

N. 04778/2012REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1017 del 2012, proposto dalla Terasystem Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Leopoldo Aperio Bella e Antonello Zucconi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Avezzana 51;

contro

Regione Toscana, rappresentata e difesa dall'avv. Lucia Bora, con domicilio eletto presso Marcello Cecchetti in Roma, via Antonio Mordini 14;

nei confronti di

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 1815/2011, resa tra le parti, concernente escussione cauzione provvisoria e invio segnalazione all'Autorità di vigilanza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana e dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 luglio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Aperio Bella, Mosca, per delega dell'Avv. Bora, e l'Avvocato dello Stato Pisana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Terasystem S.p.a., nel partecipare ad una procedura telematica finalizzata all'affidamento delle attività di gestione del sito istituzionale della Regione Toscana, sfociata nell'aggiudicazione provvisoria ad altro concorrente, finiva estratta a sorte per i controlli a campione previsti dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, al cui esito veniva esclusa dalla gara per avere erroneamente dichiarato, ai fini della partecipazione, di avere svolto servizi in realtà prestati da una sua controllata.

La Regione comunicava che in dipendenza di tanto avrebbe provveduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per i provvedimenti di competenza, come previsto dall'art. 48 cit. e dal disciplinare di gara (punto 6); l'Amministrazione rappresentava che non avrebbe però effettuato la

segnalazione anche per falsa dichiarazione o formazione di atti falsi, fattispecie delle quali nel comportamento della società non ravvisava i presupposti.

A tutto ciò seguiva il ricorso della Terasystem S.p.a. dinanzi al T.A.R. per la Toscana, con il quale si contestava non l'esclusione, ma unicamente l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità, adducendosi che l'accaduto sarebbe scaturito da un mero errore materiale, senza che essa ricorrente potesse conseguire vantaggi competitivi.

Si costituivano in giudizio la Regione Toscana e l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici.

Il Tribunale adito, con la sentenza n. 1815/2011 in epigrafe, dichiarava il ricorso inammissibile nella parte in cui proposto avverso la segnalazione dell'esclusione all'Autorità, sul rilievo che essa costituisse solo l'atto di avvio di un nuovo procedimento e fosse pertanto priva di carattere lesivo, e lo respingeva per la parte restante, quella attinente all'escussione della cauzione provvisoria.

Sotto questo secondo profilo il T.A.R. rilevava che, "ai sensi dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, inteso come "qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile" (C.d.S. VI, 4 agosto 2009 n. 4905) a prescindere dallo stato soggettivo del concorrente e dai vantaggi che lo stesso possa avere conseguentemente ottenuto, a tutela della speditezza e della certezza nello svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici".

Avverso tale pronuncia la Terasystem spiegava indi il presente appello, riproponendo le proprie doglianze ed argomentazioni, e censurando la sentenza di primo grado per averle disattese.

Le tesi dell'appellante venivano sviluppate con successive memorie, con le quali si insisteva per l'accoglimento dell'impugnativa.

Resisteva all'appello la Regione Toscana, che con l'ausilio di più scritti ne deduceva l'infondatezza.

L'Autorità di settore si costituiva in giudizio con atto di stile.

Con ordinanza in data 13-14 marzo 2012 la domanda cautelare proposta dall'appellante veniva accolta, in considerazione del periculum in mora allegato.

Alla pubblica udienza del 31 luglio 2012 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

Rileva preliminarmente la Sezione che il corrente appello, pur formalmente proposto avverso la pronuncia di primo grado nella sua interezza, non reca, in realtà, alcuna specifica censura avverso la declaratoria di inammissibilità emessa dal primo Giudice sull'impugnativa della segnalazione dell'esclusione all'Autorità.

Ne consegue che oggetto di contestazione in questa sede è la sola determinazione amministrativa di escussione della cauzione provvisoria.

Ciò premesso, l'appello è infondato.

