

IN CASO DI ANNULLAMENTO DI UN'AGGIUDICAZIONE, RISULTA OBBLIGATORIA LA RICHIESTA DI INCAMERAMENTO DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, SIA PER QUANTO RIGUARDA LA MANCATA DIMOSTRAZIONE DEI REQUISITI SPECIALI CHE DI QUELLI DI ORDINE GENERALI

Escussione della cauzione provvisoria in danno delle ricorrenti (aggiudicatari provvisorie) in ragione della produzione di certificati camerali poi risultati falsi: l'amministrazione deve richiedere integrazioni? In un appalto misto, è applicabile l'articolo 10 comma 1 quater della Merloni? l'escussione è sempre atto dovuto in caso di annullamento dell'aggiudicazione per mancata dimostrazione dei requisiti richiesti dalla lex specialis di gara?

La possibilità che l'Amministrazione richieda integrazioni alle imprese offerenti va infatti esclusa nel caso in cui la ditta abbia allegato certificazioni false, delle quali è dimostrata la non provenienza dal pubblico ufficio deputato al loro rilascio. E' perciò corretta l'affermazione contenuta nella parte motiva del provvedimento impugnato, nel senso che la produzione di un certificato falso debba essere equiparata alla mancata produzione dello stesso e determini l'esclusione del concorrente che ne sia responsabile. La cauzione provvisoria rappresenta in tal modo, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente che si renda autore di dichiarazioni mendaci (o, come nel caso in esame, che consegna alla stazione appaltante certificati contraffatti). L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso. Pertanto infondato è l'assunto secondo il quale la previsione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (che prevedeva, nelle procedure di affidamento dei lavori pubblici, l'escussione della cauzione nei confronti dell'aggiudicatario che non dimostri i requisiti dichiarati) non sarebbe applicabile nella fattispecie, trattandosi di appalto di servizi soggetto alla disciplina dettata dal d. lgs. 17 marzo 1995 n. 158 per i settori esclusi: va innanzitutto osservato che l'appalto in questione aveva carattere misto, richiedendosi all'impresa affidataria l'esecuzione di servizi e lavori. anche in relazione ad una procedura di gara non direttamente regolata dall'art. 10 della legge quadro sui lavori pubblici (all'epoca vigente), l'escussione della cauzione è possibile, ed anzi rappresenta atto dovuto, quando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara non siano confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione e l'Amministrazione provveda, a norma della lex specialis, alla esclusione dell'impresa ed all'annullamento dell'eventuale aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto, risultando indifferente la natura del requisito di partecipazione falsamente dichiarato.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2060 del 4 settembre 2008 emessa dal Tar Puglia, Bari

< Più in generale, con riferimento all'istituto della cauzione provvisoria, va osservato che, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi

Il TAR ha rilevato al riguardo la mancanza di censure autonome, che invece erano state proposte.

Invero, come evidenziato dalla Società, avverso quest'ultimo provvedimento non era stati dedotti vizi di illegittimità derivata ma vizi propri, anche se conformi a quelli proposti avverso il provvedimento di esclusione, con la sostanziale contestazione dei relativi presupposti giuridici e di fatto, nonché difetto di motivazione, doglianze che vanno condivise nel caso in esame.

3.1. Come è noto, la cauzione provvisoria prestata dal partecipante alla gara per l'appalto di lavori pubblici ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (V. art. 332 L. 20.3.1865 n. 2248, allegato F, e artt. 2 e 4 D. P.R. 16.7.1962 n. 1063, art. 30, comma 1, L. n.109/1994 e successive modificazioni).

Recentemente, però, la cauzione provvisoria ha assunto anche l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alle gare di appalti di lavori pubblici in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, tanto è vero che è stato evidenziato che essa sta a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione ma anche a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara (V. le decisioni di questa Sezione n.124 del del 18.5.1998 e n. 5843 del 15.11.2001).

Invero, con l'art. 10 comma 1quater della L. n.109/94 e successive modificazioni è stato (implicitamente) consentito alla Stazione appaltante di non esigere, all'atto della presentazione della domanda per la partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori pubblici, la documentazione necessaria per attestare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito, con l'obbligo però di richiedere, prima dell'apertura delle buste delle offerte, ad almeno un numero offerenti non inferiori al 10 % delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico, al fine di comprovare, entro dieci giorni dalla richiesta, il possesso di detti requisiti. Con l'espressa previsione che "Quando tale prova non sia fornita ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità (per la vigilanza su lavori pubblici) per i provvedimenti di cui all'art. 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, comma. La suddetta richiesta è altresì inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano già compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione"

Con la conseguenza che la Stazione appaltante, nel caso che tale prova non venga fornita ovvero non confermi quanto dichiarato nel termine prescritto, è tenuta all'esclusione del concorrente dalla gara ed all'escussione della relativa cauzione provvisoria, oltre che alla segnalazione del fatto all'autorità di vigilanza per i lavori pubblici per le ulteriori misure sanzionatorie (V. la decisione di questa Sezione n. 2482 dell'8.5.2002).

