - e anche in caso di mancato adempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla **gara**; d) La cauzione provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa; la finalità della cauzione è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando; e) l'escussione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente.

In senso diverso rispetto alla tesi più restrittiva, si era già espressa la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, affermando, sia pure in un contesto più

ampio, dedicato in modo centrale alla questione della gravità delle irregolarità contributive, che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria (che discende direttamente dall'art. 75 codice contratti pubblici) 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 codice citato.

La affermazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, nel senso sopra riportato, costituisce oramai un dato acquisito della giurisprudenza di secondo grado (Consiglio di Stato, Sezione V, 27 ottobre 2014, n. 5283).

Al riguardo, con sentenza della Adunanza Plenaria 10 dicembre 2014, n. 34 è stato anche affermato che - oltre ad una lettura evolutiva dell'art. 75 nel senso sopra riportato di far riferimento anche ai concorrenti e non solo all'aggiudicatario e non solo ai requisiti speciali di cui all'art. 48 ma anche ai requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 - porta e concludere nel senso sopra sostenuto anche la previsione contenuta nell'art. 49 del medesimo d. lgs., che, sia pure nell'ambito della disciplina dell'avvalimento, ma con valenza sistematica (ai sensi degli articoli 1362 e seguenti codice civile) dal punto di vista interpretativo, al comma 3, prevede che "nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente (non già il solo aggiudicatario) e escute la garanzia".

Aggiungasi che con detta sentenza della Adunanza Plenaria n. 34 del 2014 è stata ritenuta legittima pure 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'art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3856).

Tanto premesso, va rilevato che nel caso che occupa il patto di integrità allegato al contratto e sottoscritto dalla concorrente prevedeva espressamente che, in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, avrebbe potuto essere applicata, tra l'altro, la sanzione della escussione della cauzione di validità dell'offerta, sicché, in linea con la ormai prevalente giurisprudenza, la segnalazione all'Autorità è stata legittimamente effettuata a seguito di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792; sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554; A.P. 4 maggio 2012, n. 8; sez. IV 22 dicembre 2014 n. 6302; sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1321); detta soluzione trova conferma nel nuovo regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema S.O.A., sia per le altre imprese, menziona i provvedimenti di esclusione dalle gare (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210).

11.1.2.- Quanto al mancato esercizio, dedotto dal T.A.R., della discrezionalità di apprezzamento e graduazione dei provvedimenti conseguenti al mancato rispetto degli impegni assunti dai concorrenti con la partecipazione alla procedura di **gara**, che il patto di integrità le aveva attribuito, ed alla criticità della adesione da parte del Direttore del settore comunale competente alla valutazione del presidente della commissione, la Sezione ritiene fondati i rilievi, formulati con il quinto motivo d'appello, circa l'avvenuto esercizio da parte della stazione appaltante del potere attribuitole dalla lex specialis, di apprezzamento e graduazione dei provvedimenti conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione ed all'esclusione, concretatosi nella adozione del

provvedimento di escussione, senza adozione delle ulteriori determinazioni, pure autorizzate dalla *lex specialis*, come la esclusione dalle gare per cinque anni e la richiesta di risarcimento del danno nella misura dell'1% del contratto.

Pure condivisibile deve ritenersi l'assunto del Comune circa l'infondatezza della tesi che il Direttore del settore gare e contratti del Comune avesse acriticamente aderito alla valutazione del Presidente della commissione, in quanto, a prescindere dalla circostanza che i due soggetti giuridici corrispondessero alla stessa persona, la motivazione del provvedimento di escussione della garanzia era dettagliatamente enunciata nel verbale di **gara** del 30 novembre 2007, con richiamo all'allegata istruttoria, in cui erano più puntualmente esplicitate le ragioni dell'esclusione e dell'escussione (adottata in ragione dell'esame complessivo delle circostanze emerse in sede di **gara** e non solo in considerazione della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 8 febbraio 2005, n. 341).

In proposito va in primo luogo rilevato che (a prescindere dalla circostanza che l'annullamento dell'aggiudicazione si sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non lascia alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni che riscontrano la non veridicità delle dichiarazioni e prescinde, per la sua applicazione, dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi sul dato oggettivo della non veridicità delle dichiarazioni effettuate in sede di **gara**) il patto di integrità allegato al bando di **gara** e sottoscritto dai concorrenti prevedeva che, in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, avrebbero potuto essere applicate le ulteriori sanzioni della risoluzione o perdita del contratto, della escussione della cauzione di validità dell'offerta, della escussione della cauzione di buona esecuzione del contratto, della responsabilità per danno nella misura dell'8% del valore del contratto, della responsabilità per danno arrecato agli altri concorrenti nella misura dell'1% del valore del contratto per ogni partecipante e della esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di Milano per cinque anni.

E' evidente che l'adozione della sola sanzione della escussione della cauzione di validità dell'offerta ha costituito esercizio del potere di apprezzamento e graduazione da parte del Comune, che si è astenuto dall'applicare le ulteriori sanzioni consentite.

