

La ratio della norma sul sorteggio dei requisiti di ordine speciale consiste nell' evitare che determinate offerte influenzino la fase di individuazione della soglia di anomalia

In caso di unica garanzia presentata per due procedure selettive, l'escussione deve essere limitata alla percentuale dell' importo a base d'asta cui la provvisoria si riferisce

Sintesi di Tar Valle d'Aosta, Aosta, sentenza n. 221 del 13 novembre 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – sorteggio per la verifica dei requisiti di ordine speciale – art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i. – dopo il termine perentorio dei 10 giorni, legittime le sanzioni – inerzia della sorteggiata – infedeltà delle dichiarazioni – mancato rispetto del termine temporale – non è prevista alcuna proporzionalità per escussione provvisoria

Richiesta di cauzione unica per due distinte procedure selettive – illegittimo incameramento di tutto l'importo a garanzia – l'escussione deve essere limitata a al 5% (trattasi di legge regionale) della base d'asta della gara da cui la ricorrente è stata esclusa.

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale per la Valle d'Aosta, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla, nei sensi di cui in motivazione, il provvedimento n. 6431 del 9.11.2000;
- 2) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite

Conseguenze operative:

Ed invero, l'atto con il quale la pubblica amministrazione incamera la cauzione, una volta ravvisato il difetto di presupposti di partecipazione ad una gara di appalto di opera pubblica, costituisce atto autonomo, benché fondato sul medesimo presupposto, rispetto al provvedimento di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2001, n. 2780). Ne segue che le controversie (come la presente) aventi ad oggetto le modalità e le forme dell'incameramento non sono influenzate dalla mancata impugnazione dell'esclusione.

La disposizione di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., ispirata alla ratio di consentire la sollecita definizione del procedimento selettivo anche per evitare che determinate offerte influenzino la fase di individuazione della soglia di anomalia, pone da un lato l'obbligo per la stazione appaltante di verificare, attraverso la richiesta a una parte delle imprese partecipanti (individuate con il sistema del sorteggio) della documentazione indicata nel bando, il possesso dei requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per l'esecuzione dell'appalto, e, dall'altro, l'onere delle imprese sorteggiate di depositare, entro dieci giorni dalla richiesta, tutta la documentazione necessaria. Analoga verifica va condotta nei confronti dell'impresa aggiudicataria (quando questa non sia stata compresa fra i concorrenti sorteggiati

Ora, quando l'impresa assoggettata a verifica rimanga inerte, ovvero abbia reso dichiarazioni infedeli, ovvero ancora si sia attivata ma non sia riuscita a rispettare il termine indicato (termine da ritenersi perentorio; v. Cons. Stato dec. n. 2780/2001), l'amministrazione è tenuta: a) ad adottare la misura dell'esclusione; b) ad incamerare la cauzione provvisoria; c) a segnalare il fatto all'Autorità di vigilanza

per i lavori pubblici per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma

la cauzione rappresenta una garanzia legata alla serietà e all'affidabilità dell'offerta e l'incameramento della stessa risulta esclusivamente teso a sanzionare il comportamento dell'impresa che non ha documentato l'offerta nei modi ed entro il termine indicati dalla legge

le sanzioni irrogate dall'Autorità colpiscono, invece, il comportamento scorretto della singola impresa avuto riguardo all'interesse, di portata più generale, a che nel settore dei lavori pubblici agiscano soggetti qualificati e corretti a prescindere dalla singola procedura selettiva nel cui ambito si sono verificate le irregolarità in concreto rilevate.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11/2001, proposto

da

**** di **** A. & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., quale capogruppo del Raggruppamento temporaneo d'impresе con Conchatre Elio e Mafrica Demtrio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Balì e Sandro Sorbara, presso il cui studio in Aosta, Via Lucat n. 2/A, ha eletto domicilio

contro

Regione Autonoma Valle d'Aosta, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Gianfranco Garancini e dall'avv. Antonella Banfi, elettivamente domiciliata in Aosta, Via Croce di Città n. 44, presso lo studio dell'avv. Claudio Maione

per l'annullamento

previa sospensione, del provvedimento dirigenziale n. 6431, emesso in data 28 dicembre 2000 dalla Regione Valle d'Aosta, Assessorato dell'ambiente, del territorio e delle opere pubbliche, con il quale veniva incamerata la cauzione provvisoria costituita dal Raggruppamento temporaneo di imprese ricorrente e, conseguentemente, applicata, ai sensi degli artt. 10, comma 1-quater e 4, comma 7, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, la sanzione pecuniaria di lire 45.000.000; del bando di gara, approvato con provvedimento dirigenziale n. 6846 del 9 dicembre 1999, limitatamente alla parte in cui viene previsto l'incameramento della cauzione provvisoria nel caso di mancata presentazione, da parte dell'impresa aggiudicataria, della documentazione richiesta successivamente alla gara; di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