In particolare, poi ne è stato messo in rilievo il carattere sanzionatorio (V. Sez. VI n. n.416 del del 26.7.2001), peraltro confermato nell'ultima parte del menzionato art.1-quater L. n. 109/94 e successive modificazioni, per cui il relativo potere non può essere esercitato al di fuori dei limiti normativamente stabiliti (V. la decisione di questa Sezione n.2512 del 12.5.2003).

Tar Piemonte, Sez. I di Torino, n. 42 del 15 gennaio 2003**** che, pronunciandosi sul ricorso ai sensi dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n.205, lo dichiara inammissibile, per mancanza in capo al ricorrente della necessaria legittimazione.

Esito del giudizio di appello:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, pronunciando sull'appello in epigrafe, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado

Conseguenze operative:

Nelle controversie relative alla legittimità degli atti della procedura instaurate anteriormente alla costituzione formale del raggruppamento temporaneo, la giurisprudenza dominante riconosce la legittimazione attiva e passiva di ciascuna delle imprese che hanno sottoscritto l'offerta congiunta. Il principio, attenendo al diritto di azione e difesa dei propri interessi, che altrimenti risulterebbe negato, naturalmente non può soffrire eccezione per l'ipotesi di costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti.

Nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria assolve alla funzione di garantire l'affidabilità dell'offerta, di cui il primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara. Essa rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente. L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla detta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso.

Ulteriore osservazione:

Sul caso che ha occupato in prime cure il Tar Torino e successivamente, con una velocità che merita una particolare attenzione, il supremo giudice amministrativo, c'è da fare un'ulteriore osservazione.

Leggendo la sentenza di Torino si nota che la data di richiesta dell'escussione della provvisoria risale al 20 settembre 2002, e...la data di conferma di incameramento della stessa al 9 ottobre 2002.

Questo significa che nella fattispecie esaminata, al di là della manifesta intenzione da parte della ditta obbligata, ad opporre ricorso, la Compagnia assicuratrice, ha inteso adempiere al proprio obbligo di
"Pagamento a semplice richiesta scritta entro 15 giorni"!!!!!!!!!!!!
.come sarebbe giusto fare,SEMPRE.....!!!!!!!!!!!!

SALVO POI.....:

“ L'interessato, in proprio e nell'indicata qualità, ha impugnato con separato ricorso la parte del provvedimento in cui si dispone di procedere all'escussione della cauzione provvisoria e ne ha chiesto l'annullamento, insieme alla successiva nota n. 7484 del 9.10.2002. di comunicazione dell'avvenuto incameramento di detta cauzione ed agli artt. 10 del disciplinare di gara e 21 del regolamento comunale dei contratti. **Ha chiesto, altresì, il riconoscimento del diritto della società assicuratrice ad ottenere la restituzione della somma eventualmente versata al predetto titolo.**”

SSSSSSSSSS

E da ultimissimo

In tema di rapporti fra false dichiarazioni (con particolare attenzione alla regolarità contributiva), discrezionalità dell'amministrazione, esclusione dalle procedure ed escussione della cauzione provvisoria (a norma dell'articolo 48 del codice dei contratti) nonché in merito alla discrezionalità dell'Autorità relativamente alle annotazioni dei contenuti del provvedimento di esclusione nel Casellario informatico

