

N. 06197/2014 REG.PROV.COLL.
N. 07235/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7235 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Ballan S.r.l., Soc. Marziali Costruzioni Generali Mcg S.p.a. e Soc. Gecom S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Roberta Pagliarella e Raffaella Di Tarsia Di Belmonte, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaella Di Tarsia Di Belmonte in Roma, via Guido D'Arezzo, 2

contro

Roma Capitale, rappresentata e difesa per legge dall'avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata in Roma, via Tempio di Giove, 21; Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Edil Fema Srl (Rti);

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di riqualificazione del mercato domenicale di Porta Portese - intervento 2 del P.L.U.S. Roma Capitale pronunciata nella seduta pubblica del 17.6.2013;

delle lettere nota prot. sc/180808. sc/180815, sc/18089 del 17.6.2013;

per la revoca dell'escussione della polizza fideiussoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e definitiva eventualmente adottati.

nonché, per l'annullamento

delle determinazioni dirigenziali del Segretario – Direzione Generale – Direzione Appalti e Contratti: SC/61/2013 per la Ballan s.r.l.; SC/62/2013 (prot. SC/218067/2013) per la Marziali Costruzioni Generali spa; SC/65/2013 (prot. SC/218097/2013) per la GE.CO.M, srl tutte emesse il 25 luglio 2013, con le quali si dispone l'incameramento del deposito cauzionale prestato per la partecipazione alla gara;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di

Autorita' 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 7 maggio 2014 il dott. Salvatore Mezzacapo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le società odierne ricorrenti hanno tutte partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di riqualificazione del mercato domenicale di Porta Portese, intervento 2 del P.L.U.S. Roma Capitale. Hanno tutte prodotto in sede di gara la prescritta polizza per la cauzione provvisoria. Essendo state tutte sorteggiate hanno invero tutte e tre prodotto tardivamente, sia pure per diversi motivi, la richiesta documentazione. In ragione di ciò, le società odierne ricorrenti sono state, nel corso della seduta pubblica della commissione di gara del 17 giugno 2013, dichiarate escluse con la medesima motivazione : “plico contenente la documentazione richiesta a comprova dei requisiti progettuali pervenuto fuori termine”. Esclusione quindi comunicata con nota inviata in pari data. In data 20 giugno 2013 la stazione appaltante ha inviato all'Autorità di settore la relativa segnalazione. Con provvedimenti in data 25 luglio 2013 Roma

Capitale ha quindi provveduto all'incameramento del deposito cauzionale provvisorio prestato dalle ricorrenti per la partecipazione alla gara di che trattasi.

Le disposte esclusioni, l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva della gara, la segnalazione operata all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e i provvedimenti con cui si dispone l'incameramento della cauzione sono tutti avversati con il ricorso in esame e successivi motivi aggiunti, a sostegno dei quali si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 48 e 75 del codice dei contratti nonché eccesso di potere per errato presupposto e per sviamento, per manifesta illogicità ed irragionevolezza, sproporzione e difetto di motivazione.

Si sono costituite in giudizio le intime amministrazioni affermando la infondatezza del proposto ricorso e concludendo perché lo stesso venga respinto.

Alla pubblica udienza del 7 maggio 2014 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

Devesi preliminarmente dare atto della formale rinuncia, giusta quanto dichiarato a verbale della odierna pubblica udienza dalla difesa delle ricorrenti, all'impugnativa degli atti di gara, e quindi all'impugnativa delle esclusioni delle ricorrenti dalla gara medesima e così pure dei successivi atti di gara (in primis, l'aggiudicazione della stessa), nonché alla pure proposta azione risarcitoria, dovendo conseguentemente dichiararsi l'improcedibilità di tali capi di

domanda, permanendo l'interesse quanto all'impugnativa delle sole "sanzioni accessorie".