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

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 12 novembre 2003, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, i procuratori delle parti come da verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alla Regione autonoma della Valle d'Aosta in data 18 gennaio 2001, depositato il successivo 6 febbraio, la società ****, nella dichiarata qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo d'impresе meglio specificato in epigrafe, ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione dell'esecuzione: a) il provvedimento dirigenziale n. 6431 del 28 dicembre 2000, con il quale il Coordinatore del Dipartimento opere pubbliche della Regione Autonoma Valle d'Aosta – Assessorato territorio, ambiente e opere pubbliche, ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria di lire 45.000.000 costituita mediante polizza fideiussoria a garanzia degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara d'appalto per i lavori di costruzione dei marciapiedi lungo la S.R. n. 45 della Valle d'Ayas ad Extrapieraz e di rifacimento della pubblica illuminazione; b) in parte qua, il bando di gara relativo a detti lavori, approvato con provvedimento n. 6846 in data 9.12.1999 del medesimo Coordinatore del Dipartimento opere pubbliche.

Avverso gli atti impugnati l'istante deduce diversi profili di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si è costituita in giudizio la Regione Valle d'Aosta, che, eccepita l'omessa impugnazione dell'esclusione e la tardività delle doglianze aventi ad oggetto il bando di gara, ha chiesto la reiezione sia del ricorso sia dell'istanza di sospensione.

Con ordinanza n. 6/2001 del 16 febbraio 2001 questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

All'udienza del 12 novembre 2003 la causa è passata in decisione.

Diritto

Con il ricorso all'odierno esame la società istante contesta l'incameramento, disposto dal competente funzionario della Regione Valle d'Aosta, della cauzione provvisoria di lire 45.000.000 prestata in occasione della partecipazione alla gara per l'affidamento dei lavori: a) di ammodernamento ed allargamento della strada comunale di accesso al Parco Mont Avic in località Rovine, Comune di Chamdepraz, per un importo a base d'asta di lire 900.000.000; b) di costruzione dei marciapiedi lungo la S.R. n. 45 della Valle d'Ayas ad Extrapieraz e di rifacimento della pubblica illuminazione, per un importo a base d'asta di lire 759.068.690.

Premesso, in punto di fatto, che il raggruppamento d'impresе capeggiato dall'istante, aggiudicatosi l'appalto di cui al precedente punto b, era stato successivamente escluso dalla selezione ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109/94 a seguito di segnalazione della Cassa edile di Aosta in ordine al mancato pagamento dei contributi previdenziali da parte dell'impresa Conchatre (appartenente al raggruppamento), il Collegio ritiene il ricorso fondato per quanto di ragione.

2. Vanno preliminarmente deliberate le eccezioni spiegate dall'intimata amministrazione regionale.

2.1. Sotto un primo profilo, la Regione evidenzia la mancata impugnazione, da parte della ricorrente, del provvedimento di esclusione dalla gara. Tale omissione non consentirebbe di accedere alla disamina del merito, attesa la natura di atto necessitato (e meramente consequenziale) dell'incameramento della cauzione rispetto al provvedimento di esclusione.

Con argomentate repliche la società ****, oltre ad aver sostenuto, muovendo dalla natura privatistica delle Casse edili, che la regolarità contributiva nei confronti di queste non potesse in alcun modo essere apprezzata alla stregua di un requisito di partecipazione alle gare di appalto, ha contestato in fatto

l'obiezione della parte pubblica, assumendo di aver impugnato il provvedimento di esclusione "unitamente al provvedimento dirigenziale n. 6431 del 28 dicembre 2000, in quanto costituente il logico presupposto di quest'ultimo" (cfr. punto I mem. dep. il 31.10.2003).

Rilevata preliminarmente l'inammissibilità delle allegazioni appena riportate, dal momento che, a differenza di quanto asserito dalla ****, nel ricorso non viene mai contestata la legittimità dell'esclusione (il thema decidendum concernente essenzialmente, se non esclusivamente, il quantum della cauzione incamerata), il Collegio ritiene di dover disattendere l'eccezione in disamina.