Le imprese che intendano partecipare alle pubbliche gare d'appalto, hanno l'onere, allorché rendono le autodichiarazioni previste dalla legge o dal bando, di rendersi particolarmente diligenti nel verificare preliminarmente (attraverso la documentazione in loro possesso o anche accedendo ai dati dei competenti uffici) che tali autodichiarazioni siano veritiere. La falsa o incompleta attestazione dei requisiti di partecipazione ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione. **Con specifico riguardo alla dichiarazione di regolarità contributiva, deve perciò distinguersi. E' illegittima l'esclusione quando l'impresa abbia tempestivamente impugnato, prima della pubblicazione del bando, la richiesta di pagamento degli oneri contributivi, ma a diversa conclusione si perviene nel caso in cui l'impresa abbia dichiarato espressamente, nella domanda di partecipazione, di essere in regola con i doveri contributivi e fiscali, nonostante l'effettiva presenza di contenziosi pendenti: in tal caso infatti la dichiarazione, a pena di esclusione, deve essere completa dell'indicazione di detto contenzioso.** Pertanto, la violazione del principio del "clare loqui" e la mancata indicazione dei debiti previdenziali ed assistenziali di cui la partecipante sia a conoscenza integra una dichiarazione non veritiera sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e si configura come causa autonoma di esclusione dalla stessa. Discende da quanto detto, altresì, l'infondatezza del nono motivo di ricorso, in relazione alla pretesa illegittimità derivata dall'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. **La cauzione provvisoria rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente. L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso.** Così, anche in vigenza dell'art. 48 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'escussione della cauzione è possibile, ed anzi rappresenta atto dovuto, quando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara non siano confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione e l'Amministrazione provveda, a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa ed all'annullamento dell'eventuale aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto, risultando indifferente la natura del requisito di partecipazione falsamente dichiarato. L'Autorità di vigilanza successivamente alla segnalazione deve procedere alla annotazione dei contenuti del provvedimento di esclusione nel Casellario informatico, non avendo alcun potere di valutare autonomamente il contenuto di detto provvedimento, salvo il caso di inesistenza in punto di fatto dei presupposti o l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante, ed ha perciò il dovere di inserire la notizia nel Casellario informatico, istituito al solo fine di dare pubblicità-notizia alle decisioni adottate dalle stazioni appaltanti. L'attività dell'Autorità che si esplica nell'annotazione nel Casellario informatico ha carattere meramente esecutivo e non provvedimentale, con la sola finalità di rendere facilmente e immediatamente accessibili notizie che comunque potrebbero essere acquisite direttamente dall'Osservatorio sui lavori pubblici tramite domanda. Essa non irroga nessuna sanzione, ma conferisce pubblicità ad una comunicazione che la stazione appaltante è obbligata a trasmettere, e non abbisogna di preventiva instaurazione del contraddittorio

merita di essere segnalata la sentenza numero 1622 del 3 luglio 2008 emessa dal Tar Puglia, Bari

< Il Collegio condivide i rilievi svolti dalla ricorrente sul piano strettamente esegetico: stando alla norma da ultimo richiamata, che riprende la formulazione dell'art. 75, primo comma lett. e) del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, le Amministrazioni procedenti non possono legittimamente arrestarsi alla presa d'atto del responso "sintetico" fornito dall'ente previdenziale per mezzo del d.u.r.c., bensì devono effettuare un'autonoma istruttoria circa i caratteri della irregolarità contributiva cumulativamente richiesti dal legislatore, ossia la "gravità" e la "definitività". Tale attività di verifica ed apprezzamento, da svolgersi in contraddittorio con l'impresa interessata, non può essere surrogata dalla certificazione formata dall'ente previdenziale, al quale solo compete di attestare l'esistenza e l'entità del rapporto debitorio. Del pari, spetta al giudice amministrativo il sindacato sulla motivazione adottata dalla stazione appaltante, all'atto dell'esclusione dalla gara, circa la ricorrenza dei presupposti di gravità e definitività delle pendenze contributive (condivisibile, in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4817, riferita all'art. 75 del previgente regolamento sui lavori pubblici).

Può oggi aggiungersi che una diversa interpretazione, oltre a tradire il tenore letterale del primo comma dell'art. 38 del Codice, si porrebbe in contrasto con l'art. 45, terzo comma, della direttiva 2004/18/CE il quale, introducendo un principio immediatamente precettivo rivolto alle Amministrazioni aggiudicatrici, consente sì di accettare il certificato come "prova sufficiente" che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di esclusione, ma viceversa non autorizza a far discendere l'esclusione automatica dell'impresa dalle risultanze di detto certificato.

L'esplicazione del potere di apprezzamento della gravità e della definitività delle violazioni contributive, da parte della stazione appaltante, non può che collocarsi nella fase della qualificazione dei soggetti offerenti, allorché si svolge la consueta verifica dei requisiti di partecipazione prescritti dalla legge e dal bando di gara.

Va osservato, tuttavia, che la previsione del terzo comma dell'art. 38 del Codice, che fa obbligo all'aggiudicatario provvisorio di consegnare all'Amministrazione il d.u.r.c., non esclude che già in fase di presentazione della domanda di partecipazione tutte le ditte concorrenti debbano diligentemente dichiarare la propria posizione contributiva (non diversamente, ad esempio, dai precedenti penali degli amministratori), proprio allo scopo di consentire la doverosa valutazione degli eventuali debiti previdenziali, in punto di "gravità" e "definitività".

