

[Torna alla pagina precedente](#)**N. 06302/2014 REG. PROV. COLL.**  
**N. 05108/2010 REG. RIC.****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5108 del 2010, proposto da:

Mediconf S.p.A., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale capogruppo e mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе costituendo con Confex S.r.l. e Maritzatek Ltd., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Galasso e Licia D'Amico e presso il loro studio elettivamente domiciliata in Roma, alla via Germanico n. 197, per mandato in calce all'appello; con successiva procura per atto separato, non autenticata, depositata in segreteria il 7 ottobre 2011, il legale rappresentante ha conferito mandato difensivo, in sostituzione, agli avv.ti Luigi Giuliano e Augusto Monti, eleggendo domicilio presso il loro studio in Roma, al corso Vittorio Emanuele II, n. 154;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso gli uffici della medesima domiciliato per legge in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

***nei confronti di***

Sace Bt S.p.A., incorporante per fusione Sace Surety S.p.A., già Assicurazione Edile S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-

tempore, interveniente ad adiuvandum nel giudizio di primo grado e non costituita nel giudizio d'appello;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I bis, n. 815 del 25 gennaio 2010, resa tra le parti, con cui, dichiarata inammissibile la domanda proposta dall'interveniente ad adiuvandum Sace Bt S.p.A., è stato rigettato il ricorso in primo grado n.r. 522/2009, proposto da Medicconf S.p.A., nella qualità di cui in epigrafe, per l'annullamento della nota provvedimento n. 3/6988 di prot. del 28 ottobre 2008 recante incameramento della cauzione provvisoria, della nota provvedimento n. 3/6989 del 28 ottobre 2008, con cui si è provveduto a escutere la polizza fideiussoria, della comunicazione n. 3/7644 del 19 novembre 2008, di segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con condanna al pagamento delle spese del giudizio di primo grado liquidate in complessivi € 3.000,00

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2014 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Angelo Clarizia, per delega dell'avv. Luigi Giuliano, per l'appellante Medicconf S.p.A. e l'avvocato di Stato Stefano Varone per l'appellato Ministero della Difesa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) Medicconf S.p.A. ha partecipato in costituendo raggruppamento temporaneo con ConfTex S.r.l. e Maritzatek Ltd a procedura ristretta accelerata relativa ad appalto di fornitura di uniformi militari, limitatamente al lotto n. 8 (avente ad oggetto n. 25.000 giacconi impermeabili senza sovrappantaloni A.M.) per il valore stimato, al netto dell'IVA, di € 2.550.000,00, da affidare al prezzo più basso, risultando migliore offerente.

Nelle more dell'avviato subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, essa ha dapprima comunicato, con nota del 5 agosto 2008, il guasto di alcuni telai e l'impossibilità di produrre i tessuti occorrenti per la fornitura nei tempi previsti, e quindi, a seguito di richiesta di chiarimenti

della stazione appaltante, con nota del 10 settembre 2008 ha formalizzato rinuncia all'offerta presentata.

Con nota n. 3/6195 di prot. del 2 ottobre 2008 era quindi comunicato l'avvio del procedimento per l'eventuale incameramento della cauzione; acquisita dall'interessata documentazione e respinte le giustificazioni addotte a sostegno dell'allegata impossibilità sopravvenuta per causa di forza maggiore, con nota 3/6988 di prot. del 28 ottobre 2008 è stato quindi disposto l'incameramento della cauzione, con l'escussione della polizza fideiussoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Con il ricorso in primo grado n.r. 522/2009, l'interessata ha impugnato i suddetti provvedimenti, deducendo in sintesi:

1) *Violazione o falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n.163/2006*, perché l'incameramento della cauzione non poteva essere disposto in difetto dei presupposti normativamente fissati, ossia in difetto di aggiudicazione provvisoria e per fatto incolpevole, riconducibile all'indisponibilità dei telai per la tessitura per causa non imputabile relativa a fatto doloso di terzi ignoti.

2) *Eccesso di potere nelle figure sintomatiche dello sviamento, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, carente e insufficiente motivazione*, perché non sono stati valutati i richiamati presupposti, né è stata fornita motivazione congrua in ordine ai medesimi, e in specie alle circostanze denotanti il fatto incolpevole.

