

N. 00936/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00993/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 993 del 2011, proposto da:

Spa Fratelli Ronco, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con la Gruppo Sae Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Giorgi e Stefano Grassi, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Grassi in Firenze, corso Italia, n. 2;

contro

Comune di Colle Val D'Elsa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Padoa, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli, n. 2;

nei confronti di

Spa M.S.M., Reale Mutua Assicurazioni Spa, Fallimento Srl Gruppo Sae;

per l'annullamento

- della determinazione del responsabile del servizio lavori pubblici - manutenzione del Comune di Colle Val d'Elsa n. 23 del 30.03.2011 con la quale è stata disposta l'esclusione dell'ATI Fratelli Ronco S.p.A. Gruppo

SAI S.r.l. nella parte in cui è stato previsto di procedere all'escussione della cauzione provvisoria, secondo quanto previsto dal bando e dal disciplinare di gara;

- di ogni atto e provvedimento di regolamentazione della gara ove e nella parte in cui sanziona con l'esclusione e l'escussione della cauzione provvisoria il mancato possesso del requisito di cui all'art. 38 1° comma lett. I del D.lgs 163/2006 ed in specie e in parte qua nella parte in cui prevede l'escussione della cauzione a garanzia e/o provvisoria (n. 2010/50/2142062) presentata a corredo dell'offerta;
- del Bando/Disciplinare di gara Parte 2 Operazioni di gara in parte equa al punto 2 Procedura di Aggiudicazione al punto 2.3;
- del Bando/Disciplinare di gara Parte 3 - Cause di esclusione in parte qua paragrafo 2 lettere q) ed r);
- della richiesta d'escussione della polizza fideiussoria n. 2010/50/2142062 inviata dal Comune di Colle Val d'Elsa alla Reale Mutua di Assicurazioni S.p.A.;
- di tutti gli altri atti preordinati e/o comunque consequenziali o connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Colle Val D'Elsa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 il dott.

Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Nell'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente espone di aver partecipato, quale mandataria in ATI la cui mandante era la Gruppo SAE srl, alla gara indetta dal Comune di Colle Val d'Elsa per la realizzazione della Mediateca comunale in località Fabbrichina. La Fratelli Ronco spa

espone altresì che, in esito alle operazioni di gara, l'ATI di cui era mandataria si è classificata al secondo posto, dopo la MBM spa, cui è stato aggiudicato l'appalto. La società ricorrente precisa di non contestare il risultato delle operazioni di gara e di non gravare quindi l'aggiudicazione. Essa si duole invece del fatto che la stazione appaltante, in conformità a quanto previsto dal bando e dal disciplinare di gara, abbia provveduto alla verifica dei requisiti di partecipazione in capo tanto alla prima quanto alla seconda graduata, adottando quindi nei confronti dell'ATI di cui la Fratelli Ronco spa faceva parte un provvedimento di esclusione dalla gara, di segnalazione all'Autorità di Vigilanza e di escussione della garanzia provvisoria, a causa della riscontrata irregolarità contributiva in capo alla mandante Gruppo SAE srl.

Tanto premesso in punto di fatto la società ricorrente grava la determinazione n. 23 del 2011 in epigrafe indicata, contestandola unicamente in punto di escussione della garanzia fideiussoria presentata a corredo dell'offerta, nonché il bando e il disciplinare di gara laddove prevedono l'escussione della suddetta garanzia anche in ipotesi di accertata carenza in capo ai concorrenti di requisiti d'ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Nei confronti degli atti gravati la ricorrente articola la unica seguente censura: “Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per errato presupposto e per sviamento. Eccesso di potere per manifesta illogicità e irragionevolezza. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 38, 48 del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, per ingiustizia manifesta e per irragionevolezza e illogicità”. In particolare la ricorrente contesta che sia legittimo applicare la triplice sanzione della esclusione dalla gara, segnalazione all'Autorità di Vigilanza e incameramento della cauzione provvisoria in caso di accertata carenza in capo al concorrente di requisiti

d'ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'art. 48 del medesimo d.lgs. n. 163 contempla tale triplice sanzione solo con riferimento alla accertata mancanza di requisiti d'ordine speciale (capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

Chiamata la causa alla camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 del c.p.a., dando di ciò avviso alle parti.

Il Collegio è consapevole della circostanza, evidenziata in ricorso, secondo cui la Sezione in una prima pronuncia sul tema ha escluso l'applicazione della triplice sanzione di cui all'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 (e quindi per quel che qui rileva dell'incameramento della cauzione provvisoria) in ipotesi di carenza in capo al concorrente non già di requisiti d'ordine speciale bensì di requisito d'ordine generale (si tratta della sentenza n. 1473 del 2009). E tuttavia è altrettanto vero che la Sezione, in una più recente pronuncia, ha rivisto la propria posizione sul punto, giungendo all'opposta conclusione che la sanzione dell'incameramento della cauzione sia applicabile anche in ipotesi di accertata carenza di requisiti d'ordine generale ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, come nella specie (si tratta della sentenza n. 606 del 6 aprile 2011). Il Collegio ritiene di confermare l'orientamento da ultimo elaborato, che risulta peraltro conforme anche a pronunce del Consiglio di Stato (Sezione VI nn. 4905 e 4907 del 2009). Come già nel precedente della Sezione deve essere in primo luogo valorizzato il disposto dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, dal quale l'incameramento della cauzione discende come possibile sanzione per qualsiasi fatto riconducibile al concorrente che escluda la possibile sottoscrizione del contratto, tra cui rientra tanto l'accertata carenza di requisiti speciali quanto di quelli d'ordine generale. D'altra parte nel citato precedente la Sezione ha escluso che la mancata menzione nell'art. 48 cit. del potere di escutere la cauzione

provvisoria nel caso di mancato possesso di requisiti generali di partecipazione implichi necessariamente la volontà legislativa di impedire l'esercizio del relativo potere da parte della stazione appaltante. Accedendo a tale interpretazione infatti si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale della normativa laddove, in presenza di una situazione fattuale identica (mancanza di requisiti di partecipazione alla procedura di gara), finirebbe per stabilire un trattamento diversificato a seconda che la carenza consista nel mancato possesso di requisiti generali ovvero speciali. Tale trattamento diversificato non avrebbe ragion d'essere e porterebbe a dubitare della legittimità costituzionale della normativa per violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost. L'interprete di fronte ad una normativa di difficile lettura deve privilegiare le conclusioni ermeneutiche che conducano ad un risultato costituzionalmente legittimo, a fronte di una alternativa che conduca a esiti di dubbia costituzionalità. Deve pertanto ritenersi che la menzione del potere della stazione appaltante di escutere la cauzione provvisoria nel testo dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, abbia carattere descrittivo di una potestà che sussiste anche nell'ipotesi in cui la stazione appaltante accerti il mancato possesso, in capo al concorrente, di requisiti generali di partecipazione, trovando applicazione in entrambi i casi il principio secondo cui la cauzione copre ogni ipotesi di carenza di requisiti che impediscano l'eventuale sottoscrizione del contratto per qualunque fatto riconducibile all'affidatario.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto, con spese a carico della ricorrente, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti

dell'Amministrazione resistente liquidate in € 3.000,00 (tremila/00) oltre iva e cpa.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)