Proprio il riconoscimento di penetranti spazi di discrezionalità, in capo alla stazione appaltante, nei riguardi delle pendenze contributive risultanti dal d.u.r.c. porta con sé, quale corollario, che ciascuna impresa che abbia in corso un procedimento di accertamento previdenziale non può dichiarare di essere in regola, ma deve manifestare fin dall'inizio l'esistenza di tale situazione, alla cui valutazione provvederà l'Autorità destinataria della dichiarazione medesima; come ripetutamente rilevato dalla giurisprudenza, infatti, in un contesto di positivo rinnovamento della legislazione in tema di rapporti tra cittadino e pubblici poteri, e quindi in tema di certificazioni e di autocertificazione, è indispensabile che il cittadino stesso sia anche responsabile (e responsabilizzato) delle dichiarazioni che rilascia, all'evidente scopo di evitare che un importante strumento di civiltà giuridico-amministrativa, quale l'autocertificazione, possa finire con l'essere comodo mezzo per aggirare ben precisi precetti di legge (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 15 settembre 2005 n. 1590).>

Ma vi è di più

< Nella fattispecie in esame, è provato che la società mandante La ALFAQUATER s.p.a. avesse intrapreso fin dal 2005 un contenzioso, non definito all'epoca della presentazione dell'offerta, nei confronti dell'I.N.P.S. per il mancato pagamento di contributi in relazione a contratti di formazione e lavoro, e che di tale pendenza non avesse fatto menzione nella domanda di partecipazione.

Si aggiunga che il bando di gara prevedeva espressamente, al paragrafo VI 3. (pag. 11), che la dichiarazione resa dalle società partecipanti, attestante l'insussistenza ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 di una delle cause di esclusione dalla gara, viene rilasciata ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, può essere verificata in ogni momento dalla stazione appaltante e, in caso di dichiarazione non veritiera, comporta l'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000, che appunto prevede la decadenza dai benefici ottenuti con la suddetta dichiarazione.

Pertanto, la violazione del principio del "clare loqui" e la mancata indicazione dei debiti previdenziali ed assistenziali di cui la partecipante sia a conoscenza integra una dichiarazione non veritiera sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e si configura come causa autonoma di esclusione dalla stessa.

Quanto al mancato esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà prevista dall'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, dedotto con il terzo motivo di ricorso, deve in contrario evidenziarsi che il potere di integrazione istruttoria in corso di gara trova un limite nel principio della "par condicio" tra i concorrenti e pertanto non può essere utilizzato, come nel caso in esame, per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068).>

Attenzione a questo passaggio

Viceversa infondata è la doglianza con la quale si afferma che la sanzione accessoria dell'incameramento della cauzione provvisoria non potrebbe essere disposta nell'ipotesi di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, secondo il disposto dell'art. 48 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Rileva in contrario il Collegio che, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. l'art. 332 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; gli artt. 2 e 4 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063; l'art. 30, comma 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla lex specialis di gara, che refluiscie sul regolare svolgimento dell'intero procedimento di gara

Si legga anche:

Lo scopo della norma di cui all'articolo 46 (documenti e informazioni complementari) del decreto legislativo 163/2006 smi è quella di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando e della lettera di invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie

La disposizione di cui all'articolo 46 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i. non ha inteso assegnare alle amministrazioni aggiudicatrici una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modus procedendi, volto a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma o, peggio, sul formalismo dell'esibizione della documentazione in gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica. L'istituto comunitario di carattere generale è, pertanto, diretto ad evitare che la esigenza della massima partecipazione possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione.

Questa è l'attuale norma

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 46. Documenti e informazioni complementari

(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

In tema di possibilità di integrazione documentale, dello scopo e dei limiti della norma, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 1068 del 6 marzo 2006

Orbene, la disposizione racchiusa nell'art. 16 del D.L.vo n. 17 marzo 1995 n. 157 - ora articolo 46 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i. (secondo cui <<le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati >>) nel recepire la direttiva Ce 18 giugno 1992 n. 50 - che ha introdotto la possibilità di chiedere chiarimenti od integrazioni per certificati e documentazioni presentati, relativamente ai requisiti di idoneità soggettiva nonché delle capacità economiche e tecniche per partecipare ad appalti di forniture - con l'inciso <<invitano, se necessario>>, ha chiarito e rafforzato il significato art. 34 della direttiva stessa trattandosi di una disposizione che, per le varie realtà amministrative degli Stati comunitari ed il diverso atteggiarsi delle funzioni pubbliche, è stata formulata con riferimento al concetto di potere perché l'azione amministrativa non fosse considerata ultra vires o senza potere.

