

In caso di mancata presentazione della documentazione sui requisiti di ordine speciale, l'amministrazione ha l'obbligo (e non la facoltà) di escutere la garanzia provvisoria

Il Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 3025 del 2 aprile 2007 si occupa, ancora una volta, di una controversia relativa all'escussione della garanzia provvisoria a seguito della mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale:

< Come appare oramai consolidato in giurisprudenza, l'incameramento della cauzione in caso di mancata documentazione dei requisiti di qualificazione è un processo automatico e obbligatorio per la stazione appaltante. Ne deriva la non necessità di inviare all'impresa la comunicazione di avvio del procedimento prevista dalla legge sul procedimento, ed addirittura si ammette la possibilità di escussione anche se questa sanzione non è prevista in modo esplicito dal bando di gara>

ma non solo:

< Secondo l'orientamento oramai dominante in tema di accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione, si evidenzia come l'art. 10 comma 1 quater della legge 11 febbraio 1994 n. 109, ossia la norma che impone all'impresa partecipante di dare prova, su richiesta della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economico-finanziaria, non pone alcuna distinzione tra inadempimento formale (per errore o altro) ed inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara). Ciò comporta che le conseguenze di legge, ossia non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sono effetti automatici, e derivano dal mero scadere del termine di dieci giorni dalla richiesta. In concreto, per l'incameramento si prescinde dall'accertamento della falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese o dalla valutazione delle ragioni ostative alla produzione documentale, restando così esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti, di cui invece difetta o di cui abbia comunque omesso di dimostrare l'effettivo possesso>

ed infine, l'adito giudice precisa che:

<In merito alla decisione di escutere l'integrità dei partecipanti, occorre osservare come la norma invocata, estendendo l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti alla gara, e non più solo dell'aggiudicatario, ha comportato un mutamento nella funzione di tale garanzia, che non è più limitata alla fase di stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, e quindi grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte..

Pertanto, la previsione di cui all'art. 10 comma 1 quater della legge 109, che prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara, ha un ambito applicativo maggiore, tant'è che la giurisprudenza la ritiene non necessariamente ristretta alle sole ipotesi ivi contemplate. Il che implica che non solo le imprese sorteggiate nel 10% dei concorrenti da sottoporre a verifica dei requisiti, nonché l'aggiudicataria e la seconda graduata, ma tutte le partecipanti possono essere soggette a tale controllo, poiché tale facoltà costituisce espressione di un potere generale di contrarre secondo regole predefinite di tutela della concorrenza che impongono determinati requisiti soggettivi, di natura morale e di capacità economica e finanziaria, alle imprese che intendono partecipare alle gare pubbliche >.

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

OTTAVA SEZIONE DI NAPOLI

composto dai Signori Magistrati:

Luigi Domenico Nappi Presidente

Diego Sabatino Primo Referendario relatore

Carlo Buonauro Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 5486/2000 proposto da ***. di Bruno *** & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Napoli, centro direzionale isola E/5, presso lo studio del procuratore avv. Domenico Parrella, che la rappresenta e difende in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo

contro

Ministero dei lavori pubblici - Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato in Napoli, anche per legge domiciliataria

nonché

Riunione adriatica di sicurtà s.p.a., non costituita

per l'annullamento, previa sospensione,

a. del provvedimento Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania del prot. 3790 del 28 aprile 2000 con il quale è stato disposto l'incameramento della cauzione provvisoria presentata in sede di gara ed ha invitato la società di assicurazione Riunione adriatica di sicurtà s.p.a. a versare la somma di £. 4.656.351 pari all'importo della cauzione provvisoria presentata dall'impresa offerente per la partecipazione alla gara officiosa indetta dal medesimo ente per l'appalto di lavori a corpo per opere integrative dell'aula bunker presso la casa circondariale di Santa Maria Capua Vetere;

b. di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale;

Letto il ricorso ed i relativi allegati, e tutti gli atti di causa;

Data per letta la relazione del primo referendario Diego Sabatino nella udienza pubblica del 26 febbraio 2007;

Uditi altresì i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto

Con ricorso iscritto al n. 5486/2000, la parte ricorrente impugnava il provvedimento indicato in epigrafe. A sostegno delle sue doglianze, premetteva:

- di aver partecipato alla gara officiosa indetta dal Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania del prot. 3790 del 28 aprile 2000 per l'appalto di lavori a corpo per opere integrative dell'aula bunker presso la casa circondariale di Santa Maria Capua Vetere;
- di aver ricevuto una richiesta per esibire una certificazione, alla quale rispondeva, con fax del 1 marzo 2000, di "trovarsi nell'impossibilità di provvedere alla spedizione dei documenti richiesti";
- che il presidente della commissione di gara, in data 2 marzo 2000, faceva notare la mancata trasmissione della documentazione richiesta, disponendo l'esclusione della ricorrente dalla stessa gara;
- che, con il provvedimento principalmente gravato, il Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania comunicava di aver proceduto all'incameramento della cauzione provvisoria presentata, richiedendone contestualmente il pagamento alla Riunione adriatica di sicurtà s.p.a..

