

L'escussione della garanzia provvisoria è dovuta sia quando la documentazione non arriva in tempo sia nel caso in cui la stessa non dimostri il reale possesso dei requisiti speciali

Il consiglio di stato con la decisione del 7 marzo 2001 n. 1344 conferma la legittimità dell'escussione di una garanzia provvisoria per mancanza della dimostrazione dei requisiti di ordine speciale

Commento di Sonia LAZZINI

Ancora una sentenza in tema di polizza provvisoria rilasciata a norma dell'articolo 30 , commi 1 e 2 bis, della legge Merloni.

La ditta appellante, risultata sorteggiata a norma dell'articolo 10 comma 1-quater della suddetta legge, non è stata in grado di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi (i cosiddetti requisiti di ordine speciale) e quindi si è ritrovata con la richiesta di escussione della polizza provvisoria.

Le motivazioni del primo ricorso esperito presso il tar dell'Umbria erano basate, come primo motivo, sul presupposto di violazione, da parte della stazione appaltante, di quanto disposto dall'articolo 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 che cos' sancisce:

“1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizie dell'inizio del procedimento.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.”

Con il secondo motivo veniva lamentata la la violazione della *lex specialis* della gara cristallizzata nel bando (che non prevedeva il ricorso all'escussione della cauzione, ma solo la non accettazione della domanda di partecipazione).

Con ulteriore argomentazione, infine, l'istante sospetta il succitato articolo 10 c. 1-*quater* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 di violazione del principio di eguaglianza sancito nell'articolo 3 della Costituzione e, per l'effetto, eccipisce l'illegittimità costituzionale della disposizione e richiede, a questo scopo, che la questione sia rimessa al Giudice delle leggi per il relativo sindacato.

Il Consiglio di Stato, in merito alla prima questione, conferma la insussistenza dell'obbligo di avvio del procedimento, così come correttamente interpretato dalla stazione appaltante, in quanto le previsioni del summenzionato articolo 10 c. 1-*quater* della legge n. 109 del 1994 individuano una fase sub-procedimentale adeguatamente assistita da prescrizioni che ne scandiscono i momenti “nell'articolato e vincolato succedersi dei passaggi che la compongono” così che nessun obbligo di previa notizia dell'incombente poteva gravare sull'amministrazione appellata.

Sostiene inoltre che la piena notizia dell'integrale applicazione dei precetti contenuti nel suindicato comma 1-quater dell'articolo 10 della legge n. 109 del 1994 era stata estesa all'odierna appellante con nota 14 maggio 1999 dell'Amministrazione appellata, che, nel richiedere la presentazione dei documenti comprovanti il possesso dei dichiarati requisiti, specificava che l'inottemperanza avrebbe determinato, tra l'altro, l'escussione della cauzione.

Anche il secondo motivo viene respinto in quanto il Consiglio di Stato afferma che il riferimento non esplicito in bando ai contenuti della norma appena richiamata non era stricto sensu indispensabile, dovendosi ritenere operante in materia il principio di necessaria acquisizione all'atto della c.d. regolamentazione cogente, attraverso la quale sono introdotti le clausole e i contenuti necessari, derivanti dall'applicazione organica della disciplina normativa in una determinata fattispecie.

Sul problema della costituzionalità della norma rispetto al principio di ragionevolezza connesso con l'articolo 3 della Costituzione, il Supremo Consiglio ritiene che la legge 109 si limita a prendere atto che, sia che si tratti di circostanza che la prova sul possesso dei requisiti dichiarati non sia data oppure che la documentazione offerta non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione, quanto dichiarato nella domanda non ha ricevuto riscontro sia per mancanza di prova sia perché la stessa non si è rivelata adeguata, senza preoccuparsi dell'aspetto psicologico sottostante i due diversi comportamenti.

Ultima considerazione: al di là delle sottigliezze meramente giuridiche contenute in questa decisione, quello che ci sembra importante ribadire è che sono sempre più frequenti i casi di mancanza di prova dei requisiti di ordine speciale con relativa escussione della garanzia.