Ma quali sono i limiti?

< Merita di essere precisato, tuttavia, che tale disposizione incontra dei limiti applicativi che la giurisprudenza ha individuato:

a) nel limite del principio della par condicio tra i concorrenti: la disposizione de qua non può essere utilizzata per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara

b) nel limite degli elementi essenziali (ovvero dei profili sostanziali), nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda. Tale limite deve essere, tuttavia, temperato dall'osservazione secondo cui è possibile ricorrere all'integrazione nelle ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso della amministrazione, costituiscano ragionevole indizio (cd. principio di prova) del possesso del requisito di partecipazione, non espressamente o univocamente documentato;

c) in terzo luogo, la regolarizzazione trova ingresso essenzialmente quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando e della lettera di invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie. In questo senso, la giurisprudenza più recente ritiene che ai sensi dell'art. 16 d.lg. n.

157 del 1995, ai fini dell'esercizio del potere dell'amministrazione di invito dei concorrenti alla regolarizzazione della documentazione dei requisiti di partecipazione ad una gara, è condizione necessaria l'equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o da chiarire; pertanto, in presenza di una prescrizione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituisce violazione del predetto principio >

tratto da Cons. Stato, sez. V, 17/04/2002, n. 2017:

< Occorre osservare che l'art. 16 del d. lgs. n. 157 del 1995 non circoscrive, "nei limiti previsti" dai quattro articoli che lo precedono – e dunque con riguardo all'insieme dei requisiti che le imprese concorrenti devono possedere -, il potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere chiarimenti circa il contenuto delle dichiarazioni o dei documenti presentati. L'inciso "se necessario", contenuto nella norma, sta solo ad indicare un'esigenza di ragionevolezza, che, nel caso in esame, appare sussistente. Ciò significa che la sospensione del procedimento può legittimamente aversi, per il tempo occorrente a concludere la verifica. Questa, come risulta dagli atti di gara, atteneva alla dimostrazione delle capacità tecniche della società e, propriamente, si è concentrata sui mezzi di cui doveva disporre per garantire il servizio da aggiudicare.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2060 del 4 settembre 2008, emessa dal Tar Puglia, Bari

N. 02060/2008 REG.SEN.

N. 00918/2006 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 918 del 2006, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'a.t.i. costituita tra la ALFA Gino & C. s.a.s. (capogruppo) e la ALFA1 s.r.l. (mandante), entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Abbamonte e Luigi Paccione, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Q. Sella, 120;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via P. Fiore, 14;

Regione Puglia, non costituita in giudizio;

Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Roma, non costituita in giudizio;

nei confronti di

C. Assicurazioni s.p.a., non costituita in giudizio;

BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento n. 74 del 7.3.2006, con il quale Acquedotto Pugliese s.p.a. ha annullato il bando di gara e l'aggiudicazione già disposta in favore delle ricorrenti per l'appalto del servizio di custodia e conduzione a livello esecutivo (compresa l'attività di pronto intervento e di sanificazione) delle reti fognanti, dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche e fognanti e dei lavori di manutenzione migliorativa e/o di rinnovamento delle reti idriche ed ispezione sulle reti idriche e fognanti, negli abitati del lotto n. 8, disponendo altresì l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici;

- delle note prot. n. 1969/DIRAC del 8.3.2006 e prot. 1850/DIRAC/GPP del 6.3.2006;

- della nota rilasciata dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Roma in data 24.2.2006;

- delle disposizioni di cui ai punti III.2.1.2 e III.2.1.3 del bando di gara del 19.4.2005;

- dell'aggiudicazione dell'appalto e del relativo contratto per il servizio di custodia, conduzione ed ispezione (compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione) delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria e a guasto sulle reti idriche e fognanti negli abitati dell'ambito n. 8, disposta a favore dell'a.t.i. BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l. con provvedimento del 7.12.2006;

- ed inoltre per il risarcimento del danno conseguente ai provvedimenti impugnati;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2008 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

E' impugnato il provvedimento del 7.3.2006, con il quale Acquedotto Pugliese s.p.a. ha annullato il bando di gara e l'aggiudicazione (già disposta in favore dell'a.t.i. ricorrente, in data 11.1.2006) per l'appalto meglio descritto in epigrafe, incamerando la cauzione provvisoria e segnalando l'accaduto all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Con successivi motivi aggiunti, le ricorrenti impugnano altresì l'aggiudicazione disposta a favore dell'a.t.i. BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l. con provvedimento del 7.12.2006, relativa ad appalto bandito il 4.7.2006 per il medesimo lotto n. 8 e parzialmente coincidente, quanto all'oggetto, con quello interessato dal ricorso originario.