In secondo luogo va rilevato che è indivisibile la tesi sostenuta in sentenza che il Direttore del Settore gare e contratti del Comune avesse disposto detta escussione in acritica adesione alla valutazione espressa dal Presidente della commissione di **gara** nella seduta del 30 novembre 2007, senza esame complessivo delle circostanze.

L'impugnato atto del 4 dicembre 2007 del Direttore suddetto, versato in copia in atti, è una mera comunicazione dell'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto e della contestuale esclusione della **gara** per i motivi indicati nell'allegato verbale della seduta del 30 novembre 2007, con preavviso che il provvedimento relativo sarebbe stato comunicato all'Autorità di Vigilanza.

Detto Direttore non ha quindi autonomamente disposto alcuna escussione.

Quanto alla applicazione dell'ulteriore sanzione della escussione della cauzione provvisoria di cui ha dato atto il presidente della Commissione di **gara** nel corso di detta seduta, non può affermarsi che sia stata disposta senza esame complessivo delle circostanze, atteso che nel verbale è stato dato atto in precedenza di tutte le circostanze e delle ragioni per le quali l'avvenuta aggiudicazione era stata annullata ed era stata esclusa la società di cui trattasi.

Quanto al richiamo contenuto in detto verbale alla sentenza di questa Sezione n. 341 del 2005, va rilevato che esso è pertinente, perché con la sentenza stessa è stata affermata "l'infondatezza

dell'assunto dell'appellante che nel caso non sarebbe stato applicabile l'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994, n. 109” e che non poteva giovare all'appellante l'invocata distinzione tra requisiti di ordine speciale e requisiti di ordine generale in quanto “L'art, 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, prescrive, infatti, l'escussione della cauzione e l'applicazione delle misure sanzionatorie nel caso di mancata comprovazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di **gara** senza distinguere tra requisiti di ordine speciale e requisiti di ordine generale”.

Inoltre, come affermato dal Comune con memoria depositata il 4 giugno 2015, non contestata sul punto, al verbale era allegata l'istruttoria procedimentale per l'annullamento dell'aggiudicazione, in cui è citata la sentenza della Sezione quarta di questo Consiglio, che afferma la consequenzialità diretta ed automatica dell'escussione della cauzione all'inadempimento della partecipante, quale atto dovuto.

Le predette considerazioni dimostrano la fondatezza anche delle esaminate censure d'appello.

11.2.- Quanto alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, che il T.A.R. ha ritenuto viziasse la preannunciata segnalazione del provvedimento di esclusione, pure fondata appare al collegio la censura, formulata con il quinto motivo d'appello, che le garanzie partecipative sono dovute all'interessato in relazione al procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza e non in relazione alla segnalazione all'Autorità stessa.

Il Consiglio di Stato, con la citata sentenza della Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, ha asserito che in tema di garanzie partecipative relative al procedimento di iscrizione nel casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza, dell'avvio del procedimento di iscrizione deve essere data notizia all'interessato; ciò anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni.

In relazione ad una **gara** per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, la decisione di escutere la garanzia provvisoria e di effettuare la segnalazione all'Autorità di Vigilanza non costituisce l'esito di un procedimento ulteriore e diverso rispetto a quello della **gara**, sicché non sussiste l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo.

Diversamente opinando, il ricorso proposto avverso la segnalazione, da parte della stazione appaltante, all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici della condotta tenuta da una impresa partecipante a **gara** pubblica e da essa esclusa, ai fini dell'eventuale iscrizione nel Casellario informatico dei contratti pubblici, deve ritenersi che sia comunque sia inammissibile, per difetto d'interesse, trattandosi di mero atto di avvio del procedimento privo, come tale, di carattere lesivo.

Aggiungasi che, quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210).

Pertanto nel caso di specie, in cui è stato dedotto dal Comune appellante che con lettera del 4 dicembre 2007 era stata comunicata l'adozione dei provvedimenti di esclusione e di annullamento dell'aggiudicazione, unitamente all'avvertenza che sarebbero stati segnalati all'Autorità di vigilanza, deve ritenersi che la s.a. abbia offerto adeguata garanzia partecipativa alla società di cui trattasi con riguardo alla effettuazione di detta segnalazione.

12.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. per la parte favorevole al ricorrente. Restano assorbite le ulteriori censure formulate con l'atto d'appello.

13.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55. Nessuna determinazione ritiene di assumere il collegio per le spese nei confronti della controinteressata 2 . s.r.l..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. per la parte favorevole al ricorrente.

Pone a carico dell'appellata controinteressata Costruzioni s.r.l. le spese del doppio grado, liquidate a favore del Comune di Milano nella complessiva misura di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre ai dovuti accessori (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali). Nulla per le spese nei confronti della controinteressata 2 . s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2016

IL SEGRETARIO

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