Nel giudizio si è costituito il Ministero della Difesa che ha dedotto l'infondatezza del ricorso.

E' altresì intervenuta ad opponendum Sace Bt S.p.A., incorporante per fusione Sace Surety S.p.A., già Assicurazione Edile S.p.A., intermediario che aveva prestato la cauzione mediante polizza fideiussoria, proponendo domanda di restituzione della somma garantita, oltre interessi.

Con sentenza n. 815 del 25 gennaio 2010 il T.A.R. Lazio, dichiarata inammissibile la domanda presentata dall'interveniente ad opponendum, ha rigettato il ricorso.

Dopo aver delineato natura e funzioni della cauzione provvisoria, il giudice amministrativo capitolino ha ritenuto, in estrema sintesi, che essa, garantendo l'affidabilità dell'offerta, e quindi la serietà e correttezza del comportamento del concorrente, copra ogni fatto non incolpevole a questi riferibile, anche antecedente all'aggiudicazione provvisoria, e che nella specie non fosse stata dimostrata né, in senso assoluto,

l'indisponibilità obiettiva di tutti i telai (essendo stati allegati guasti di soli dieci telai su duecentodieci), né la riconducibilità a fatto doloso di terzi.

2.) Con appello notificato il 25 maggio 2010 e depositato l'8 giugno 2010, Mediconf S.p.A. ha impugnato la predetta sentenza, deducendo, in sintesi, le seguenti censure:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006. Insufficiente erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia*, perché la cauzione è destinata a garantire la sola mancata sottoscrizione da parte dell'aggiudicatario, e quindi il suo incameramento non può estendersi a ipotesi diverse e fatti e fasi del procedimento di gara antecedenti, al contrario di quanto opinato dal giudice amministrativo capitolino, come comprovato dalla circostanza che essa è prevista in via diretta e autonoma ex art. 48 nel caso di mancata dimostrazione dei requisiti in sede di verifica; d'altro canto, poiché la fattispecie deve ricondursi al paradigma della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. non potrebbe prescindere da una rigorosa prova dell'esistenza e della misura del danno ex artt. 2043 e 2056 cod. civ.; peraltro nel caso di specie la rinuncia all'offerta è dipesa da fatto incolpevole, in specie dall'impossibilità sopravvenuta per fatto non imputabile, onde esula l'altro presupposto della riconducibilità a fatto proprio dell'affidatario, laddove l'amministrazione ha in sostanza fatto carico all'interessata di una responsabilità di tipo oggettivo; d'altro canto Mediconf S.p.A. aveva comunque documentato come l'indisponibilità dei telai fosse ascrivibile a fatto doloso di terzi, senza che sul punto sia stata espressa alcuna motivazione da parte dell'amministrazione.

2) *Insufficiente e erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia relativo alla mancata valutazione del vizio di eccesso di potere nelle diverse sue figure sintomatiche evidenziate in ricorso*, essendo erronei anche i rilievi del TAR in ordine alla ritenuta sufficienza della motivazione degli atti impugnati, al contrario carente quanto alla valutazione delle circostanze addotte dall'interessata e alla sussistenza di fatto colpevole dell'affidataria che si risolve in ingiustificato arricchimento dell'amministrazione attraverso l'incameramento della cauzione in difetto di effettivo danno.

Con la memoria di costituzione in giudizio, depositata l'8 luglio 2010, il Ministero della Difesa ha dedotto l'infondatezza dell'appello, rilevando in sintesi che:

- la cauzione provvisoria è posta a garanzia della serietà dell'offerta, e quindi copre ogni fatto riconducibile al concorrente, mediante una forma di liquidazione anticipata e forfettaria del danno, del quale non occorre fornire alcuna prova, al contrario di quanto dedotto dall'appellante peraltro con motivo nuovo e quindi inammissibile;

- non può revocarsi in dubbio l'inconsistenza delle giustificazioni addotte a sostegno della rinuncia all'offerta presentata, sia perché generiche, e relative solo ad alcuni telai sull'intera dotazione della mandante Maritzatek Ltd., sia perché non è stata addotta alcuna prova della riferibilità dei guasti a fatto doloso di terzi (non potendo a tal fine rilevare né un verbale di sopralluogo effettuato da tecnici non identificati in cui si riporta in termini dubitativi la manomissione, né un verbale redatto presso il commissariato di polizia di Plovdiv in cui pure si riferisce in termini dubitativi della pretesa manomissione); in ogni caso incombeva sull'offerente la tempestiva verifica, mancata, dell'idoneità dei macchinari e la loro eventuale sostituzione.

