

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/07/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38511-annullata-escussione-non-motivata-della-provvisoria-non-colpa-grave-ma-inadempimento-lieve-entit>

Autore: Lazzini Sonia

**annullata escussione non motivata della provvisoria non
colpa grave ma inadempimento lieve entità**

Tar Lazio, Roma sentenza numero 3260 del 15 marzo 2016

Appare fondata la censura del ricorso relativa all'incameramento della cauzione disposta a seguito del provvedimento di esclusione.

SONIA LAZZINI

La ricorrente si duole del fatto che l'Amministrazione, nel procedere all'incameramento, non ha valutato l'entità della violazione commessa in concreto.

Sotto questo profilo, va infatti condiviso l'assunto di parte ricorrente circa la lieve entità della violazione commessa e conseguentemente della astratta possibilità per l'Amministrazione di non procedere all'escussione della cauzione.

La stessa Amministrazione avrebbe almeno dovuto valutare e motivare in ordine all'adozione del provvedimento sanzionatorio di escussione, cosa che invece non ha fatto (cfr. in questo senso anche l'orientamento di questo Tribunale, ex multis n. 6197/2014 e n. 5378/2015).

Quanto invece al provvedimento di segnalazione all'ANAC va infine rilevato che tale determinazione non appare, alla stato, lesiva dell'interesse della società ricorrente, la quale potrà sempre impugnare le eventuali successive determinazioni dell'Autorità.

Relativamente al richiesto risarcimento del danno, lo stesso non può essere riconosciuto stante l'indimostrato pregiudizio sofferto dalla parte ricorrente.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Lazio, Roma sentenza numero 3260 del 15 marzo 2016

N. 03260/2016 REG.PROV.COLL.

N. 12426/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, in proprio e in qualità di mandataria della RTI costituita con ricorrente 2 Costruzioni srl e ricorrente 3 srl, impugna l'esclusione dalla gara indetta dall'intimata Amministrazione per la straordinaria manutenzione della Scuola interforze per la difesa nbc (copertura impianti e servizi igienici e progettazione - Caserma Verdirosi di Rieti - per un importo complessivo di euro 2.187.885,86, di cui euro 41.604,22 per la progettazione), nonché le conseguenti sanzioni (segnalazione all'ANAC e incameramento della cauzione).

In particolare, la ricorrente è stata esclusa in quanto la documentazione dei lavori effettuati ed eseguiti dai progettisti incaricati è pervenuta tardivamente, oltre il termine di 10 giorni (il 6.7 2015 anziché il 29.6.2015) a mezzo del sistema AVCPass.

Nel ricorso ha quindi prospettato i seguenti motivi di gravame:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 – violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della legge n. 180/2011 – violazione e falsa applicazione degli artt. 40 e ss. del DPR n. 455/2000 – violazione e falsa applicazione dell'art. 261, comma 7, del DPR n. 207/2010 – eccesso di potere per travisamento dei fatti, sproporzionalità, difetto di istruttoria, manifesta ingiustizia e irragionevolezza;

La società ricorrente sarebbe stata illegittimamente esclusa per un inadempimento che, seppure sussistente, non riguarderebbe soggetti, quali i professionisti incaricati, partecipanti alla gara (i progettisti, in sostanza, non rivestirebbero la qualifica di concorrenti).

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 – violazione e falsa applicazione

dell'art. 261, comma 7, del DPR n. 207/2010 – eccesso di potere per travisamento dei fatti, sproporzionalità, difetto di istruttoria, manifesta ingiustizia e irragionevolezza,

Il provvedimento di esclusione sarebbe comunque illegittimo perché la documentazione richiesta contrariamente a quanto affermato dall'Amministrazione non è stata inviata tardivamente.

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48 e dell'art. 46, comma 1 ter, del d. lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per ingiustizia e irragionevolezza manifeste, sproporzionalità, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà – sviamento di potere;

La società ricorrente contesta l'obbligo della registrazione al sistema AVCPass quale unica ed esclusiva modalità di partecipazione e trasmissione dell'attestazione dei requisiti richiesti per la gara.

- violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. – violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per sproporzionalità, ingiustizia e irragionevolezza manifeste – sviamento di potere.