Ciò premesso, così dunque limitata la proposta impugnativa, il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

Al riguardo, giova preliminarmente precisare, in punto di fatto, che in data 6 maggio 2013 le odierne ricorrenti sono state invitate dalla Direzione appalti e contratti di Roma Capitale a produrre entro il termine perentorio del 16 maggio 2013 la documentazione in originale o in copia conforme attestante il possesso dei requisiti progettuali, dichiarati per la partecipazione alla gara. Nella seduta di gara del 17 giugno 2013, avendo la Commissione rilevato come la documentazione delle società ricorrenti comprovante il possesso dei requisiti fosse pervenuta oltre i termini stabiliti, la Stazione Appaltante ha disposto l'esclusione delle stesse, l'escussione delle garanzie prestate e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Va innanzitutto osservato che la formalizzata rinuncia all'impugnativa degli atti di gara in senso proprio non priva le ricorrenti dell'interesse a (continuare ad) avversare le "sanzioni accessorie" della esclusione, e cioè l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità dei contratti. Ciò perché, come la Sezione ha già avuto modo di osservare, la determinazione recante l'escussione della fideiussione è atto autonomamente impugnabile a prescindere dall'impugnazione del provvedimento di

esclusione dalla gara laddove vengano dedotti vizi propri non riconducibili alla determinazione di esclusione, che ne costituisce presupposto fattuale e giuridico, dovendo alla stessa riconoscersi autonoma valenza lesiva che consente il positivo riscontro della sussistenza dei presupposti dell'azione costituiti dalla legittimazione e dall'interesse laddove tale determinazione non venga censurata per vizi derivati dall'esclusione dalla gara (T.A.R. Lazio, Sez. II, 9 aprile 2013 n. 3588).

Difatti, la determinazione di procedere all'escussione della garanzia prestata, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, se costituisce conseguenza del provvedimento di esclusione dalla gara, nella quale trova il proprio presupposto, non può ritenersi condizionata, quanto a perimetro dei vizi rilevabili, dai profili di illegittimità dell'atto presupposto, dal quale – pur essendone diretta conseguenza - non discende, a giudizio del Collegio, in via automatica.

Il regime di impugnabilità – in via autonoma o meno rispetto al provvedimento di esclusione dalla gara – del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria, va, invero, delineato alla luce del carattere e della natura che si annettono a tale misura sanzionatoria, venendo il rilievo la questione se tale misura debba essere considerata conseguenza automatica, meramente consequenziale e necessitata dell'esclusione dalla gara, frutto di un'attività vincolata ed esecutiva o se, invece, essa implichi l'esercizio di un'attività valutativa.

Ben conosce il Collegio l'avviso giurisprudenziale certamente prevalente secondo cui, nelle procedure finalizzate all'affidamento di appalti con la Pubblica amministrazione l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità garante costituiscono conseguenze del tutto automatiche del provvedimento di esclusione, come tali non suscettibili di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni, meramente formali ovvero sostanziali, poste a giustificazione dell'esclusione medesima; avviso secondo il quale, di conseguenza, ciò che è possibile censurare, innanzi al Giudice amministrativo, è la legittimità dell'esclusione, e non, una volta che questa sia ritenuta legittima, l'adozione dei conseguenti atti di incameramento della cauzione e di segnalazione, essendo questi conseguenze automatiche previste ex lege, con irrilevanza anche di una eventuale buona fede dell'impresa (cfr. da ultimo, Cons. Stato, III Sezione, 8 aprile 2014 n. 1659 ma anche, in precedenza, IV Sezione, 16 febbraio 2012, n. 810; 24 maggio 2013, n. 2832; V Sezione, 6 marzo 2013, n. 1370; 10 settembre 2012, n. 4778).

Ritiene tuttavia il Collegio di dover aderire all'opzione ermeneutica per cui la misura sanzionatoria in questione non è frutto di un'attività vincolata ed esecutiva, ma appunto implica l'esercizio di un'attività valutativa.