Ritenendo illegittimo il comportamento dell'Amministrazione, instava quindi per l'annullamento degli atti impugnati con vittoria di spese processuali.

Si costituiva l'Avvocatura dello Stato per la parte resistente, Ministero dei lavori pubblici - Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 21 giugno 2000, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 2991/2000.

All'udienza del 26 febbraio 2007, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

Considerato in diritto

Il ricorso non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

Con il primo motivo di diritto, viene dedotta violazione dell'art. 7 e 10 della legge sul procedimento; eccesso di potere per travisamento dei fatti e mancanza di adeguata istruttoria; violazione degli articoli 2, 1, 7 e 10 della legge sul procedimento; ingiustizia manifesta; altri profili. Nella prospettazione della parte ricorrente, l'amministrazione avrebbe errato non dando avviso dell'inizio del procedimento che ha poi portato all'incameramento della cauzione, violando quindi la normativa di riferimento.

La censura va respinta.

Come appare oramai consolidato in giurisprudenza, l'incameramento della cauzione in caso di mancata documentazione dei requisiti di qualificazione è un processo automatico e obbligatorio per la stazione appaltante. Ne deriva la non necessità di inviare all'impresa la comunicazione di avvio del procedimento prevista dalla legge sul procedimento, ed addirittura si ammette la possibilità di escussione anche se questa sanzione non è prevista in modo esplicito dal bando di gara (da ultimo, Consiglio di Stato V, 7 marzo 2001, n. 1344).

Con il secondo motivo di diritto, si censura il provvedimento per violazione degli articoli 1, 2, 7 e 10 della legge sul procedimento; erroneità dei presupposti di fatto; contraddittorietà; ingiustizia

manifesta. Secondo la parte ricorrente, l'amministrazione avrebbe errato nel non considerare la effettiva impossibilità per la ricorrente di produrre la documentazione richiesta, e quindi addebitandole senza colpa un fatto estraneo alla sua potestà decisionale.

La censura non ha pregio.

Secondo l'orientamento oramai dominante in tema di accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione, si evidenzia come l'art. 10 comma 1 quater della legge 11 febbraio 1994 n. 109, ossia la norma che impone all'impresa partecipante di dare prova, su richiesta della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economico-finanziaria, non pone alcuna distinzione tra inadempimento formale (per errore o altro) ed inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara). Ciò comporta che le conseguenze di legge, ossia non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sono effetti automatici, e derivano dal mero scadere del termine di dieci giorni dalla richiesta. In concreto, per l'incameramento si prescinde dall'accertamento della falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese o dalla valutazione delle ragioni ostative alla produzione documentale, restando così esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti, di cui invece difetta o di cui abbia comunque omesso di dimostrare l'effettivo possesso (da ultimo, Consiglio di Stato IV, 12 gennaio 2005, n. 42).

Con il terzo motivo di ricorso, si deduce violazione degli articoli 1 e 2 della legge sul procedimento; sviamento di potere; ingiustizia manifesta. La ricorrente evidenzia come, trattandosi di gara per opere del valore inferiore a 300.000 Ecu e quindi affidabili anche a trattativa privata, l'utilizzo della selezione a mezzo di gara informale si risolve in un aggravamento della procedura stessa.

La censura è infondata.

L'ipotesi che la stazione appaltante decida, nell'ambito di una trattativa privata, di indire una gara ufficiosa, non è vicenda assimilabile all'aggravamento vietato dalla legge sul procedimento, ma espressione di una volontà di applicare alla procedura i principi insiti nel concetto stesso di gara, che sono quelli di trasparenza e par condicio (da ultimo, Consiglio di Stato V, 26 aprile 2005, n. 1873). Si tratta quindi di una vicenda che comporta una autolimitazione implicita, costituita dal vincolo al rispetto dei principi tipici delle gare (in questo senso, id. VI, 29 marzo 2001 n. 1881).

La valutazione di aggravamento postula invece una ricognizione puntuale delle ragioni per cui sarebbero state richieste alle partecipanti della prescrizioni aggiuntive non indispensabili, ma nel caso in specie, la scelta di un metodo di selezione anziché di un altro appare ampiamente giustificato dalle esigenze di identità di trattamento ed imparzialità che presiedono la normativa in tema di appalti.

