

L'incameramento della cauzione si presenta come atto meramente esecutivo, ai sensi dell'art. 10 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 una volta verificata l'inidoneità della documentazione presentata dalla società partecipante ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica: l'escussione della cauzione è conseguita ad una responsabilità oggettiva per la cui attribuzione, non occorre accertare elementi di natura soggettiva attinenti alla colpa o al dolo del soggetto del fatto

Il Tar Piemonte, Torino con la sentenza numero 1587 del 31 marzo 2006, considera irricevibile per tardività il ricorso, nella parte in cui deduce vizi di legittimità della clausola del bando che fissa i requisiti minimi per la partecipazione alla gara da parte delle imprese concorrenti in quanto:

<Come riferito nell'esposizione in fatto, l'esclusione dalla gara della ricorrente e il conseguente incameramento della cauzione provvisoria sono stati disposti dalla stazione appaltante in applicazione della lettera b) del punto 15 "Requisiti minimi dei concorrenti", secondo la quale le imprese partecipanti dovevano dimostrare di aver "eseguito direttamente, negli ultimi tre anni e per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica, lavori analoghi a quelli oggetto del presente appalto, per un importo complessivo di almeno 2.000.000.000 (duemiliardi)".

<Il bando, pertanto, in quanto atto presupposto e immediatamente lesivo, avrebbe dovuto essere impugnato entro il termine decorrente dalla sua pubblicazione o quantomeno dalla conoscenza del suo contenuto da parte della ricorrente (che si può considerare avvenuta nel momento della presentazione della domanda di partecipazione) e non – come nel caso di specie - unitamente al provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria>

ma non solo. Vi è di più:

< Come emerge da quanto osservato al punto 2, sulla base della lettera dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94, confermata dalle applicazioni giurisprudenziali sopra richiamate e del tutto condivisibili, il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria consegue necessariamente all'esclusione dalla gara per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dal bando. Per un verso, è atto vincolato; per altro aspetto, costituisce applicazione di una sanzione (quella dell'incameramento della cauzione provvisoria) che consegue ad una responsabilità oggettiva per la cui attribuzione, cioè, non occorre accertare elementi di natura soggettiva attinenti alla colpa o al dolo del soggetto del fatto.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - - 2^a Sezione -
Sent. n. 1587

SENTENZA

sul ricorso n. 1857/2000 proposto da ** S.r.l., in persona del legale rappresentante Gianbattista Verzelletti, con sede in Costanzana, via Pertengo n. 10, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Angeletti e Donatella Finiguerra ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Torino, via Bertola n. 2,

c o n t r o

ATENA S.p.A. – AZIENDA TERRITORIALE ENERGIA AMBIENTE VERCELLI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Monti, Giuseppe Greppi e Giorgio Razeto ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Antonio Fiore in Torino, via de Sonnaz n. 19,

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 11655 del 19.4.2000 del Direttore Generale dr. Franco Borasio di Atena S.p.A., con cui si informava la società ricorrente che Atena aveva deliberato l'incameramento della cauzione ai sensi dell'art. 10 L. 109/94; nonché di qualsiasi altro atto che sia o possa considerarsi presupposto o conseguenza dell'atto impugnato e che con lo stesso sia comunque posto in rapporto di correlazione, ivi compreso il bando di gara in parte qua nonché la deliberazione citata nel provvedimento impugnato, se esistente, e comunque non nota alla ricorrente

e per la condanna

della Atena S.p.A. al risarcimento dei danni ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 35 D.Lgs. 80/98.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del 25 gennaio 2006, il Referendario Giorgio Manca;

Uditi l'avv. Finiguerra per la soc. ricorrente e l'avv. Guerrizio, su delega dell'avv. Monti per l'Atena s.p.a.;

Dato atto che è stato pubblicato, in data 27 gennaio 2006, con il n. 6, il dispositivo della presente sentenza, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, introdotto dall'art. 4, comma 1, della legge 21 luglio 2000;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con ricorso notificato il 14 giugno 2000 e depositato il 26 giugno 2000, la società ** S.r.l. impugna il provvedimento in epigrafe della ATENA S.p.A. (Azienda Territoriale Energia Ambiente) di Vercelli, con il quale il Direttore Generale dell'azienda ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria, prestata dalla società ricorrente nel corso della procedura di pubblico incanto per l'aggiudicazione di lavori di scavo, riempimento e ripristino di pavimentazione stradale, nonché opere edili accessorie e varie occorrenti per la manutenzione ed il potenziamento delle reti di distribuzione e degli impianti del servizio di elettricità.