In sintesi, esse deducono censure così rubricate:

- I. violazione e falsa applicazione della Direttiva n. 92/50/CE e della disciplina di cui al d. lgs. n. 157/1995; eccesso di potere per travisamento dei fatti;
- II. violazione e falsa applicazione del d. lgs. n. 152/1999; violazione e falsa applicazione della Direttiva n. 92/50/CE e della disciplina di cui al d. lgs. n. 157/1995; eccesso di potere per travisamento dei fatti ed illogicità manifesta;
- III. violazione e falsa applicazione del punto III.2.1.4 del bando di gara e del punto 10.1 – lett. c) della lettera d'invito; violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 22 del d. lgs. n. 158/1995 e 75, comma 1 – lett. h), del d.p.r. n. 554/1999; eccesso di potere;
- IV. violazione e falsa applicazione dell'art. 10 quater della legge n. 109/1994; eccesso di potere per difetto del presupposto;
- V. violazione del potere di autotutela della P.A. e del principio di economicità dell'azione amministrativa; eccesso di potere e sviamento di potere.

Con i motivi aggiunti rivolti avverso la sopravvenuta aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., le ricorrenti deducono inoltre:

- I. violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa; difetto di presupposto, sviamento, illogicità manifesta e contraddittorietà; illegittimità derivata in relazione ai vizi denunciati con il ricorso principale;
- II. illegittimità derivata; violazione e falsa applicazione del d. lgs. n. 152/1999; violazione e falsa applicazione della Direttiva n. 92/50/CE e della disciplina di cui al d. lgs. n. 157/1995; eccesso di potere per travisamento dei fatti ed illogicità manifesta;
- III. violazione dei principi in materia di autotutela e del principio di economicità dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione della disciplina di gara; sviamento di potere; illegittimità derivata; violazione e falsa applicazione del punto III.2.1.4 del bando di gara e del punto 10.1 – lett. c) della lettera d'invito; violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 22 del d. lgs. n. 158/1995 e 75, comma 1 – lett. h), del d.p.r. n. 554/1999; eccesso di potere;
- IV. illegittimità derivata; violazione dei principi in materia di autotutela e della legge n. 241/1990, nella parte in cui impone il principio di economia dei mezzi procedurali e di non aggravamento del procedimento; sviamento di potere.

Si è costituita la resistente Acquedotto Pugliese s.p.a., argomentando per l'infondatezza del ricorso nonché per la sua inammissibilità ed improcedibilità sotto diversi profili.

Alla pubblica udienza del 25 giugno 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Acquedotto Pugliese s.p.a., con bando del 19.4.2005, avviava una procedura di licitazione privata per l'affidamento triennale del servizio di custodia e conduzione a livello esecutivo (compresa l'attività di pronto intervento e di sanificazione) delle reti fognanti, dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche e fognanti e dei lavori di manutenzione migliorativa e/o di rinnovamento delle reti idriche ed ispezione sulle reti idriche e fognanti, negli abitati del lotto n. 8.

Le imprese ricorrenti, costituite in associazione temporanea, ne risultavano aggiudicatrici in data 11.1.2006.

A seguito di approfondimenti istruttori, occasionati anche da ricorsi giurisdizionali proposti da talune ditte concorrenti, Acquedotto Pugliese s.p.a. perveniva alla determinazione di annullare l'aggiudicazione e di revocare l'intera procedura di gara, sulla base di tre distinte motivazioni enunciate nell'impugnato provvedimento del 7.3.2006, così riassumibili:

a) il raggruppamento aggiudicatario era stato erroneamente ammesso alla selezione, poiché la mandante ALFA1 s.r.l. doveva considerarsi priva "...del prescritto requisito di conduzione di reti di fognatura, giacché sono state ritenute ammissibili ... fatturati conseguiti anche attraverso servizi di conduzione di strutture fognanti, che sono diverse dalle reti di fognatura, quali gli impianti di scarico a servizio degli edifici, come prescritto al paragrafo III.2.1.3 – lett. b), del bando di gara, in violazione al disposto normativo di cui all'art. 22 del D. Lgs. n. 158/95";

