



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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 763 del 2010, proposto da:
Riabitat srl in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio
e in qualità di mandante del costituendo raggruppamento
temporaneo di imprese con E.A.C.O. 2000 - Edile Artigiani
Conсорziati Soc. Cons. Coop.; E.A.C.O. 2000 - Edile Artigiani
Conсорziati Soc. Cons. Coop. in persona del legale rappresentante
pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo
raggruppamento temporaneo di imprese con Riabitat srl,
rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Goretti e Alessandro
Longo, con domicilio eletto presso l'avv. Corrado Mauceri in
Firenze, via Lamarmora 26;

contro

il Comune di Chianciano Terme in persona del Sindaco *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Lessona in Firenze, via dei Rondinelli 2;
l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso la quale é domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

per l'annullamento

della determina del Responsabile del Servizio n. int. 11/2010 esecutiva dal 12.04.2010, di esclusione di Riabitat s.r.l. dalla gara per l'esecuzione di opere di restauro conservativo e consolidamento statico-strutturale di "Villa Simoneschi" e di aggiudicazione definitiva alla seconda classificata, nella parte in cui dispone l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza di Riabitat s.r.l.;

- della nota del Comune di Chianciano, Servizio Lavori Pubblici, Patrimonio, Casa, del 13.04.2010, prot. n. 6491, di comunicazione a Riabitat della suddetta esclusione e dei relativi provvedimenti sanzionatori;
- dell'eventuale relazione istruttoria allegata alla determinazione;
- dell'eventuale escussione della polizza fideiussoria;
- della nota, prot. 7044, in data 20.04.2010 del Comune di Chianciano all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;
- della nota, prot. 7052, in data 20.04.2010 del Comune di Chianciano alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di

Montepulciano nonchè di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi compresi, per quanto possa occorrere, l'annullamento e/o disapplicazione delle determinazioni dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 10.01.2008 e n. 1 del 12.02.2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Chianciano Terme e dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le imprese ricorrenti hanno partecipato in raggruppamento temporaneo ad una procedura per l'affidamento in economia, mediante cottimo fiduciario, di lavori per il restauro conservativo e il consolidamento strutturale di un edificio in proprietà dell'intimato Comune di Chianciano. La lettera invito faceva carico ai partecipanti di presentare una dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale per la partecipazione alle gare di appalto.

Dopo avere conseguito l'aggiudicazione le ricorrenti sono però state escluse poiché l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale di Perugia, in sede di verifica sul possesso dei requisiti dichiarati, ha rilasciato a Riabitat s.r.l. un documento unico di regolarità contributiva negativo. Con l'esclusione la stazione appaltante ha proceduto all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (in seguito: "Autorità").

Tali provvedimenti sono stati impugnati con il presente ricorso, notificato il 7 maggio 2010 e depositato il 13 maggio 2010, lamentando, le ricorrenti, con primo motivo che l'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non stabilirebbe dette conseguenze per il mancato possesso dei requisiti generali per la partecipazione alle gare di appalto, a differenza di quanto previsto dall'art. 48 del medesimo decreto per il mancato possesso dei requisiti speciali, e deducendo, con secondo motivo, il difetto di proporzionalità in relazione all'automatismo con cui tali provvedimenti sono stati adottati.

Si è costituita con memoria di stile l'Avvocatura dello Stato per l'Autorità.

Si è costituita anche l'Amministrazione comunale intimata eccependo inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in relazione alla comunicazione inviata all'Autorità, che non avrebbe carattere provvedimento, e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso poiché la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discenderebbe direttamente dall'art. 75, comma 6, d.lgs. 163/06 a norma del quale la

cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per il fatto dell'affidatario e la stazione appaltante sarebbe stata obbligata ad effettuare la segnalazione all'Autorità, a causa della mancanza di veridicità nella dichiarazione rilasciata dal Riabitat srl.

