

N. 01146/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01488/2005 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 la Toscana
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1488 del 2005, proposto da:
Simar Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Alfano, con domicilio eletto
presso l'avv. Marta Citerinesi in Firenze, via Duca D'Aosta, 17;

contro

Comune di Campi Bisenzio, in persona del Sindaco p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Luciano Tozzi, con domicilio eletto
presso lo studio del medesimo in Firenze, corso Italia, 29;

nei confronti di

Soc. Italiana Assicurazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante
p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

in parte qua, della determina n. 133 del 15.07.2005 dei lavori di
realizzazione sul collegamento stradale tra la SR 66 e la SP n. 5 1°

lotto avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore del costituendo raggruppamento temporaneo tra la SIMAR Appalti s.r.l. e l'Impresa Antonetta Ciuffo s.r.l., trasmesso a quest'ultima con racc. 43235 del 21.7.2005; della lettera, di contenuto ignoto, del 4 agosto 2005 con la quale il Comune di Campi Bisenzio ha richiesto alla Compagnia Assicuratrice, Italiana Assicurazioni S.p.a., l'incameramento della cauzione provvisoria rilasciata dalla sola SIMAR Appalti per la partecipazione alla gara d'appalto; di ogni altro atto prodromico e/o successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il controricorso del Comune di Campi Bisenzio, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 815/2005 del 13 ottobre 2005;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 31 marzo 2011 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 17 settembre 2005 e depositato il successivo 29 settembre, la Simar Appalti s.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, della determina indicata in epigrafe, con la quale era revocata l'aggiudicazione provvisoria

disposta a suo favore della gara di appalto per la realizzazione dei lavori di collegamento stradale tra la SR 66 e la SP n. 5, 1° lotto, nonché della nota con la quale era disposto l'incameramento della cauzione provvisoria rilasciata dalla sola ricorrente per la partecipazione alla gara in questione.

In particolare, la ricorrente ricordava di aver partecipato alla gara in questione in a.t.i. e che, dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta nei suoi confronti, all'esito delle verifiche ex art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, risultava che l'Amministratore unico della società mandante del raggruppamento di imprese della quale la medesima ricorrente era mandataria era stato condannato per il reato di turbata libertà degli incanti, reato reputato dal Comune appaltante idoneo ad incidere sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa, erroneamente definita "mandataria" in una nota del 28 giugno 2005. Comunicata l'intenzione di provvedere ad adottare i provvedimenti conseguenti, nonostante le giustificazioni fornite dall'impresa interessata, il Comune adottava il provvedimento di esclusione dell'a.t.i. dalla gara e la comunicazione di procedere all'incameramento della relativa cauzione provvisoria nonché quella di procedere alla segnalazione della fattispecie all'Autorità di settore.

La ricorrente, quindi, lamentava in sintesi quanto segue.

“1.Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 co.1 quater della legge n. 109/1994 in relazione all'art. 75 del d.p.r. n. 554/1999. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge 689/1989”.

I provvedimenti sanzionatori relativi alla carenza dei requisiti

“soggettivi” di affidabilità morale e professionale non potevano che riferirsi ai soli imprenditori coinvolti. Inoltre, solo all’Autorità Giudiziaria era consentito l’accesso al certificato integrale dei carichi pendenti, così che, nel caso di specie, la Simar Appalti srl non poteva essere ritenuta responsabile della rilevata carenza di requisiti in capo all’impresa mandante, dato che non avrebbe potuto comunque verificare la pendenza di condanne nei confronti dell’Amministratore unico della medesima.

In relazione, poi, all’escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all’Autorità di settore, la ricorrente rilevava che queste potevano essere disposte solo nell’ipotesi di carenza di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando. Né a sostenere la conclusione dell’Amministrazione poteva soccorrere la previsione dell’art. 30, comma 1, l.n. 109/94 cit., che si riferiva alla diversa ipotesi di cauzione a tutela della fase successiva all’aggiudicazione.

La disposta escussione, quindi, era stata adottata, quale sanzione, senza la copertura di una norma di legge, ai sensi degli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. né poteva essere considerata come una sorta di risarcimento del danno subito dalla stazione appaltante, in quanto dalla disposta esclusione dell’a.t.i. in questione era conseguita una nuova aggiudicazione ad un’impresa che aveva offerto un ribasso inferiore.