Ed invero, l'atto con il quale la pubblica amministrazione incamera la cauzione, una volta ravvisato il difetto di presupposti di partecipazione ad una gara di appalto di opera pubblica, costituisce atto autonomo, benché fondato sul medesimo presupposto, rispetto al provvedimento di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2001, n. 2780). Ne segue che le controversie (come la presente) aventi ad oggetto le modalità e le forme dell'incameramento non sono influenzate dalla mancata impugnazione dell'esclusione.

2.2. L'amministrazione allega inoltre l'inammissibilità (recte: la tardività) dell'impugnazione del bando di gara.

Anche tale eccezione non può essere condivisa, non rientrando la censurata clausola della lex specialis (alla stregua della quale i partecipanti alla selezione avrebbero dovuto versare la cauzione commisurata all'appalto avente il maggiore importo a base d'asta) tra le c.d. clausole escludenti, per le quali vi è l'onere di impugnare immediatamente il bando, siccome precisamente individuate dalla decisione del Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 4 (trattasi delle prescrizioni riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione e di quelle "in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale").

3. Tanto chiarito in via preliminare, si può passare all'esame del merito del ricorso.

3.1. Con la prima censura la società **** denuncia "violazione di legge, con riferimento agli articoli 10, comma 1-quater, e 4, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, ed eccesso di potere per carenza di motivazione": nel disporre l'incameramento dell'intero importo della cauzione prestata, l'amministrazione avrebbe erroneamente applicato l'art. 4, comma 7, l. n. 109/94, avendo del tutto disatteso il canone di proporzionalità stabilito da tale norma per la determinazione dell'entità della sanzione irrogabile.

La terza censura ("eccesso di potere per carenza di motivazione") - che può essere trattata congiuntamente alla precedente in ragione della unitaria impostazione di fondo - evidenzia una pretesa mancata esternazione dei motivi che avrebbero indotto l'amministrazione ad applicare la sanzione nella misura massima.

Entrambe le doglianze sono infondate.

Secondo l'art. 10, comma 1-quater, l. n. 109/94 (comma aggiunto dall'art. 3, l. 18 novembre 1998, n. 415), le amministrazioni aggiudicatrici, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. "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 i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7". Alla stessa verifica sono assoggettati l'aggiudicatario e il concorrente che segue in graduatoria, "qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati".

La disposizione, ispirata alla ratio di consentire la sollecita definizione del procedimento selettivo anche per evitare che determinate offerte influenzino la fase di individuazione della soglia di anomalia, pone da un lato l'obbligo per la stazione appaltante di verificare, attraverso la richiesta a una parte delle imprese partecipanti (individuate con il sistema del sorteggio) della documentazione indicata nel bando, il possesso dei requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per l'esecuzione dell'appalto, e, dall'altro, l'onere delle imprese sorteggiate di depositare, entro dieci giorni dalla richiesta, tutta la documentazione necessaria. Analoga verifica va condotta nei confronti dell'impresa aggiudicataria (quando questa non sia stata compresa fra i concorrenti sorteggiati).

Ora, quando l'impresa assoggettata a verifica rimanga inerte, ovvero abbia reso dichiarazioni infedeli, ovvero ancora si sia attivata ma non sia riuscita a rispettare il termine indicato (termine da ritenersi perentorio; v. Cons. Stato dec. n. 2780/2001), l'amministrazione è tenuta: a) ad adottare la misura dell'esclusione; b) ad incamerare la cauzione provvisoria; c) a segnalare il fatto all'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7.

Appare perciò chiara la differenza tra l'incameramento della cauzione disposto dall'amministrazione aggiudicatrice e la segnalazione del fatto all'Autorità di settore ai fini dell'adozione dei conseguenti provvedimenti sanzionatori: la cauzione rappresenta una garanzia legata alla serietà e all'affidabilità dell'offerta e l'incameramento della stessa risulta esclusivamente teso a sanzionare il comportamento dell'impresa che non ha documentato l'offerta nei modi ed entro il termine indicati dalla legge (la cauzione, ha, cioè, la funzione di garantire la correttezza e la completezza delle dichiarazioni rese e dei documenti presentati nelle gare pubbliche dagli aggiudicatari o dai soggetti sorteggiati per il controllo; cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2413); le sanzioni irrogate dall'Autorità colpiscono, invece, il comportamento scorretto della singola impresa avuto riguardo all'interesse, di portata più generale, a che nel settore dei lavori pubblici agiscano soggetti qualificati e corretti a prescindere dalla singola procedura selettiva nel cui ambito si sono verificate le irregolarità in concreto rilevate.