Il provvedimento è motivato con riferimento all'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109 del 1994, che dispone l'incameramento della cauzione provvisoria dell'impresa partecipante alla gara

che non dimostri il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando. Nel caso di specie, il bando prevedeva che i concorrenti fossero in possesso, oltre che della iscrizione all'A.N.C. per la categoria S1, classifica 5, del requisito costituito dall'aver "eseguito direttamente, negli ultimi tre anni e per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica, lavori analoghi a quelli oggetto del presente appalto, per un importo complessivo di almeno 2.000.000.000 (duemiliardi)" (così si esprimeva il bando di gara, alla lettera b) del punto 15 "Requisiti minimi dei concorrenti"). Richiesta dalla stazione appaltante, con nota del 29 ottobre 1999, di dimostrare documentalmente il possesso di tale ultimo requisito, in sede di verifica prevista dall'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109/94, la ditta ricorrente produceva, in data 10 novembre 1999, una dichiarazione del seguente tenore: "DICHIARA di aver eseguito lavori di predisposizione infrastrutture di opere civili per Reti telefoniche commissionati in subappalto autorizzato dalla Società Sirti SpA nei periodi e negli importi sottoelencati:

Anno ML
1997 5.266
1998 3.562

Il servizio di cui trattasi è stato realizzato regolarmente e non ha dato luogo a vertenze né in sede arbitrale né in sede giudiziale".

Con nota del 3 marzo 2000, prot. n. 10262, ATENA SpA comunicava alla ricorrente che la dichiarazione sopra riportata "non dimostra affatto di aver eseguito i lavori direttamente per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica" posto che – ad avviso della stazione appaltante – la società SIRTI S.p.A. non svolge servizio di distribuzione di energia elettrica. Preannunciando, altresì, l'incameramento della cauzione provvisoria, poi definitivamente adottato con il provvedimento impugnato del 19 aprile 2000, prot. n. 11655.

2. – Avverso tale ultimo provvedimento, e gli altri indicati in epigrafe, la società ricorrente deduce i seguenti motivi di ricorso: "Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge n. 109/94, dell'art. 2 della legge n. 241/90 e della legge n.127/97 ed eccesso di potere sotto vari profili quali carenza di dei presupposti, disparità di trattamento, manifesta illogicità, difetto di istruttoria, mancanza di motivazione, contraddittorietà del provvedimento".

La ricorrente, sotto un primo profilo, contesta la clausola del bando che prescriveva l'ulteriore requisito dei lavori per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica, clausola che contrasterebbe con la disciplina prevista, all'epoca del bando di gara oggetto della presente controversia, per la dimostrazione della capacità tecnica delle imprese negli appalti di importo inferiore al milione di ECU. Tale disciplina – secondo la ricorrente – prevedeva la presentazione del solo certificato di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori per categoria e classifica corrispondente ai lavori previsti dall'appalto.

La diversa, e più gravosa, previsione del bando in oggetto si porrebbe inoltre anche in contrasto con il principio di semplificazione del procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

In secondo luogo, la clausola del bando, richiedendo il particolare requisito dell'aver eseguito per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica lavori analoghi, avrebbe introdotto un requisito eccessivo ed inadeguato rispetto alla natura delle opere oggetto dell'appalto. Il bando sarebbe pertanto viziato sotto il profilo dell'eccesso di potere, per la irragionevolezza della predetta

clausola e per la disparità di trattamento che ne deriverebbe. Illegittimo sarebbe altresì l'aver richiesto che i lavori fossero identici e non semplicemente analoghi a quelli oggetto dell'appalto.

