

N. 02531/2016REG.PROV.COLL.

N. 10773/2015 REG.RIC.



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 10773 del 2015, proposto da:
Econord s.p.a., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del Costituendo RTI, RTI Gesenu s.p.a. - Gestione Servizi Nettezza Urbana, RTI Campidano Ambiente s.r.l., RTI Marazzato Soluzioni Ambientali s.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Angelo Clarizia e Antonello Rossi, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Cagliari, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Genziana Farci, con domicilio eletto presso l'avv. Nicola Giancaspro in Roma, viale Giulio Cesare, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 01149/2015, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara per l'affidamento dei servizi integrati di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Antonello Rossi e Nicola Giancaspro, su delega dell'avv. Genziana Farci;

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sez. I, con la sentenza 3 dicembre 2015, n. 1149, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante Econord s.p.a. per l'annullamento della nota pervenuta via P.E.C. in data 19 giugno 2015, con cui il Dirigente del Servizio provveditorato ed economato del Comune di Cagliari ha comunicato l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento dei "Servizi integrati di igiene urbana della città di Cagliari" e della

determinazione n. 5914 in pari data adottata dal medesimo Dirigente, nei limiti di interesse, con la quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente nonché l'escussione della cauzione provvisoria di euro 4.234.882.

La sentenza ha rilevato che:

- La stazione appaltante in sede di nuova esclusione conseguente alla sentenza d'appello di questo Consiglio di Stato n. 2715-2015 ha riscontrato, a seguito di verifica dei requisiti, anche ulteriori motivi di esclusione del RTI Econord (in particolare, concernenti la mandante Genesu e l'ausiliaria di Spurgo Service, ovvero la Lombardi Ecologia s.r.l.), che avrebbero determinato, a prescindere cioè dalla suddetta questione inerente l'omessa presentazione della dichiarazione da parte dei due Responsabili tecnici, l'esclusione dell'RTI Econord;
- Per quanto concerne l'esclusione dell'RTI Econord, il provvedimento di esclusione era sostanzialmente necessitato a seguito dell'accoglimento, da parte del giudice d'appello, del ricorso incidentale proposto da De Vizia (sentenza del Consiglio di Stato n. 2715 del 2015; la sentenza di primo grado, invece, aveva respinto il ricorso incidentale De Vizia ed accolto il ricorso principale, con l'effetto di riammettere Econord alla gara);
- L'avvenuto riscontro di ulteriori motivi di esclusione, per effetto delle verifiche nel frattempo effettuate, e che avrebbero determinato secondo la stazione appaltante comunque l'espulsione dalla gara dell'RTI ricorrente, costituiscono elementi che arricchiscono il quadro della complessiva ed articolata situazione delle società costituenti il Raggruppamento (ed in particolare dell'ausiliaria Lombardi ecologia);
- Tali nuovi fattori potrebbero assumere rilevanza solo se si dovesse ritenere fondata l'impugnazione avverso il primo motivo di esclusione, qualificabile come adeguamento vincolato al giudicato;
- L'incameramento della cauzione costituisce, secondo la specifica normativa, corollario e conseguenza diretta della disposta esclusione dalla gara, legittimamente e coattivamente disposta, del Raggruppamento Econord-Genesu ex artt. 48 e 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006;
- In conclusione, nella fattispecie in esame, alla vincolata esclusione, disposta a seguito di sentenza d'appello, consegue, per legge, quale effetto diretto ed automatico, e quindi non sindacabile, l'incameramento della cauzione, a prescindere dalla valutazione della colpevolezza o buona fede, non attribuendo la norma (art. 75) spazi e margini discrezionali di valutazione da parte della stazione appaltante e da parte del giudice, né sotto il profilo soggettivo, né quantitativo.