Con atto intestato allo studio legale "GM" in data 22 settembre 2011, depositato il 7 ottobre 2011, recante sottoscrizione non autenticata del legale rappresentante di Medicof S.p.A., sono stati nominati nuovi difensori, con contestuale elezione di domicilio, "...revocando ogni altro precedente difensore".

All'udienza pubblica del 28 ottobre 2014 l'appello è stato discusso e riservato per la decisione.

3.) L'appello in epigrafe è destituito di fondamento giuridico e deve essere rigettato, con la conferma della sentenza gravata, dandosi atto che, in difetto di autenticazione della sottoscrizione della nuova procura alle liti, rimane fermo ed efficace il mandato conferito agli originari difensori, come formalizzato in calce all'appello, in applicazione dell'art. 86 c.p.c. -in forza del rinvio esterno ex art. 39 comma 1 c.p.a.- che tiene ferma l'efficacia della procura qualora revocata (o rinunciata) sinché non sia avvenuta la sostituzione del difensore, e dovendo equipararsi il vizio radicale dell'atto -dovendosi considerare l'autenticazione della sottoscrizione quale suo elemento essenziale che solo rende certo e riferibile alla parte il negozio processuale ivi formalizzato- all'assenza della procura.

3.1) L'art. 75 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 impone, come noto, la prestazione di garanzia, commisurata in percentuale fissa al prezzo a base

di gara, nella forma di cauzione, se costituita per contanti o mediante titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato, o di fideiussione bancaria, assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari iscritti ad apposito albo, indicandone in modo esplicito la funzione di "copertura" del "*rischio*" afferente alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Già sotto un primo profilo strettamente lessicale non può sfuggire la differenza, significativa ancorché non decisiva, tra la disposizione e quella del previgente art. 30 comma 1 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che ricollegava la cauzione alla mancata sottoscrizione del contratto al "fatto dell'aggiudicatario".

In realtà la cauzione provvisoria (intendendosi qui, in modo ellittico, tanto quella prestata in pecunia numerata o con titoli di debito pubblico quanto quella prestata mediante polizza fideiussoria) se in senso generale mira ad assicurare la serietà e attendibilità dell'offerta, o come è stato detto in modo puntuale ed efficace si pone quale "...garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche..." (Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733), riveste anche una funzione sanzionatoria per altri comportamenti dell'offerente pure ascrivibili alla rottura del patto d'integrità, quali quelli delineati dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, relativi alla mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e altresì dei requisiti di carattere generale ex art. 38 (nel senso della riferibilità del meccanismo sanzionatorio costituito, oltre all'esclusione dalla gara, dall'incameramento della cauzione e dalla segnalazione all'Autorità di vigilanza anche all'ipotesi della carenza dei requisiti generali vedi Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8, nonché Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 3428 e la recentissima Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5283).

L'elemento unificante di tutte le fattispecie considerate è nell'inverarsi di *fatti colpevoli* che incidono sul regolare svolgimento della gara e manifestano la violazione del ripetuto patto d'integrità, ossia di quell'onere di peculiare *diligenza e/o buona fede* che incombe sul concorrente, e che può ricondursi, in generale, al canone comportamentale di cui all'art. 1337 cod. civ.

Peraltro, se anche possa riconoscersi nella suddetta matrice normativa il fondamento dell'imputazione del fatto colpevole volta a volta rilevante (mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti, sottrazione in altro

modo alla sottoscrizione del contratto), cionondimeno le disposizioni degli artt. 48 e 75 d.lgs. n. 163/2006, in quanto speciali, esonerano l'amministrazione appaltante dalla prova di uno specifico profilo di danno, ponendosi la cauzione come liquidazione preventiva e forfettaria del danno (Sez. IV, n. 4733/2014, citata; vedi anche Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746).