b) i certificati camerali prodotti dalla mandante ALFA1 s.r.l. risultavano falsi "... in quanto non rilasciati dalla competente camera di Commercio di Roma, non sono idonei a dimostrare sia il possesso del requisito di iscrizione alla stessa C.C.I.A.A. per il settore di attività corrispondente a quello di conduzione di reti di fognatura ... sia il nulla-osta antimafia ai fini dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575, richiesto a pena d'esclusione dalla gara al punto 10.1 – lett. c) della lettera d'invito, in violazione al disposto normativo di cui all'art. 22 del D. Lgs. n. 158/95 e 75, comma 1, lett. h), del D.P.R. n. 554/99 ... non sono idonei altresì a dimostrare il possesso del requisito prescritto al paragrafo III.2.1.4 – lett. d) del predetto bando per l'espletamento del servizio di sanificazione delle reti di fognatura, in violazione al disposto normativo di cui all'art. 22 del D. Lgs. n. 158/95 e 75, comma 1, lett. h), del D.P.R. n. 554/99";

c) il bando di gara e tutti gli atti conseguenti dovevano in ogni caso essere annullati (rectius: revocati), poiché la Regione Puglia non aveva tempestivamente aggiudicato gli appalti dei servizi di ingegneria e delle forniture necessarie per la concreta "cantierizzazione" dei lavori di manutenzione migliorativa e rinnovamento delle reti idriche.

Pendente il giudizio, la società resistente pubblicava il 4.7.2006 un nuovo bando di gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione ed ispezione (compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione) delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria e a guasto sulle reti idriche e fognanti, negli abitati dell'ambito n. 8.

Ne risultava aggiudicataria l'a.t.i. BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., con provvedimento del 7.12.2006 depositato agli atti di causa dalla difesa di Acquedotto Pugliese s.p.a. in data 8.3.2008. Tale atto veniva impugnato dalle ricorrenti mediante motivi aggiunti notificati il 5.5.2008.

2. Tanto premesso in fatto, deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla difesa di Acquedotto Pugliese s.p.a. in relazione ai motivi aggiunti, notificati a distanza di 58 giorni dal deposito in cancelleria del provvedimento di aggiudicazione.

L'eccezione è fondata.

In primo luogo, infatti, deve ritenersi che dal deposito in giudizio del provvedimento di aggiudicazione definitiva decorra, per il ricorrente che abbia già impugnato la sua esclusione ovvero altri atti della procedura di gara, il termine per la proposizione di autonomo gravame ovvero di motivi aggiunti avverso la sopravvenuta aggiudicazione, pena l'improcedibilità del ricorso originario (in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2007 n. 4268).

Nella fattispecie, i motivi aggiunti sono stati notificati oltre i trenta giorni dalla conoscenza dell'atto e risultano perciò tardivi, alla luce della regola della dimezzazione dei termini processuali nelle materie indicate all'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Il Collegio ritiene infatti di aderire al più rigoroso indirizzo interpretativo, recentemente avallato con ampia e condivisibile motivazione dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, secondo il quale la regola generale del dimezzamento del termine, nelle materie soggette alla disciplina del citato art. 23 bis, riguarda anche il termine per la proposizione dei motivi aggiunti, sia che abbiano ad oggetto nuovi provvedimenti, sia che riguardino atti già impugnati (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008 n. 949; da ultimo TAR Puglia, Bari, sez. I, 26 giugno 2008 n. 1553; nello stesso senso già Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2002 n. 3717).

Ne discende l'irricevibilità dei motivi aggiunti, proposti avverso l'aggiudicazione definitiva all'a.t.i. BETA Rag. Francesco Costruzioni s.r.l. del servizio di custodia, conduzione ed ispezione (compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione) delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria e a guasto sulle reti idriche e fognanti negli abitati dell'ambito n. 8.

La dichiarata irricevibilità dei motivi aggiunti determina tuttavia l'improcedibilità solo parziale del ricorso originario (riguardante l'atto di annullamento in autotutela degli esiti della precedente procedura di gara), poiché residua in capo alle ricorrenti l'interesse ad ottenere una pronuncia in ordine al provvedimento del 7.3.2006, nella parte in cui ha determinato l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dall'a.t.i. ricorrente nel corso della gara.

Devono perciò essere esaminate le sole censure svolte dalle ricorrenti in relazione ai presupposti che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, al limitato fine di stabilire se la stazione appaltante abbia legittimamente escusso la cauzione pari a euro 120.048,00.