Si spiega allora l'orientamento, espresso anche da questo Tribunale, per cui l'art. 10, comma 1-quater, l. n. 109/94, nel prevedere l'escussione della cauzione provvisoria come conseguenza automatica e vincolata in alcune ipotesi ben definite, non contempla nessun meccanismo di proporzionalità in base al quale ridurre l'entità della cauzione medesima, a differenza di quanto previsto per le sanzioni irrogate dalla citata Autorità di vigilanza, che, come si è detto, vanno invece determinate, ex art. 4 comma 7, in proporzione "all'importo contrattuale dei lavori cui le informazioni si riferiscono" (così la sent. 16 gennaio 2002 n. 7).

Ne segue l'infondatezza del primo e del terzo motivo di gravame, con i quali la ricorrente erroneamente assume l'applicabilità del canone di proporzionalità al caso di specie, non disciplinato, per quanto si è detto, dal citato art. 4, comma 7.

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione di legge ed eccesso di potere con particolare riferimento all'art. 34 della legge regionale 20 giugno 1996 n. 20.

Assume l'istante che la Regione, non distinguendo tra le due diverse procedure selettive costituenti l'oggetto del bando, avrebbe richiesto alle imprese concorrenti il versamento di una cauzione (provvisoria) determinata in relazione all'appalto di maggior valore, con la conseguenza che l'importo così individuato (lire 45.000.000) sarebbe superiore, in riferimento all'altro appalto, al limite di legge fissato dal citato art. 34 l.r. n. 20/96 (5% dell'importo "posto a base d'asta IVA esclusa per appalti dal

valore maggiore di 300.000 Ecu”, ex art. 34, 1° comma, della l.r. n. 12/1996, nel testo vigente all’epoca dei fatti di causa). Nella specie, la somma incamerata dalla Regione a danno della ricorrente corrisponderebbe non già al 5% ma al 5,9% della base d’asta (lire 759.068.690) della gara vinta dal raggruppamento capeggiato dalla società ****.

La doglianza è meritevole di accoglimento.

Va anzitutto ribadito che il bando di gara per cui è questione effettivamente contemplava due distinte procedure selettive, relative, come si è visto, l’una all’ammodernamento ed allargamento della strada comunale di accesso al Parco Mont Avic in località Rovine, Comune di Chamdepraz, per una base d’asta di lire 900.000.000, e l’altra alla costruzione dei marciapiedi lungo la S.R. n. 45 della Valle d’Ayas ad Extrapieraz, con il rifacimento della pubblica illuminazione, per una base d’asta di lire 759.068.690. Il punto i.1 della lex specialis richiedeva la prestazione di un’unica “cauzione provvisoria riferita alla gara d’importo maggiore cui l’impresa partecipa, pari al 5% dell’importo dei lavori a base d’asta (lire 45.000.000 – euro 23.240,56)”.

Rettamente intesa, la clausola da ultimo riportata, che sembra ispirata al fine di favorire la partecipazione dei concorrenti ad entrambe le gare, non sembra però idonea a legittimare, nella eventualità della successiva esclusione di uno dei partecipanti (si tratti dell’aggiudicatario ovvero di altra impresa individuata mediante sorteggio), l’incameramento dell’intera somma prestata ove questa superi il limite di legge. L’amministrazione non può cioè legittimamente ritenere, alla luce del disposto dell’art. 34 l.r. n. 12/96 cit., un importo superiore al 5% della base d’asta della gara cui la cauzione inerisce (e da cui l’impresa concorrente è stata esclusa).

Ne segue l’illegittimità del provvedimento dirigenziale n. 6431/2000 nella parte in cui dispone l’incameramento di una somma che eccede l’importo di lire 37.953.434 (euro 19.601,31), corrispondente al 5% della base d’asta della gara da cui la ricorrente è stata esclusa (lire 759.068.690).

4. Sembra equo disporre la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Valle d’Aosta, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l’effetto, annulla, nei sensi di cui in motivazione, il provvedimento n. 6431 del 9.11.2000;
- 2) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall’Amministrazione.

Così deciso in Aosta, nella camera di consiglio del 12 novembre 2003.

Depositata in Segreteria in data 13.11.2003.