L'appellante Econord s.p.a. contesta la sentenza, deducendo che:

- La stazione appaltante non ha chiarito se l'escussione della cauzione consegua all'esclusione dell'RTI Econord disposta dal Consiglio di Stato oppure agli altri motivi che avrebbero dato luogo autonomamente ed a prescindere da quelli successivamente ravvisati dal Consiglio di Stato, all'esclusione del concorrente, sussistendo un grave difetto di motivazione;
- La decisione sarebbe comunque illegittima non sussistendo il presupposto dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 per l'escussione della cauzione;
- In specifico, l'RTI Econord non ha mai rivestito la posizione di affidataria, viceversa assunta solo ed esclusivamente dalla De Vizia Transfer s.p.a.;
- Nel caso di specie il RTI Econord è stato escluso dalla gara non per mancato possesso di requisiti, ma per l'omissione di una dichiarazione;
- Deve essere escluso ogni effetto di stretto automatismo, una volta disposta l'esclusione dalla gara, per l'incameramento della cauzione provvisoria prestata;
- Gli ulteriori motivi di esclusione sono insussistenti.

Con l'appello si chiede l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito il Comune appellato chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 7 aprile 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che il giudizio concerne una procedura di gara per l'affidamento dei servizi integrati di igiene urbana per la durata di sette anni, con importo a base di gara di euro 210.899.981,36 (oltre ad euro 844.150 per costi di sicurezza da rischi interferenziali).

Il raggruppamento tra la Econord s.p.a., quale mandataria, e le mandanti Gesenu s.p.a. (Gestione Servizi Nettezza Urbana), Campidano Ambiente s.r.l. e Spurgo Service s.r.l. (di seguito, RTI Econord) risultava primo in graduatoria con punti 98,37. Si classificava secondo il RTI avente come mandataria De Vizia Transfer s.p.a. e, quali mandanti, la C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. e San Germano s.r.l. con punti 91,49.

Il RTI Econord, di seguito escluso dalla gara di cui sopra, aveva proposto ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna avverso l'esclusione e, in quella sede, il RTI De Vizia aveva proposto un ricorso incidentale, con il quale deduceva che il RTI Econord sarebbe dovuto essere escluso dalla gara anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle poste a base dell'atto impugnato di esclusione.

Questa Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 3 giugno 2015, n. 2715, ha accolto l'appello principale interposto dall'RTI De Vizia e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, ha accolto detto ricorso incidentale di primo grado, stabilendo che sussisteva, in capo al concorrente RTI Econord, un obbligo dichiarativo riferibile alla figura del responsabile tecnico del settore indicato, a prescindere dalla circostanza che il soggetto a tal titolo qualificato comparisse nelle visure camerali, e che egli fosse titolare, o meno, anche di particolari poteri rappresentativi.

2. In primo luogo va chiarito, a ribadire quanto già bene ravvisato dal primo giudice nella sentenza impugnata, che a seguito della predetta sentenza di questo Consiglio di Stato, V, 3 giugno 2015, n. 2715, il provvedimento di esclusione dell'RTI Econord è necessitato e risponde ad un ben preciso vincolo discendente dal giudicato suddetto.

Pertanto, una volta escluso l'RTI Econord dalla gara, l'incameramento della cauzione provvisoria diviene una conseguenza automatica della esclusione e, come tale, è non suscettibile di valutazione discrezionale con riguardo al caso concreto e, in particolare, alle ragioni meramente formali o sostanziali che l'amministrazione abbia posto a giustificazione dell'esclusione medesima (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 19 febbraio 2016, n. 694; III, 26 giugno 2015, n. 3225).

3. Infatti, si deve rilevare che per consolidata giurisprudenza, nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza *ex lege* dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza che sia necessaria la prova di colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate (cfr. Cons. Stato, IV, 19 novembre 2015, n. 5280; 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778).

Inoltre Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 ha ritenuto che la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara, quantomeno per aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse, con relative questioni derivate (come si è verificato nel caso di specie, con esigenze di ricalcolo e nuovo aggiudicatario).