Con il quarto motivo di ricorso, si censura violazione dell'art. 24 della Costituzione e dell'art. 3 comma 4 della legge sul procedimento, per mancata indicazione del termine e dell'autorità a cui ricorrere per impugnare il provvedimento.

La censura non ha pregio, dove si ricordi che, del tutto pacificamente, la mancata indicazione nel provvedimento del termine per ricorrere e dell'autorità a cui rivolgersi non determina l'invalidità del provvedimento, ma può dar luogo, al più, alla rimessione in termini per errore scusabile.

Con il quinto motivo di ricorso, viene dedotta violazione dell'art. 10 comma 1 quater della legge 109 del 1994; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto; sviamento. Secondo la ricorrente, l'art. 10 quater della norma in tema di appalti non sarebbe applicabile alla trattativa privata, con conseguente illegittimità dell'intera procedura.

La doglianza non ha fondamento.

La trattativa privata, al contrario di quanto affermato apoditticamente in ricorso, è uno dei sistemi di scelta del contraente previsti dalla legge 109 del 1994, che espressamente la contempla, all'art. 20 comma 3, unitamente agli altri sistemi. Pertanto, l'impiego da parte della stazione appaltante di una gara ufficiosa, che integra ed amplia il metodo di selezione, implica ex se l'applicabilità dei principi in tema di disciplina degli appalti, come sopra già illustrato.

Nel caso in specie, poi, la lettera d'invito alla gara indicava espressamente che la stazione appaltante si sarebbe avvalsa del sistema di controllo di cui all'art. 10 della legge 109 del 1994, rendendo quindi del tutto legittimo il successivo esercizio della stessa facoltà.

Con il sesto motivo di ricorso, si lamenta violazione dell'art. 30 della legge 109 del 1994; sviamento. Secondo la ricorrente, non sarebbe possibile incamerare la cauzione se non per il fatto della mancata sottoscrizione del contratto.

La censura non ha pregio, scontrandosi contro la diretta previsione dell'art. 10 comma 1 quater, che espressamente prevede l'incameramento nei casi di mancata presentazione della documentazione.

Con l'ultimo motivo di ricorso, si censura violazione dell'art. 10 della legge 109 del 1994; illegittimità delle decisioni della commissione di gara del 22 febbraio 2000 e del 2 marzo 2000.

La ricorrente si duole del fatto che la stazione appaltante, contrariamente a quanto previsto dalla normativa, avrebbe disposto la prova del possesso dei requisiti a tutti i partecipanti, e non al solo 10%, e non avrebbe atteso il termine finale dei dieci giorni per la presentazione della documentazione.

Entrambi i profili non sono meritevoli di considerazione.

In merito alla decisione di escutere l'integrità dei partecipanti, occorre osservare come la norma invocata, estendendo l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti alla gara, e non più solo dell'aggiudicatario, ha comportato un mutamento nella funzione di tale garanzia, che non è più limitata alla fase di stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, e quindi grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato IV, 7 giugno 2005, n. 2933).

Pertanto, la previsione di cui all'art. 10 comma 1 quater della legge 109, che prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara, ha un ambito applicativo maggiore, tant'è che la giurisprudenza la ritiene non necessariamente ristretta alle sole ipotesi ivi contemplate. Il che implica che non solo le imprese sorteggiate nel 10% dei concorrenti da sottoporre a verifica dei requisiti, nonché l'aggiudicatario e la seconda graduata, ma tutte le partecipanti possono essere soggette a tale controllo, poiché tale facoltà costituisce espressione di un potere generale di contrarre secondo regole predefinite di tutela della concorrenza che impongono determinati requisiti soggettivi, di natura morale e di capacità economica e finanziaria, alle imprese che intendono partecipare alle gare pubbliche (così Consiglio di Stato VI, 7 aprile 2006, n. 1897).

In relazione al secondo profilo, ossia al mancato spirare del termine di dieci giorni, occorre evidenziare come la stessa ricorrente abbia comunicato, in data 1 marzo 2000, di non potere adempiere a quanto richiesto. L'amministrazione pertanto, ha agito correttamente, in quanto, da un lato, l'attesa dello spirare del termine appariva del tutto inutile, stante la dichiarazione resa dalla stessa ricorrente; dall'altro, ha fruito delle facoltà concesse in generale al creditore, qualora il debitore non dia le garanzie che aveva promesse (argomentando dall'art. 1186 del codice civile).

Il ricorso va quindi respinto. Sussistono motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ottava sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Respinge il ricorso n. 5486/2000;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 26 febbraio 2007.

Luigi Domenico Nappi Presidente

Diego Sabatino Estensore

Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Ottava sezione di Napoli

Sentenza VIII, pag.