Quanto ai vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e per contraddittorietà del provvedimento, essi vengono proposti in relazione, il primo, al fatto che la stazione appaltante, qualora non avesse ritenuto soddisfacente la dichiarazione resa, avrebbe potuto richiedere chiarimenti o integrazioni documentali; il secondo, in quanto la commissione aggiudicatrice, nella stessa seduta dell'11 novembre 1999, sciogliendo la riserva formulata, avrebbe dapprima ammesso la ** s.r.l. "in quanto gli errori commessi sono puramente formali e riconoscibili e non alterano il senso dei documenti presentati"; e, subito dopo, l'avrebbe esclusa in quanto le dichiarazioni prodotte dalla società ricorrente erano da ritenere irregolari.

3. – In prossimità dell'udienza pubblica, la società ricorrente ha depositato memoria con la quale insiste sulla illegittimità per irrazionalità del requisito previsto dal bando di gara in oggetto.

4. Con memoria del 10 aprile 2001 si è costituita in giudizio l'ATENA S.p.A. - AZIENDA TERRITORIALE ENERGIA AMBIENTE VERCELLI, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con successiva memoria dell'11 gennaio 2006, depositata in vista dell'udienza, la difesa dell'amministrazione resistente osserva che la società ricorrente non possedeva i requisiti di partecipazione alla gara, fissati dal bando, poiché non ha dimostrato di aver eseguito lavori analoghi a quelli oggetto dell'appalto. L'esclusione pertanto, sulla base di quanto previsto dal bando, era inevitabile. Allo stesso modo, l'incameramento della cauzione provvisoria costituiva atto vincolato per la stazione appaltante una volta accertata la inosservanza dell'obbligo imposto dall'art. 10 comma 1 quater l. 109 del 1994 in ordine alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara.

Quanto alla censura che riguarda la clausola del bando che prevedeva i requisiti tecnici per la partecipazione, la difesa dell'amministrazione ritiene che sia pacifico che la p.a. possa stabilire requisiti di ammissione alla gara più precisi e stringenti rispetto a quelli minimi di legge e che tale scelta attenga ad un ambito di valutazione discrezionale insindacabile nel giudizio di legittimità, fatto salvo il limite dell'illogicità. Nel caso di specie, con la clausola contestata l'amministrazione intendeva perseguire lo scopo di garantire la corretta esecuzione dei lavori da parte di una società dotata di una valida esperienza nel tipo di opera oggetto dell'appalto.

Rileva inoltre che nel bando non si parla di lavori identici ma di lavori analoghi. Pertanto sarebbe infondato anche tale profilo di irrazionalità dedotto dalla società ricorrente.

In ordine al profilo della pretesa omessa richiesta di integrazione, si fa osservare che la evidente insussistenza del requisito richiesto dal bando avrebbero reso inutili ulteriori integrazioni o chiarimenti.

Infine, la lamentata contraddittorietà nell'azione della commissione aggiudicatrice non sussisterebbe posto che la decisione circa l'ammissione con riserva e i motivi dell'esclusione facevano riferimento a due questioni diverse.

5. - Alla pubblica udienza del 25 gennaio 2006 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. – Con i motivi di ricorso, la società ricorrente deduce l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria, prospettando diversi profili di violazione di legge e di eccesso di potere.

Peraltro, occorre distinguere nell'ambito dei vizi dedotti quelli diretti nei confronti della clausola del bando di gara, al fine di dichiararne la irricevibilità per tardività della impugnazione.

Alla luce della decisione del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, tra le ipotesi in cui è possibile riconoscere un onere di immediata impugnazione del bando di gara, in quanto immediatamente lesivo, deve essere principalmente individuata quella in cui il bando preveda requisiti soggettivi di partecipazione da cui derivi la sicura esclusione del soggetto interessato a partecipare alla gara.

