

SOLO A NORMA DELL'ARTICOLO 38 (E NON DEL SORTEGGIO DI CUI ALL'ARTICOLO 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI E DELLA FACOLTÀ DATA ALLE AMMINISTRAZIONI DI VERIFICARE IL CONTENUTO DELLE AUTODICHIARAZIONI DALL'ARTICOLO 71 DEL DPR 445/2000, LA MANCATA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO (OVVERO L'ANNULLAMENTO DI UN'AGGIUDICAZIONE) È FONTE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA (COMMA 6 DELL'ARTICOLO 75 DEL CODICE DEI CONTRATTI)

Ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs n. 163/2006. va richiesta la dimostrazione del reale possesso dei soli requisiti di ordine speciale

Nel caso di specie il requisito non posseduto dalla ricorrente non rientrava nella categoria dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, bensì in quella dei requisiti di ordine generale, per la mancanza o per la mancata dimostrazione del possesso dei quali non è prevista l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 48 del D.lgs. n. 163/2006;_ che pertanto, in accoglimento del ricorso in oggetto, vanno annullati gli atti impugnati limitatamente ai provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3013 del 23 settembre 2008, emessa dal Tar Veneto Venezia (si legga anche l'osservazione)

<per l'annullamento

dell'atto di revoca aggiudicazione e provvedimenti conseguenti 10.7.2008, prot. n. 24106/TEC limitatamente ai provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs n. 163/2006 e di segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs n. 163/2006.

Visto il ricorso, notificato il 21.8.2008 e depositato presso la Segreteria il 29.8.2008, con i relativi allegati;

visti gli atti tutti di causa;

udito all'udienza camerale del 17 settembre 2008 (relatore il Consigliere Alessandra Farina), l'avvocato Alpagotti per i ricorrenti;

considerato

che, per il combinato disposto dell'art. 23, XI comma, e dell' art. 26, IV e V comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio, verificato che non v'è necessità di procedere ad

adempimenti istruttori e sentite sul punto le parti presenti, può definire il giudizio con sentenza succintamente motivata;

che, nel corso dell'udienza camerale fissata nel giudizio in epigrafe, il Collegio ha comunicato alle parti presenti come, all'esito, avrebbe potuto essere emessa decisione in forma semplificata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

che sussistono i presupposti per pronunciare tale sentenza nella presente controversia.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che la fattispecie in esame risulta analoga ad altra controversia sulla quale il Tribunale ha già avuto modo di pronunciarsi recentemente (vedi T.A.R. Veneto, I, n. 1326/2008), peraltro aderendo all'orientamento espresso in materia dal Consiglio di Stato (C.d.S., IV, n. 5009/2006);

che anche nel caso di specie il requisito non posseduto dalla ricorrente non rientrava nella categoria dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, bensì in quella dei requisiti di ordine generale, per la mancanza o per la mancata dimostrazione del possesso dei quali non è prevista l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 48 del D.lgs. n. 163/2006;

che pertanto, in accoglimento del ricorso in oggetto, vanno annullati gli atti impugnati limitatamente ai provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;

Spese compensate.>

Questa sentenza merita un'attenta precisazione

Il motivo per il quale il Tar accetta di annullare l'escussione della cauzione sta nel fatto che il sorteggio è avvenuto a norma dell'articolo 48 del codice dei contratti.

In realtà, poiché comunque per colpa dell'aggiudicataria, non si è potuti sottoscrivere il contratto, se l'amministrazione avesse fatto le stesse verifiche, ma a norma dell'articolo 71 del dpr 445 del 2000, nessuno avrebbe potuto eccepire nulla, in quanto, lo sappiamo bene, il comma 6 dell'articolo 75 del codice dei contratti prevede l'escussione della garanzia provvisoria in caso di mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario (questa norma va letta in combinato disposto con l'introduzione dell'articolo 38 che prevede che: _ 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e **non possono stipulare i relativi contratti i soggetti....._)**

Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445

Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa

< CAPO V - CONTROLLI

Art. 71 (R) Modalità dei controlli

1. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47. (R)

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. 75. Garanzie a corredo dell'offerta

(art. 30, co. 1, co. 2-bis, legge n. 109/1994; art. 8, co. 11-quater, legge n. 109/1994 come novellato dall'art. 24, legge n. 62/2005; art. 100, d.P.R. n. 554/1999; art. 24, co. 10, legge n. 62/2005)

1. L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

2. La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

5. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura.

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

7. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.

8. L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

9. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

A cura di Sonia Lazzini

> **Ricorso n. 1573/2008 Sent. n. 3013/08**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, con l'intervento dei magistrati

Avviso di Deposito

del

a norma dell'art. 55

della L. 27 aprile

1982 n. 186

Il Direttore di Sezione

Bruno Amoroso - Presidente

Fulvio Rocco - Consigliere

Alessandra Farina - Consigliere, relatore

SENTENZA

sul ricorso n. 1573/08, proposto da **ALFA Costruzioni S.r.l.** ed **Elettromeccanica ALFA1 S.r.l.** entrambe in proprio ed in qualità la prima di mandataria, la seconda di mandante della costituenda ATI, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Giorgio Azzalini e Claudia Alpagotti, con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv.to Cristina Belloni, in Venezia S. Marco 2959,

contro

l'Azienda unità locale socio – sanitaria n. 1 di Belluno, in persona del Direttore Generale pro tempore, non costituita in giudizio;

e nei confronti

dell'**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dell'atto di revoca aggiudicazione e provvedimenti conseguenti 10.7.2008, prot. n. 24106/TEC limitatamente ai provvedimenti di incameramento della **cauzione** provvisoria ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs n. 163/2006 e di segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs n. 163/2006.

Visto il ricorso, notificato il 21.8.2008 e depositato presso la Segreteria il 29.8.2008, con i relativi allegati;

visti gli atti tutti di causa;

udito all'udienza camerale del 17 settembre 2008 (relatore il Consigliere Alessandra Farina), l'avvocato Alpagotti per i ricorrenti;

considerato

che, per il combinato disposto dell'art. 23, XI comma, e dell'art. 26, IV e V comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio, verificato che non v'è necessità di procedere ad adempimenti istruttori e sentite sul punto le parti presenti, può definire il giudizio con sentenza succintamente motivata;

che, nel corso dell'udienza camerale fissata nel giudizio in epigrafe, il Collegio ha comunicato alle parti presenti come, all'esito, avrebbe potuto essere emessa decisione in forma semplificata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

che sussistono i presupposti per pronunciare tale sentenza nella presente controversia.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che la fattispecie in esame risulta analoga ad altra controversia sulla quale il Tribunale ha già avuto modo di pronunciarsi recentemente (vedi T.A.R. Veneto, I, n. 1326/2008), peraltro aderendo all'orientamento espresso in materia dal Consiglio di Stato (C.d.S., IV, n. 5009/2006);

che anche nel caso di specie il requisito non posseduto dalla ricorrente non rientrava nella categoria dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, bensì in quella dei requisiti di ordine generale, per la mancanza o per la mancata dimostrazione del possesso dei quali non è prevista l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 48 del D.lgs. n. 163/2006;

che pertanto, in accoglimento del ricorso in oggetto, vanno annullati gli atti impugnati limitatamente ai provvedimenti di incameramento della **cauzione** provvisoria e di segnalazione del fatto all’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;

Spese compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo accoglie e, per l’effetto, annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

Così deciso in Venezia, nella Camera di Consiglio del 17 settembre 2008.

Il Presidente L’Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

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

Il Direttore della Seconda Sezione