Sotto il profilo sistematico, va ricordato che la cauzione provvisoria nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente,

prima della legge 11 febbraio 1994 n. 109, aveva il compito di garantire l'Amministrazione procedente circa l'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto (art. 322, della legge n. 2248 del 1865 allegato F; artt. 2 e 4 del d.P.R. 1063 del 1962).

Con l'art. 10 della legge n. 109 del 1994, la cauzione provvisoria ha assunto un'ulteriore funzione, ovvero quella di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine ai requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, e la previsione dell'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà ed affidabilità delle offerte.

L'escussione di tale garanzia, nella disciplina dettata dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, riguarda, quindi, tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare, ma anche il difetto dei requisiti di capacità economico - finanziaria e dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, estendendosi tali ultime ipotesi anche agli altri partecipanti alla gara.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che, proprio in ragione della funzione della cauzione provvisoria, il relativo incameramento, in caso di esclusione dalla gara del concorrente, debba essere preceduto

da un'attività valutativa volta al riscontro della gravità degli elementi che hanno condotto a tale esclusione, non potendo l'Amministrazione, in considerazione della natura sanzionatoria e comunque afflittiva dei provvedimenti conseguenti all'esclusione (escussione della cauzione, segnalazione e sospensione dell'impresa dai pubblici appalti), prescindere, prima della loro adozione, dall'effettuazione di un'espressa valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa, dovendosi escludere l'applicazione automatica delle suddette sanzioni nei casi in cui l'impresa non sia incorsa nelle più gravi ipotesi di palese difformità, falsità o mancata comprovazione di quanto dichiarato, ma abbia errato nell'adempimento dell'onere di diligenza, sulla stessa gravante, di provare il possesso dei richiesti requisiti, di partecipazione (TAR Lazio – Sez. I bis, 20 maggio 2011 n. 4454; Sez. III, 27 ottobre 2008 n. 9172), dovendo il provvedimento di incameramento della cauzione fondarsi sul giudizio di gravità del comportamento dell'impresa concorrente (Consiglio di Stato – Sez. V – 28 giugno 2004 n. 4789; 12 maggio 2003 n. 2512).

Nel caso in esame, come risulta dai gravati provvedimenti, le società ricorrenti sono state escluse dalla gara ed è stato disposto l'incameramento della cauzione dalle stesse prestata per aver tardivamente presentato la documentazione attestante il possesso dei requisiti.

Pur essendo indubbio l'intervenuto inadempimento degli obblighi

gravanti sulle società ricorrenti, le quali avrebbero dovuto comprovare il possesso dei requisiti dichiarati entro il termine assegnato – rivestendo il relativo termine carattere perentorio, per come chiarito anche dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con determinazione n. 5/2009 – deve ritenersi come tale inosservanza non rivesta carattere di gravità, potendo riconoscersi, in capo alle imprese partecipanti, la scusabilità dell'errore in ordine alle modalità di osservanza del termine assegnato, tenuto conto che il plico della ricorrente Ballan è pervenuto con un solo giorno di ritardo, la Marziali Costruzioni ha subito accertati guasti alla rete elettrica con conseguente impossibilità a predisporre la documentazione richiesta e la società Gecom ha documentato difficoltà ad operare con la posta elettronica certificata. E comunque le due ultime società ricordate hanno poi prodotto la documentazione di cui è questione appena risolti gli inconvenienti tecnici registrati. In altri termini, ad avviso del Collegio la condotta delle ricorrenti integra una violazione di lieve entità, tenuto conto, altresì, che tale violazione non ha prodotto pregiudizievoli conseguenze sullo svolgimento della gara, né ne ha falsato l'esito della stessa con riflessi sulle altre imprese partecipanti o ne ha inficiato le operazioni.