3. A tal proposito, emerge dalla motivazione del provvedimento impugnato (cfr. in particolare pag. 16 – punto B) che l'escussione della cauzione in danno delle ricorrenti è stata decisa da Acquedotto Pugliese s.p.a. in ragione della produzione di certificati camerali poi risultati falsi. Vanno perciò esaminati il terzo ed il quarto motivo del ricorso originario, che attengono a tale circostanza.

I motivi sono infondati.

La lettera d'invito al § 10.1. includeva, tra i documenti da inserire a pena d'esclusione nella busta n. 1, il certificato della C.C.I.A.A. di data non anteriore a sei mesi rispetto a quella fissata per la presentazione dell'offerta, indicante le generalità dei legali rappresentanti dell'impresa, con la dicitura "antimafia". Al successivo § 13, la lettera d'invito stabiliva poi che l'aggiudicatario provvisorio avrebbe dovuto

dimostrare il possesso dei requisiti dichiarati in fase di prequalificazione, inviando entro dieci giorni la prescritta documentazione.

Su esplicita richiesta di Acquedotto Pugliese s.p.a., la Camera di Commercio di Roma ha dichiarato, con nota del 24.2.2006, di non aver mai rilasciato i certificati prodotti nel corso della gara dalla mandante ALFA1 s.r.l.; si trattava perciò di certificati falsi, come indirettamente confermato dalle stesse ricorrenti che affermano di aver presentato denuncia contro ignoti per l'avvenuta contraffazione.

Sul punto, prive di pregio sono le doglianze in ordine all'asserito obbligo della stazione appaltante di richiedere integrazioni documentali. La possibilità che l'Amministrazione richieda integrazioni alle imprese offerenti va infatti esclusa nel caso in cui la ditta abbia allegato certificazioni false, delle quali è dimostrata la non provenienza dal pubblico ufficio deputato al loro rilascio. E' perciò corretta l'affermazione contenuta nella parte motiva del provvedimento impugnato, nel senso che la produzione di un certificato falso debba essere equiparata alla mancata produzione dello stesso e determini l'esclusione del concorrente che ne sia responsabile.

Ugualmente infondato è l'assunto secondo il quale la previsione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (che prevedeva, nelle procedure di affidamento dei lavori pubblici, l'escussione della cauzione nei confronti dell'aggiudicatario che non dimostri i requisiti dichiarati) non sarebbe applicabile nella fattispecie, trattandosi di appalto di servizi soggetto alla disciplina dettata dal d. lgs. 17 marzo 1995 n. 158 per i settori esclusi.

In contrario, va innanzitutto osservato che l'appalto in questione aveva carattere misto, richiedendosi all'impresa affidataria l'esecuzione di servizi e lavori.

Più in generale, con riferimento all'istituto della cauzione provvisoria, va osservato che, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. l'art. 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; gli artt. 2 e 4 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063; l'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla lex specialis di gara, che refluiscie sulla serietà e correttezza dell'intero procedimento di gara (principio pacifico in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 1998 n. 124; Id., 15 novembre 2001 n. 5843; Id., 28 giugno 2004 n. 4789).

La cauzione provvisoria rappresenta in tal modo, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente che si renda autore di dichiarazioni mendaci (o, come nel caso in esame, che consegna alla stazione appaltante certificati contraffatti). L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso (in questo senso, di recente, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6769; Id., sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 288).

Così, anche in relazione ad una procedura di gara non direttamente regolata dall'art. 10 della legge quadro sui lavori pubblici (all'epoca vigente), l'escussione della cauzione è possibile, ed anzi rappresenta atto dovuto, quando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara non siano confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione e l'Amministrazione provveda,

a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa ed all'annullamento dell'eventuale aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto, risultando indifferente la natura del requisito di partecipazione falsamente dichiarato (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 3 luglio 2008 n. 1623).

Ne discende, in relazione all'escussione della cauzione provvisoria da parte di Acquedotto Pugliese s.p.a., l'infondatezza del ricorso originario, che per il resto deve invece essere dichiarato improcedibile, in conseguenza della dichiarata irricevibilità dei motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione successiva dell'appalto.

La domanda risarcitoria, atteso il nesso di pregiudizialità, segue la sorte delle domande impugnatorie e deve anch'essa essere respinta.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara in parte irricevibile, in parte improcedibile, in parte lo respinge.

Condanna le ricorrenti, in solido tra loro, alla refusione delle spese processuali a favore dell'Acquedotto Pugliese s.p.a., nella misura di Euro 5.000 (cinquemila) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Laura Marzano, Referendario

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/09/2008

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

IL SEGRETARIO