Questo fa supporre una faciloneria da parte delle ditte che partecipano, ma una mancanza di dovuta attenzione anche da parte dell'assicuratore ai contenuti del bando di gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. REG.DEC.
N. 3481 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2000
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello R.G. 3481/2000 proposto da ***** & C. s.a.a. corrente in Terzigno, in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante in carica signor Pasquale Festino, rappresentato e difeso presso dagli avvocati Roberto Bianchi, Ernesto Procaccini e Domenico visone con i quali elettivamente domicilia in Roma, al viale Mazzini, n. 132 presso l'avvocato Stefania Iasonna;

contro

il Comune di Città di Castello, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Emilio Mattei ed elettivamente domiciliato presso il medesimo in Roma, alla piazza Cola di Rienzo, n. 92 (studio dell'avvocato Antonio Delianni)

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria n. 4/2000 depositata il 28 gennaio 2000;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata Amministrazione;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 16 gennaio 2001 il Consigliere Filoreto D'Agostino e uditi, altresì, gli avvocati Procaccini e Visone per l'appellante; e l'avv. Mattei per il Comune;

Visto il dispositivo di decisione n. 22 del 18/01/2001;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

Ritenuto in fatto

Viene in decisione l'appello proposto dalla società in accomandita semplice ***** & C. avverso la sentenza in epigrafe indicata con la quale il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria ha respinto il ricorso dell'odierna appellante rivolto all'annullamento degli atti con i quali il Comune di Città di Castello disponeva l'escussione della cauzione di Lire 50.599.915.= prestata dalla società stessa in relazione alla licitazione privata per i lavori di urbanizzazione connessi alla realizzazione del civico ospedale, nonché di ogni altro atto presupposto e connesso. L'Amministrazione comunale intimata si è costituita anche in questo grado del giudizio e ha concluso per la conferma dell'impugnata pronuncia.

All'udienza del 16 gennaio 2001 parti e causa sono state assegnate in decisione.

Considerato in diritto

.L'appello è infondato.

La questione proposta con la presente vertenza può essere così sintetizzata: se sia legittima l'escussione di cauzione prestata da impresa partecipante a una licitazione privata che, prescelta con sorteggio pubblico a' sensi dell'articolo 10, comma 1-*quater* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti nel bando di gara, non abbia fornito tale prova.

L'appellante, premesso che l'atto impugnato ancorché consequenziale è sempre passibile di contestazione per vizi suoi propri, lamenta con un primo mezzo la violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 per omessa comunicazione di avvio del procedimento (come peraltro confermerebbe la pur successiva normazione contenuta nel regolamento di attuazione della legge n. 109/1994), e, con un secondo motivo, la violazione della *lex specialis* della gara cristallizzata nel bando (che non prevedeva il ricorso all'escussione della cauzione, ma solo la non accettazione della domanda di partecipazione). Con ulteriore argomentazione, infine, l'istante sospetta il succitato articolo 10 c. 1-*quater* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 di violazione del principio di eguaglianza sancito nell'articolo 3 della Costituzione e, per l'effetto, eccepisce l'illegittimità costituzionale della disposizione e richiede, a questo scopo, che la questione sia rimessa al Giudice delle leggi per il relativo sindacato.

Può prescindere dalla questione di inammissibilità del ricorso, prospettata anche in questo grado del giudizio da parte del Comune di Città di Castello, per non essere stato contestualmente impugnato l'atto presupposto, individuato nella determinazione di escludere l'odierna appellante dalla licitazione privata per i lavori di urbanizzazione connessi alla realizzazione del civico ospedale, non conseguendo favorevole scrutinio nessuna delle dedotte censure.