1 La ricostruzione della vicenda prospettata dalla ricorrente si articola in passaggi che possono essere così sunteggiati:

- nella redazione della domanda di ammissione alla procedura la società è incorsa in un errore materiale, indicando (appunto) dei servizi resi dalla propria controllata, in luogo di quelli assolti da essa appellante: errore favorito dalla circostanza che le due società erano assistite dallo stesso ufficio di amministrazione;
- per la stessa ragione, gli elementi documentali trasmessi in riscontro alla richiesta di documentazione della Regione si riferivano ai servizi, resi dalla controllata, che erano stati indicati nella precedente domanda;
- in ogni caso, però, la Terasystem asseriva di avere rappresentato e documentato già in fase di chiarimenti alla Regione, e indi in questa sede contenziosa, di essere munita anche in proprio del requisito preteso dalla Stazione appaltante: sicché dall'errore commesso essa ricorrente non avrebbe potuto trarre alcun vantaggio in termini competitivi, non avendo dichiarato nulla di più o di diverso rispetto ai requisiti da essa effettivamente posseduti;
- la stessa Regione aveva infine mostrato di condividere tale rappresentazione, allorché aveva comunicato alla società che non avrebbe effettuato la segnalazione all'Autorità anche per falsa dichiarazione o formazione di atti falsi, non ravvisando i presupposti di simili fattispecie.

Da tutto quanto precede, dunque, l'appellante, tratta la conclusione che l'addebito ad essa ascrivibile fosse di natura puramente formale e praticamente incolpevole, oltre che privo di reali effetti sulla procedura selettiva, muoveva contro l'escussione della cauzione e la sentenza di prime cure le seguenti censure : omessa considerazione in chiave sostanzialistica della sussistenza di eventuali cause ostative (prospettiva rafforzata dalla sopraggiunta riformulazione dell'art. 46 del Codice), nonché del "principio del falso innocuo" ; violazione del canone di proporzionalità; disparità di trattamento rispetto alla situazione del concorrente effettivamente carente di un requisito; mancanza del presupposto della ricorrenza di una violazione/colpevolezza grave, dal quale dipenderebbe la possibilità di disporre l'incameramento della cauzione; violazione dei principi di tassatività e tipicità.

2 Osserva la Sezione che l'ampio volume di argomentazioni così sviluppato nulla può dinanzi al dato oggettivo dell'avvenuta integrazione dei presupposti cui l'art. 48 del Codice correla l'automatico riflesso dell'incameramento della cauzione provvisoria.

2a La norma, invero, prevede che, quando le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta circa il possesso dei requisiti di capacità non siano state comprovate dalla documentazione all'uopo presentata, e per ciò stesso, "le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità". Con il che si rende sufficientemente chiaro che le dette misure discendenti dall'esclusione si rivelano strettamente vincolate e consequenziali alla verifica dell'omissione probatoria di cui si tratta, e prive di qualsivoglia contenuto discrezionale (AVCP, parere n. 80 del 14 ottobre 2007). La giurisprudenza prevalente è difatti attestata nel senso che l'incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48 cit. è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (C.d.S., V, 1° ottobre 2010, n. 7263, e 18 aprile 2012, n. 2232; nello stesso senso v. anche, tra le altre, IV, 16 febbraio 2012, n. 810; VI, 27 dicembre 2006, n. 7948, nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

La disciplina della *lex specialis*, in piena aderenza a siffatta impostazione legislativa, al paragrafo 6 del disciplinare (all. n. 13 della produzione regionale, pag. 14) stabiliva similmente che, ove in sede di verifica dei requisiti non fossero risultate confermate le dichiarazioni rese dai concorrenti nelle rispettive schede di rilevazione dei requisiti, nei paragrafi A) e B), l'Amministrazione avrebbe appunto proceduto alla loro esclusione, all'escussione della cauzione e alla segnalazione all'Autorità.

2b Orbene, in occasione della propria offerta la ricorrente aveva dichiarato di possedere il requisito di capacità tecnica costituito dall'aver effettuato servizi simili, nel periodo 1°/8/2007 – 31/7/2010, per almeno euro 600.000 (oltre IVA), compilando l'elenco nel quale si sostanziava il paragrafo A) della propria scheda di rilevazione dei requisiti, mediante l'indicazione di due specifici contratti. Rispetto a questi ultimi aveva quindi contestualmente fornito, come prescritto, la descrizione del servizio prestato, specificando l'importo contrattuale eseguito nel periodo in rilievo, la tempistica di esecuzione del contratto e la relativa controparte.

E' successivamente emerso, tuttavia, che i servizi così indicati nel paragrafo A) della scheda non erano stati prestati dalla stessa ricorrente, ma solo da una sua controllata.

Da qui, e per questo solo fatto, già emerge la sussistenza delle condizioni cui la legge e la *lex specialis* correlano l'escussione della cauzione.