Secondo parte ricorrente sarebbe sproporzionata ed irragionevole l'adozione delle ulteriori sanzioni rispetto all'esclusione (segnalazione all'ANAC e incameramento della cauzione), tenuto conto che la società ricorrente ha comunque comprovato tutti gli altri requisiti prescritti dal bando di gara.

Comunque l'Amministrazione non ha motivato nella determinazione di incameramento della cauzione sulla gravità dell'inadempimento

Il Ministero della Difesa si è costituito in giudizio il 30.10.2015 ed ha depositato un'ulteriore memoria il 7.11.2015.

La società ricorrente ha poi depositato motivi aggiunti il 4.12.2015 avverso la nota dell'intimata Amministrazione M_D E23662 0803526 d.d. 9.11.2015 di conferma della sua esclusione dalla gara e di conferma dell'irrogazione delle ulteriori sanzioni (segnalazione all'ANAC e incameramento della cauzione ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006).

Nei motivi aggiunti parte ricorrente ha riproposto i profili di gravame dedotti nel ricorso introduttivo.

Nella camera di consiglio del 10.12.2015, in sede di trattazione delle istanze di sospensiva dei provvedimenti impugnati presentate contestualmente al ricorso ed ai motivi aggiunti, la ricorrente ha chiesto l'abbinamento al merito delle stesse.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 17.2.2016.

2. La società ricorrente ha partecipato in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese indicato in epigrafe ad un bando di gara per l'affidamento mediante procedura aperta dell'appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di straordinaria manutenzione della copertura e degli impianti e rifacimento servizi igienici della Scuola Interforze per la difesa nbc.

Con riferimento all'esecuzione delle prestazioni progettuali ha indicato un raggruppamento temporaneo misto di professionisti, formato dall'Arch. Fabrizio N_ (mandatario), dall'arch. Massimo C_, e dagli ingegneri Carmine M_ e Alberto P_

Sottoposta a verifica a seguito di sorteggio, l'intimata Amministrazione ha quindi richiesto il deposito, attraverso l'utilizzo del sistema AVCPass, della documentazione comprovante il possesso

dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti dal bando.

Parte ricorrente ha però trasmesso la documentazione relativa ai requisiti dei progettisti oltre il termine di legge e pertanto è stata esclusa dalla gara.

Di conseguenza, l'Amministrazione ha proceduto all'incameramento della **polizza** fideiussoria prestata a garanzia dell'offerta, per un importo pari ad euro 21.879,00 e alla segnalazione all'ANAC.

La ricorrente ha poi chiesto che in autotutela fosse revocato il provvedimento di incameramento della cauzione, giustificandosi con le difficoltà di trasmissione della documentazione, pur tempestivamente presentata, dovute al sistema AVCPass.

Con nota M_D E23662 0803526 d.d. 9.11.2015 l'intimata Amministrazione ha tuttavia confermato la sua esclusione dalla gara e l'irrogazione delle ulteriori sanzioni (segnalazione all'ANAC e incameramento della cauzione ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006).

Ciò premesso, il Collegio ritiene non condivisibile la tesi di parte ricorrente secondo la quale il provvedimento di esclusione non avrebbe potuto essere assunto per l'omissione imputabile ai progettisti, in ragione del fatto che gli stessi non assumono la qualifica di concorrenti alla gara.

I requisiti dei progettisti sono invece richiesti per attestare l'idoneità delle imprese concorrenti a svolgere la prestazione progettuale affidata nell'appalto integrato (che è appalto di progettazione ed esecuzione). Ed è responsabilità dell'impresa concorrente la dimostrazione nei termini previsti del possesso degli stessi requisiti (è comunque principio generale quello per cui il soggetto risponde in proprio anche per il fatto degli ausiliari, se per l'adempimento di una sua obbligazione si sia avvalso della loro opera - cfr. art.1228 del codice civile).

Non può inoltre essere condivisa l'affermazione della ricorrente in ordine alle giustificazioni per il ritardo nell'invio della relativa documentazione.