Con ordinanza n. 374 del 20 maggio 2010 è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 9 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

La questione posta all'attenzione di questo Tribunale verte sulle conseguenze dell'esclusione da una procedura di affidamento di un contratto pubblico (nella specie, mediante cottimo fiduciario) avvenuta a seguito dell'accertamento, da parte della stazione appaltante, del mancato possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 38, d.lgs. 163/06, in capo all'aggiudicataria. L'esclusione non è oggetto di contestazione; le censure si appuntano sulla segnalazione del fatto all'Autorità ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico e sull'escussione della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante.

Quanto alla segnalazione, il Collegio evidenzia che trattasi di atto non provvedimento il quale, pertanto, non incide nelle posizioni giuridiche delle ricorrenti (C.G.A. 29 maggio 2010, n. 424). L'Autorità dispone infatti di un potere valutativo in ordine alla rilevanza ed alla sussistenza del fatto per l'iscrizione nel casellario e deve esaminare eventuali elementi a discarico, che l'interessato ha il

diritto di presentare. La conclusione si evince dalla determinazione n. 1/08 dell'Autorità medesima, in base alla quale essa non deve procedere all'iscrizione in caso di inesistenza dei presupposti o inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante (T.A.R. Lazio Roma III, 11 novembre 2009 n. 11068). Analogamente la determinazione dell'Autorità n. 1/2010 stabilisce che deve essere instaurato un contraddittorio con l'operatore economico escluso, prima di procedere all'iscrizione nel casellario.

Nel merito, il Collegio è ben consapevole della propria sentenza 23 giugno 2009, n. 1473, secondo cui l'escussione della cauzione provvisoria potrebbe aver luogo solo in caso di accertamento del mancato possesso dei requisiti speciali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici; tuttavia, alla luce delle sentenze della Sezione sesta del Consiglio di Stato 4 agosto 2009, nn. 4905 e 4907, ritiene di dover mutare indirizzo. Secondo tali pronunce, infatti, la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 a tenore del quale essa copre "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario". Quest'ultimo è identificabile in qualunque ostacolo alla stipulazione riconducibile al concorrente vincitore, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto dei requisiti generali autodichiarati.

Il Collegio ritiene di aderire a tale impostazione poiché non può ritenersi che la mancata menzione del potere di escutere la cauzione

provvisoria nel caso di mancato possesso dei requisiti generali di partecipazione, evidenzi la volontà del legislatore 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, a fronte di una situazione fattuale identica consistente nella mancata sottoscrizione del contratto pubblico per un fatto dell'affidatario, stabilirebbe un trattamento diversificato a seconda che esso consista nel mancato possesso dei requisiti generali o speciali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Tale trattamento diversificato non avrebbe ragion d'essere e condurrebbe a dubitare della compatibilità della normativa con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. L'interprete, a fronte di una normativa di difficile interpretazione, deve privilegiare le conclusioni ermeneutiche che conducono ad un risultato costituzionalmente legittimo, a fronte di un'alternativa che porti invece a dubitare della sua legittimità costituzionale. Deve pertanto ritenersi che la menzione del potere della stazione appaltante di escutere la cauzione provvisoria nel testo dell'art. 48, d.lgs. 163/06, abbia carattere descrittivo di una potestà che sussiste anche nell'ipotesi in cui la stessa accerti il mancato possesso, in capo al concorrente, dei requisiti generali di partecipazione. Nell'uno e nell'altro caso trova infatti applicazione il più generale principio che la cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per il fatto (qualunque fatto)

riconducibile all'affidatario.

Non può essere accolto nemmeno il secondo motivo di ricorso poiché nella specie la stazione appaltante non possiede alcuna discrezionalità, come correttamente rappresentato dalla difesa comunale, e pertanto non vi è luogo a discettare circa il corretto esercizio di un potere che è vincolato dalla legge.

Il ricorso deve quindi essere respinto. Le oscillazioni giurisprudenziali derivanti dalla scarsa chiarezza del testo normativo costituiscono circostanze eccezionali che giustificano l'integrale compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

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