Sulla asserita violazione dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Correttamente il Giudice di prime cure ha ritenuto l'insussistenza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento sul rilievo che le previsioni del summenzionato articolo 10 c. 1-*quater* della legge n. 109 del 1994 individuano una fase sub-procedimentale adeguatamente assistita da prescrizioni che ne scandiscono i momenti "nell'articolato e vincolato succedersi dei passaggi che la compongono" così che nessun obbligo di previa notizia dell'incombente poteva gravare sull'amministrazione appellata.

Per avvedersene è sufficiente notare che l'adempimento non si collocava all'esterno della procedura a evidenza pubblica alla quale l'odierna appellante aveva chiesto di partecipare, ma in quel preciso contesto sicché non può neppure ipotizzarsi una specie di frammentazione del procedimento in tanti subprocedimenti preordinati agli adempimenti connessi al rispetto di precise clausole normativamente imposte.

D'altro canto, non può annettersi a un obbligo espressamente coordinato alla tutela degli interessi dei soggetti coinvolti nel procedimento (quale è senza dubbio la esplicita finalità del precetto contenuto nell'articolo 7 della legge n. 241 del 1990) una valenza meramente astratta e formale, svincolata, per dir così, dalla logica di presidio della situazioni coinvolte dall'assetto prefigurato

nel futuro e incerto provvedimento alla cui adozione è strutturalmente oltre che funzionalmente collegata l'acquisizione e la manifestazione degli interessi rilevanti. La clausola generale di partecipazione ha senso e impone una doverosa applicazione solo quando la prospettazione degli interessi e la loro acquisizione determinino la necessità di uno specifico contraddittorio. Così non è nel caso di specie, come lucidamente osservato dal Tribunale amministrativo umbro, dal momento che la piena notizia dell'integrale applicazione dei precetti contenuti nel suindicato comma 1-*quater* dell'articolo 10 della legge n. 109 del 1994 era stata estesa all'odierna appellante con nota 14 maggio 1999 dell'Amministrazione appellata, che, nel richiedere la presentazione dei documenti comprovanti il possesso dei dichiarati requisiti, specificava che l'inottemperanza avrebbe determinato, tra l'altro, l'escussione della cauzione.

A questa stregua (e per quanto superflualmente rispetto alle finalità presidiate dalla norma che disciplina l'utile avvio del momento partecipativo) non può non riconoscersi a quella nota quanto meno una perfetta equivalenza ai fini della comunicazione di avvio del procedimento.

Peraltro non assume alcun rilievo, a questo fine, il richiamo argomentativo, svolto dall'appellante, alle disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (recante il regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni): secondo questa tesi il suindicato testo regolamentare conterrebbe una chiara e univoca indicazione nel senso di imporre, in caso di sanzioni, la previa comunicazione agli interessati concedendo loro "un termine non inferiore a venti giorni per la presentazione di eventuali giustificazioni scritte" (così si legge nell'articolo 6, comma 1 del suindicato regolamento).

Non è necessario opporre a questa deduzione il rilievo che la norma invocata è successiva ai fatti di causa e, in quanto tale, risulterebbe inapplicabile. La prospettazione, infatti, non può essere condivisa, indipendentemente dalla problematica della vigenza del precetto.

L'articolo 6 del d.P.R. n. 554/1999, infatti, disciplina diversa fattispecie, cioè la fase di comminatoria delle sanzioni, da tenersi avanti l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, per violazione del dovere di informazione di cui all'articolo 4, commi 6 e 18 e del dovere di esatta dichiarazione e di dimostrazione circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di cui all'articolo 10 comma 1 *quater* della legge n. 109/1994.