L'Amministrazione sul punto evidenzia che dalle visure effettuate presso l'ANAC risulta che taluni documenti comprovanti i requisiti speciali dei progettisti sono stati prodotti oltre il termine perentorio previsto dalla legge (relativamente all'arch. N_ Fabrizio risultano caricate in data 30 giugno 2015, quindi tardivamente rispetto al termine di scadenza - 29 dello stesso mese - le attestazioni di regolare esecuzione; relativamente all'arch. C_ risultano tardivamente caricati, sempre in data 30 giugno 2015 le attestazioni di buona esecuzione).

Né risulta esserci stato un malfunzionamento del sistema AVCPass tale da ritardare la tempestiva produzione della documentazione richiesta (dal sito dell'ANAC risulta esclusivamente un avviso di manutenzione straordinaria il giorno 28 maggio 2015, periodo del tutto estraneo e di gran lunga anteriore a quello cui si riferiscono i fatti oggetto di causa).

Al pari, non può ritenersi fondata l'interpretazione di parte ricorrente in ordine al mancato pregiudizio derivante dalla tardività ai fini della prova della sussistenza dei requisiti.

La consistenza di quelli tempestivamente dimostrati da uno dei progettisti (il mandatario del gruppo di progettazione) non è sufficiente in ragione del fatto che la sufficienza o l'adeguatezza della capacità tecnica professionale va comprovata complessivamente (cioè anche per gli altri progettisti).

Appare invece fondata la censura del ricorso relativa all'incameramento della cauzione disposta a seguito del provvedimento di esclusione.

La ricorrente si duole del fatto che l'Amministrazione, nel procedere all'incameramento, non ha

valutato l'entità della violazione commessa in concreto.

Sotto questo profilo, va infatti condiviso l'assunto di parte ricorrente circa la lieve entità della violazione commessa e conseguentemente della astratta possibilità per l'Amministrazione di non procedere all'escussione della cauzione.

La stessa Amministrazione avrebbe almeno dovuto valutare e motivare in ordine all'adozione del provvedimento sanzionatorio di escussione, cosa che invece non ha fatto (cfr. in questo senso anche l'orientamento di questo Tribunale, ex multis n. 6197/2014 e n. 5378/2015).

Quanto invece al provvedimento di segnalazione all'ANAC va infine rilevato che tale determinazione non appare, alla stato, lesiva dell'interesse della società ricorrente, la quale potrà sempre impugnare le eventuali successive determinazioni dell'Autorità.

Relativamente al richiesto risarcimento del danno, lo stesso non può essere riconosciuto stante l'indimostrato pregiudizio sofferto dalla parte ricorrente.

3. Per le ragioni sopra esposte, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno accolti limitatamente alle determinazioni concernenti l'escussione della cauzione, che per l'effetto vanno quindi annullate.

Vanno invece respinte le altre censure dedotte.

Le spese possono essere compensate.

4. Parte ricorrente ha poi chiesto che questo Tribunale accerti anche l'obbligo per la stessa di corrispondere il contributo unificato in ordine ai proposti motivi aggiunti.

In proposito, il Collegio ritiene che detta istanza debba essere rivolta alla Segreteria Generale del Tribunale in quanto competente a determinare tale obbligo e la quantificazione del contributo unificato. La Segreteria ovviamente dovrà valutare, anche alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE, sez. V sent. 6/10/2015, la sussistenza del presupposto impositivo consistente nell'ampliamento della domanda proposta con il ricorso per motivi aggiunti rispetto alla domanda proposta con il ricorso introduttivo regolarmente assoggettato a contributo unificato. In sostanza, valutare l'assoggettabilità del ricorso per motivi aggiunti a ulteriore contributo.

Di conseguenza, le eventuali contestazioni in ordine all'operato impositivo del predetto organo amministrativo (preposto alla determinazione di tale contributo) vanno considerate di natura tributaria (in termini Corte Cost. sent. n. 73/2005 e Cass. SS.UU. n. 3007/08) e quindi esulano dalla cognizione di questo giudice, per rientrare in quella del giudice tributario.

Per questa ragione deve dunque essere rilevata l'inammissibilità dell'istanza per difetto di giurisdizione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie limitatamente alle determinazioni di incameramento della cauzione, che per l'effetto vanno annullate.

Spese compensate.

Dichiara, infine, il proprio difetto di giurisdizione sull'istanza relativa alla debenza del contributo

unificato per proposti motivi aggiunti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

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