Né risulta in alcun modo che l'Amministrazione abbia riscontrato la mancanza, in concreto, in capo alle società ricorrenti, di uno dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa, economico-finanziaria o di

carattere generale, cosicchè viene in rilievo una mera violazione formale del termine entro il quale avrebbe dovuto essere presentata la documentazione attestante il possesso dei necessari requisiti, la quale, se può legittimamente condurre all'esclusione dell'impresa dalla selezione, non può giustificare l'automatico incameramento della cauzione provvisoria in assenza di una espressa valutazione circa la gravità della violazione delle regole e dei doveri comportamentali gravanti sull'impresa stessa.

Se, nella fattispecie in esame viene in rilievo un mero ritardo nella presentazione della richiesta documentazione, giova rilevare come, a fronte del carattere non automatico dell'incameramento della cauzione provvisoria, è stato affermato come lo stesso debba essere disposto in caso di accertata carenza, sul piano sostanziale, dei requisiti di partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Sez. III, 4 gennaio 2012 n. 3), accertamento che, nella fattispecie in esame, non è stato condotto.

Considerato, quindi, che il provvedimento di incameramento della cauzione, stante il suo carattere indubbiamente afflittivo se non propriamente sanzionatorio, deve essere ricondotto al carattere di gravità del comportamento dei concorrenti, l'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, chiedendo alle imprese sorteggiate di comprovare documentalmente il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-

organizzativa richiesti nel bando, e quelli di carattere generale, precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, deve essere interpretato secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve.

Laddove, quindi, non venga in rilievo la mancanza, in concreto, dei prescritti requisiti, ma una mera violazione formale delle regole della procedura, non può procedersi all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (ad esempio in ordine al calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) o abbia determinato la ripetizione delle operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa, circostanze queste che non ricorrono nella fattispecie in esame.

Il dato letterale di cui al citato art. 48 consente di ritenere che l'irrogazione di misure, quali l'incameramento della cauzione, debbano poggiare sulla valutazione, in concreto, del carattere di gravità della violazione posta in essere dall'impresa quanto a dimostrazione dei requisiti richiesti, trattandosi di misure estranee alla fisiologica esclusione dalla gara e volte a rafforzare la serietà ed affidabilità dell'offerta attraverso il rispetto delle regole di gara, la cui violazione può determinare l'applicazione di ulteriori misure –

rispetto all'esclusione – di carattere afflittivo previa valutazione in concreto del carattere della violazione e dei relativi riflessi sulla procedura di gara, non potendo l'Amministrazione prescindere, prima della loro adozione, dall'effettuazione di un'espressa valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa.

Per quanto attiene poi alla sanzione della segnalazione all'A.V.C.P. deve, in via preliminare, rilevarsi che, da ultimo, superandosi il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, è stato affermato che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2012; T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 7 dicembre 2012, n. 10249). La detta soluzione trova conferma nel nuovo regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema s.o.a., sia per le altre imprese, menziona i "provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni del d.P.R. n. 207/2010" (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210).

Peraltro la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio e, quindi, avviso di procedimento

che consente all'impresa di presentare all'Autorità proprie deduzioni, ad esempio circa l'avvenuta impugnazione del provvedimento di esclusione (Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370).

La segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, si configura pertanto come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi solo in via aderivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentoale e carattere autoritativo (cfr. T.A.R. Lazio, II Sezione, 13 maggio 2013 n. 4749).

In definitiva, il ricorso in esame è improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse per quanto concerne l'impugnativa delle esclusioni e dei successivi atti di gara, inammissibile per difetto di interesse per quanto concerne l'impugnativa delle segnalazione all'Autorità dei contratti pubblici e fondato, e quindi da accogliere, per quanto concerne l'impugnativa dei provvedimenti con cui è disposto l'incameramento delle cauzioni, provvedimenti questi che vanno conseguentemente annullati.

Sussistono giuste ragioni per compensare integralmente fra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione

Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i soli provvedimenti con cui è disposto l'incameramento del deposito cauzionale prestatato dalle ricorrenti per la partecipazione alla gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2014

IL SEGRETARIO

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