Tale fase, infatti, fuoriesce totalmente dal contesto procedimentale prefigurato nell'articolo 10 c. 1 *quater*, che, in proposito, si limita a disporre la segnalazione del fatto (cioè dell'inadempimento al dovere di esatta dichiarazione e dimostrazione del possesso dei requisiti) all'Autorità di vigilanza prevista dal precedente articolo 4 della medesima legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Prefigurandosi, cioè, un autonomo procedimento, avanti un organo diverso da quello che gestisce la gara e per ragioni connesse sì con quest'ultima, ma in funzione del più ampio rispetto dei principi enunciati nel primo comma dell'articolo 1 del medesimo testo legislativo (con particolare riferimento al presidio della correttezza e della libera concorrenza, che richiede da parte degli imprenditori comportamenti leali e adeguati), è evidente che debbano essere conferiti, in quella sede, strumenti utili di tutela agli interessati.

La richiesta di giustificazioni, cui accenna parte appellante, risponde, di conseguenza, non già al canone di obbligatorietà della partecipazione (desumibile dall'articolo 7 della legge n. 241 del 1990), ma al diverso (e sicuramente più pregnante) principio di adeguata difesa in materia di procedimenti sanzionatori.

Il secondo motivo è chiaramente inammissibile.

Accertato come la nota 14 maggio 1999 del Comune di Città di Castello avesse rappresentato all'odierna appellante l'applicabilità, in caso di inosservanza del dovere di conforme dimostrazione sul possesso dei requisiti dichiarati, del disposto del summenzionato articolo 10 c. 1 *quater* della legge 11 febbraio 1994, n. 109, ivi compresa l'escussione della cauzione, ne deriva che l'eventuale deviazione dalla *lex specialis* contenuta nel bando avrebbe dovuto essere ritualmente e tempestivamente impugnata dall'interessata. Il che non è avvenuto.

Va soggiunto che, nel caso di specie, il riferimento non esplicito in bando ai contenuti della norma appena richiamata non era stricto sensu indispensabile, dovendosi ritenere operante in materia il principio di necessaria acquisizione all'atto della c.d. regolamentazione cogente, attraverso la quale sono introdotti le clausole e i contenuti necessari, derivanti dall'applicazione organica della disciplina normativa in una determinata fattispecie.

Non riceve, infine, favorevole scrutinio la prospettata questione di illegittimità costituzionale del più volte menzionato articolo 10 c.1 quater della legge n. 109 del 1994 in relazione all'articolo 3 della Costituzione (recte del connesso principio di ragionevolezza).

L'argomentazione si sviluppa tutta sulla asserita diversità di comportamento (e di conseguente rilevanza) tra la circostanza che la prova sul possesso dei requisiti dichiarati non sia data e l'ipotesi che la documentazione offerta non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

La legge non si preoccupa affatto dell'aspetto psicologico sottostante i due diversi comportamenti, ma si limita a prendere atto che, in entrambi i casi, quanto dichiarato nella domanda non ha ricevuto riscontro sia per mancanza di prova sia perché la stessa non si è rivelata adeguata. Gli effetti, a ben vedere, sono identici e la natura del contegno, anche se articolato in diverso modo, è insuscettibile di diversa valutazione. Si tratta, infatti, in entrambi i casi, di proposte di contratto non serie, fondate su una realtà imprenditoriale non documentabile e, in quanto tali, confliggenti con i principi regolatori della materia elencati nell'articolo 1 della citata legge n. 109 del 1994.

L'insuscettibilità di una diversa valutazione tra le due forme di contegno, entrambe censurabili, in quanto produttrici di un medesimo risultato, conduce a escludere che il principio di ragionevolezza possa essere stato in qualche modo vulnerato.

La questione prospettata è, a questa stregua, manifestamente infondata.

Tenuto conto della novità della questione, sembra equo compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta respinge l'appello.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma addì 16 gennaio 2001 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione riunito in camera di consiglio con l'intervento dei Signori:

Alfonso	Quaranta	Presidente
Stefano	Baccarini	Consigliere
Piergiorgio	Trovato	Consigliere
Filoreto	D'Agostino	Consigliere estensore
Claudio	Marchitiello	Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Filoreto D'Agostino

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Pier Maria Costarelli

IL PRESIDENTE

F.to Alfonso Quaranta