L'escussione costituisce dunque conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza.

Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, a un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa).

In definitiva, l'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale). Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria che sopra si è detta, dunque, inerte al solo rapporto che si è costituito *inter partes* con l'amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara: si riferisce perciò all'interesse pubblico della stazione appaltante e non all'interesse generale.

Peraltro, come ha ancora ritenuto la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 29 luglio 2015, n. 3749), ai sensi dell'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, nelle gare pubbliche l'incameramento della cauzione provvisoria va disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario. Infatti, la cauzione provvisoria ha la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta: del resto, la consolidata giurisprudenza ritiene l'art. 75, comma 6, una norma di chiusura dell'ordinamento (cfr. Cons. Stato, IV, 22 dicembre 2014, n. 6302).

Inoltre l'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionato dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi i cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva.

4. Nel caso in esame, il mancato perfezionamento dei presupposti procedurali della sottoscrizione del contratto non può che essere addebitato al RTI Econord: il quale peraltro era, in buona sostanza, l'aggiudicatario provvisorio della gara in esecuzione della sentenza del Tribunale amministrativo della Sardegna 18 dicembre 2014, n. 1091.

La sentenza di questa V Sezione 3 giugno 2015, n. 2715 ha sancito che il predetto RTI Econord andava escluso per omessa dichiarazione di un requisito ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Pertanto l'eventualità che l'aggiudicazione della gara avvenisse in favore del RTI Econord è all'evidenza venuta meno per un'omissione al medesimo imputabile: un fatto questo che ha precluso la stipula del contratto.

Peraltro, la già ricordata decisione Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 ha ritenuto che ai sensi dell'art. 75 si deve far riferimento anche ai concorrenti e non solo all'aggiudicatario; e non solo ai requisiti speciali dell'art. 48, ma anche ai requisiti generali dell'art. 38.

Non può pertanto dubitarsi che l'escussione della cauzione, nella fattispecie, resti conseguenza automatica, immediata e diretta dell'esclusione del concorrente RTI Econord, già aggiudicatario provvisorio della gara, imposta per omessa dichiarazione.

L'Amministrazione, prendendo doverosamente atto dell'esclusione, ha consequenzialmente disposto l'incameramento della cauzione. Non rilevava che il provvedimento di escussione contenesse una specifica motivazione sul punto, che si vorrebbe dequotare a mero vizio di forma, inidoneo ad incidere sul contenuto dispositivo ex art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990.

Che l'incameramento della cauzione sia conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, perciò insuscettibile di valutazione discrezionale della stazione appaltante anche riguardo all'apprezzamento dell'eventuale buona fede (peraltro, nella specie, tutta da dimostrare) è stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza e non può rimettersi ulteriormente in discussione.

Inoltre, anche l'omessa dichiarazione costituisce un fatto imputabile al concorrente, di suo idoneo ad impedire la stipula del contratto. Il che vale tanto più se la mancanza, come nella specie, non era emendabile con un'integrazione postuma, come ritenuto dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 2715 del 2015.

5. Infine, la stazione appaltante non sanziona il concorrente in violazione del principio di proporzionalità, come assume l'appellante in memoria di replica. Il rapporto di proporzionalità nel caso concreto non è qui violato, visto il cospicuo valore dell'appalto e il fatto che la cauzione, oggetto dell'incameramento, è soltanto una frazione di quel valore ed è all'evidenza di misura congrua rispetto ad esso.

6. Le ulteriori censure contenute nell'atto d'appello, relative agli ulteriori motivi di esclusione, rilevati per effetto delle verifiche nel frattempo effettuate, e che avrebbero determinato secondo la stazione appaltante comunque l'espulsione dalla gara dell'RTI appellante, sono da assorbire, essendo ininfluenti ai fini del giudizio sulla legittimità della disposta escussione.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello va respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre accessori di legge, in favore del Comune di Cagliari appellato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2016

IL SEGRETARIO

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