2c Non pare dubbio, inoltre, che nella redazione della propria documentazione di offerta la ricorrente abbia agito senza la debita diligenza. E questo semplice quanto inoppugnabile dato, nel denotare che la sua condotta non potrebbe essere intesa in alcun modo come incolpevole, ne comporta e giustifica anche in termini "sostanzialistici" la soggezione alle misure richieste alla Stazione appaltante dall'art. 48 cit. (nel senso che l'escussione della cauzione costituisce una conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali hanno piena contezza, cfr. V, 18 aprile 2012, n. 2232; sul richiamo alla violazione del canone di diligenza cfr. anche Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

2d Né la ricorrente potrebbe essere seguita nel suo tentativo di venir ammessa a dimostrare di essere comunque titolare, in modo autonomo, del requisito in discussione.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha osservato anche recentemente che una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla normativa, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara (Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471; ma v. già VI, 27 dicembre 2006, n. 7948, nel senso che il comportamento dell'Amministrazione dinanzi all'inosservanza dell'obbligo imposto in materia è vincolato alla verifica dell'inadempimento, senza che possa attribuirsi alcun rilievo al fatto che i requisiti da comprovare fossero in effetti posseduti).

D'altra parte, un vaglio quale quello sollecitato dall'appellante richiederebbe di prendere in considerazione dei precedenti servizi del tutto diversi dai soli che la concorrente aveva indicato al momento della propria offerta, nel termine perentorio all'uopo prescritto. Una simile eventualità imporrebbe quindi di ritenere le dichiarazioni rese in sede di offerta prive di qualsiasi impegnatività e liberamente modificabili dalle concorrenti nel prosieguo della procedura, con il semplice espediente dell'ammissione di essere incorsi in errore. Il che è ovviamente incompatibile con l'impostazione delle procedure di evidenza pubblica, che responsabilizza i concorrenti ad una diligente collaborazione di buona fede con le stazioni appaltanti, ed impone, anche per ragioni di par condicio, il rispetto del termine perentorio previsto per la presentazione delle offerte.

Esattamente, pertanto, l'Autorità di settore ha puntualizzato che nel subprocedimento di verifica dei requisiti regolato dall'art. 48 cit. l'operatore economico è chiamato a dimostrare, con la documentazione a ciò occorrente, quanto già dichiarato in sede di partecipazione alla gara, senza poter presentare invece elementi nuovi e diversi rispetto a quelli a suo tempo indicati (AVCP, parere n. 112 del 9 aprile 2008), non potendo attribuirsi rilievo al fatto che i requisiti occorrenti fossero posseduti in forza di dati diversi da quelli allegati dal concorrente al momento e nelle forme richieste a tutta la platea degli aspiranti.

2e La Sezione non ha dunque motivo di dubitare che la ricorrente sia incorsa in un errore nella compilazione dei propri documenti di offerta. L'errore commesso, tuttavia, è sicuro indice di negligenza, e come tale dà inevitabilmente adito alle conseguenze afflittive previste dalla legge, che hanno la funzione di stimolare i concorrenti alla probità e diligenza occorrenti per il corretto andamento delle procedure di gara.

Come ha ben ricordato la difesa regionale, infatti, la cauzione è uno strumento che ha la finalità di responsabilizzare i partecipanti alle gare pubbliche in ordine alle dichiarazioni rese, sì da garantire la serietà ed affidabilità delle offerte (cfr. da ultimo C.d.S., V, 9 novembre 2010, n. 7963; 18 aprile 2012, n. 2232; Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

2f La circostanza, infine, che la Terasystem fosse stata ammessa inizialmente alla gara proprio sulla scorta delle autodichiarazioni da essa presentate circa il proprio possesso dei requisiti richiesti denota, con l'affidamento riposto dalla Stazione appaltante sulla veridicità della dichiarazione di cui si discute, l'influenza avuta in concreto da quest'ultima, e la sua lesività degli interessi pubblici attinenti al corretto funzionamento delle procedure di evidenza pubblica, e impedisce, in tal modo, che la stessa dichiarazione possa essere liquidata come ininfluyente e la sua oggettiva falsità come "innocua" (cfr. C.d.S., III, 16 marzo 2012, n. 1471).

3 Per le ragioni complessivamente esposte le doglianze dell'appellante risultano destituite di fondamento, con la conseguenza che l'appello deve essere respinto. Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione tra le parti delle spese processuali del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 31 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2012

IL SEGRETARIO

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