Nella fattispecie concreta, le censure rivolte nei confronti della disciplina della gara, riguardano una clausola che fissa i requisiti minimi per la partecipazione alla gara da parte delle imprese concorrenti. Come riferito nell'esposizione in fatto, l'esclusione dalla gara della ricorrente e il conseguente incameramento della cauzione provvisoria sono stati disposti dalla stazione appaltante in applicazione della lettera b) del punto 15 "Requisiti minimi dei concorrenti", secondo la quale le imprese partecipanti dovevano dimostrare di aver "eseguito direttamente, negli ultimi tre anni e per conto di aziende con servizio di distribuzione di energia elettrica, lavori analoghi a quelli oggetto del presente appalto, per un importo complessivo di almeno 2.000.000.000 (duemiliardi)".

Rispetto alla clausola in questione, l'incameramento della cauzione si presenta come atto meramente esecutivo, ai sensi dell'art. 10 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ("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"), una volta verificata l'inidoneità della documentazione presentata dalla società ricorrente ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica (in tal senso si veda anche T.A.R. Lazio, sez. II, 25 luglio 2002, n. 6742, secondo cui "ai sensi dell'art. 10 comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, correttamente l'amministrazione incamera la cauzione provvisoria a causa della constatazione dell'infedele dichiarazione di possesso dei requisiti della concorrente, senza fornire al riguardo alcuna motivazione, trattandosi di attività dovuta e vincolata"; inoltre T.A.R. Valle d'Aosta, 16 gennaio 2002, n. 7; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 25 ottobre 2000, n. 3935).

Il bando, pertanto, in quanto atto presupposto e immediatamente lesivo, avrebbe dovuto essere impugnato entro il termine decorrente dalla sua pubblicazione o quantomeno dalla conoscenza del suo contenuto da parte della ricorrente (che si può considerare avvenuta nel momento della presentazione della domanda di partecipazione) e non – come nel caso di specie - unitamente al provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria.

Il ricorso, pertanto, nella parte in cui deduce vizi di legittimità della clausola del bando, è irricevibile per tardività.

2. – Per le stesse ragioni deve essere dichiarata la irricevibilità del ricorso nella parte in cui deduce, nei confronti dell'attività procedimentale posta in essere dalla commissione aggiudicatrice, il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà.

Tale censura in effetti avrebbe dovuto essere rivolta tempestivamente contro l'atto di esclusione dalla gara della società ricorrente, disposto dalla commissione nella seduta dell'11 novembre 1999.

3. – Rimane da esaminare la censura concernente l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, per l'omessa richiesta di ulteriore documentazione o chiarimenti da parte della stazione appaltante prima di comminare una sanzione quale quella dell'incameramento della cauzione.

3.1. – La censura è infondata.

Come emerge da quanto osservato al punto 2, sulla base della lettera dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94, confermata dalle applicazioni giurisprudenziali sopra richiamate e del tutto condivisibili, il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria consegue necessariamente all'esclusione dalla gara per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dal bando. Per un verso, è atto vincolato; per altro aspetto, costituisce applicazione di una sanzione (quella dell'incameramento della cauzione provvisoria) che consegue ad una responsabilità oggettiva per la cui attribuzione, cioè, non occorre accertare elementi di natura soggettiva attinenti alla colpa o al dolo del soggetto del fatto.

Ne consegue che ogni ulteriore integrazione documentale era inutile ai fini dell'istruttoria procedimentale.

4. – Il ricorso, in definitiva, è in parte irricevibile e in parte infondato. Ne deriva, altresì, la infondatezza della domanda di risarcimento dei danni proposta nei confronti della ATENA S.p.A..

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

Per Questi Motivi

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Seconda, pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe, lo dichiara in parte irricevibile per tardività, e nel resto lo rigetta in quanto infondato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino, nella Camera di Consiglio del 25 gennaio 2006, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo Presidente

Antonio Plaisant Referendario

Giorgio Manca Referendario, estensore

Il Presidente L'Estensore

f.to Calvo f.to Manca

Il Direttore Segreteria II Sezione Depositata in Segreteria a sensi di

f.to Ruggiero Legge il 31 MARZO 2006
Il Direttore Segreteria II Sezione
f.to Ruggiero