Beninteso, tale aspetto se avvicina la cauzione provvisoria negli appalti pubblici a quel particolare meccanismo di liquidazione del danno costituito dalla clausola penale ex art. 1382 cod. civ., non limita alla sua misura il risarcimento del danno cagionato all'amministrazione, qualora quest'ultima dimostri di aver subito un danno eccedente (cfr. Cass., SS.UU. civili, 4 febbraio 2009, n. 2634).

3.2) Così inquadrato, in linea generale, l'istituto deve recisamente escludersi la fondatezza della prospettazione dell'appellante, secondo cui l'incameramento della cauzione (id est: l'escussione della polizza fideiussoria) presupponga l'intervenuta formale aggiudicazione provvisoria.

In ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del "patto d'integrità", è evidente, invece, che la cauzione (nel senso lato) copre ogni ipotesi nella quale la mancata sottoscrizione del contratto, e a monte il non conseguito perfezionamento dei suoi presupposti procedurali (aggiudicazione provvisoria e definitiva), sia addebitabile all'offerente.

D'altro canto, nell'ipotesi in cui siano presentate offerte anomale è evidente che non può farsi luogo all'aggiudicazione provvisoria, dovendosi procedere ad esperire il subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, e all'esclusione consegue la diretta aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala: ciò dimostra che l'aggiudicazione provvisoria non è momento procedimentale essenziale e imprescindibile, onde non può assumere, almeno in tale evenienza -che è appunto quella inverteasi nella specie- funzione di *condicio juris* dell'incameramento della cauzione.

Peraltro, in chiave funzionalista, l'istituto sarebbe svuotato di efficacia, anche *deterrente* rispetto alla formulazione di offerte non serie o inattendibili, se si individuasse una sorta di *finestra procedimentale* (anteriore all'aggiudicazione provvisoria) nella quale al concorrente sia consentito di "liberarsi" senza alcuna conseguenza pregiudizievole degli effetti

vincolanti dell'offerta (nel senso che l'incameramento sia riferibile anche al recesso vedi Sez. V n. 3746/2009 citata).

Alla luce delle osservazioni che precedono deve escludersi la fondatezza del primo motivo d'appello.

3.2) Non ha maggior fondamento il secondo motivo d'appello, incentrato sulla carente valutazione delle circostanze addotte per qualificare come incolpevole la propria rinuncia all'offerta e comunque la mancata stipulazione del contratto (e in realtà, a monte, la mancata produzione delle giustificazioni relative all'anomalia).

Nella specie, infatti, l'interessata, anziché fornire le giustificazioni, ha addotto dapprima difficoltà a eseguire la prestazione nei termini contrattuali, e quindi ha formalizzato un sostanziale recesso dall'offerta adducendo giustificazioni tese a dimostrare che essa dipendeva da fatto incolpevole, e nondimeno, secondo gli esatti rilievi dell'Amministrazione e del giudice capitolino, non fornendo la prova del fatto né in senso assoluto e oggettivo (ossia dell'impossibilità di eseguire la prestazione per fatti sopravvenuti tali da escludere del tutto la disponibilità dei macchinari necessari per l'esecuzione, riguardando gli allegati guasti solo alcuni macchinari tra quelli costituenti l'apparato produttivo della mandante), sia in senso soggettivo (non essendo comunque dimostrato il fatto doloso di terzi).

In definitiva la fattispecie delinea un ingiustificato recesso dall'offerta, che ne connota la non serietà e che legittima l'incameramento della cauzione perché preclude la sottoscrizione del contratto.

4.) In conclusione l'appello in epigrafe deve essere rigettato, con la conferma della sentenza gravata, restando assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5.) La relativa novità e peculiarità della questione giustifica la compensazione tra le parti anche delle spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) rigetta l'appello in epigrafe n.r. 5108/2010 e, per l'effetto, conferma la sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I bis, n. 815 del 25 gennaio 2010.

Spese del giudizio d'appello confermate tra le parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2014  
con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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

[Guida al sito](#)