Si costituiva in giudizio il Comune di Campi Bisenzio, chiedendo la reiezione del ricorso, secondo le relative argomentazioni

rappresentante in una successiva memoria per la camera di consiglio per la trattazione cautelare, ove – in ordine all'inammissibilità della relativa censura - specificava di aver provveduto alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza della sola impresa mandante e non della ricorrente.

Con l'ordinanza indicata in epigrafe, questa Sezione rigettava la domanda cautelare e la relativa statuizione era confermata anche in sede di appello dal Consiglio di Stato.

Con apposita comparsa, depositata in giudizio il 3 novembre 2008, si costituiva per la ricorrente, in sostituzione dei precedenti due legali, l'avv. Giuseppe Vernacchio, eleggendo nuovo domicilio.

In data 18 febbraio 2011 il Comune resistente depositava una memoria ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive e così pure faceva la società ricorrente, in data 10 marzo 2011.

Il 31 marzo 2001, per la ricorrente, si costituiva, in luogo del precedente difensore, l'avv. Giuseppe Alfano, con elezione di nuovo domicilio, depositando una nota del 19 febbraio 2011 con il quale il precedente difensore comunicava la rinuncia al mandato.

Alla pubblica udienza del 31 marzo 2011 la causa era trattenuta in decisione.

In data 6 aprile 2011 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio, preliminarmente, rileva che la segnalazione all'Autorità di settore è stata effettuata dal Comune appaltante solo nei confronti

della impresa mandante, per cui, sotto tale profilo, la relativa censura della ricorrente si rileva inammissibile per carenza di interesse.

In relazione ai motivi di ricorso – relativamente all'esclusione dell'a.t.i. Simar Appalti srl-Antonetta Ciufò srl ed alla relativa escussione di cauzione, il Collegio osserva quanto segue.

L'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, applicabile “ratione temporis”, prevedeva testualmente che: *“I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7”.*

Tale norma prevedeva il controllo – in una fase che precede l'aggiudicazione ed in pendenza di selezione - della documentazione attestante i requisiti dichiarati in sede di gara ed aveva funzione diversa da quella di cui al successivo art. 30, teso invece a garantire la stazione appaltante dalle eventualità di mancata sottoscrizione del contratto, successivamente alla disposta aggiudicazione.

Infatti, in merito la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che con l'art. 10 L. 11 febbraio 1994 n. 109, la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria sull'appalto dei lavori pubblici è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo così una funzione di garanzia non della stipula del contratto, ma della serietà e affidabilità dell'offerta; pertanto, l'incameramento è correlato alla violazione dell'obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta. Inoltre, nell'appalto dei lavori pubblici, l'escussione della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 10 L. 11 febbraio 1994 n. 109, il cui scopo è liquidare in via forfetaria il danno subito dalla Stazione appaltante per omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario provvisorio, riguarda non solo l'assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi, ma anche tutti i casi in cui abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni (Cons. Stato, Sez. V, 29.12.09, n. 8908; Sez. IV, 7.6.05, n. 2933).

Non può, quindi, condividersi l'assunto della ricorrente, secondo cui l'escussione della cauzione sarebbe possibile solo nell'ipotesi di mancata prova dei requisiti "tecnici" e non anche dei requisiti "generali" (all'epoca regolati dall'art. 75 d.p.r. n. 554/99). La medesima giurisprudenza del Consiglio di Stato, infatti, ha precisato che in caso di difformità tra le dichiarazioni rese da un concorrente in

una gara di appalto, risultato poi aggiudicatario, e la prova del relativo contenuto, l'art. 10 comma 1 quater, L. 109/1994 prevede come conseguenze automatiche l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici." (Cons. St., Sez. IV, n. 2933/05 cit.).

Né può essere condivisa la censura della ricorrente, secondo cui il fatto originante l'esclusione era imputabile alla sola mandante, dato che la valutazione dell'idoneità di ciascuna impresa partecipante alla gara, con riguardo alle certificazioni e alle dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti o delle capacità, non può prescindere dalla produzione della necessaria documentazione da parte di tutte, indipendentemente dall'eventuale rapporto associativo temporaneo sussistente in ragione della partecipazione alla gara medesima, non determinando, il vincolo contrattuale associativo, la costituzione di un nuovo soggetto giuridico (TAR Toscana, Sez. I, 4.10.91, n. 499).

E' stato anche precisato, con argomentazione che il Collegio condivide, che nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara d'appalto, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, ciò al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la Stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti (TAR Valle d'Aosta,

14.1.10, n. 6; TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 26.10.09, n. 1744). La natura di garanzia collettiva dell'offerta presentata, riconducibile alla polizza fideiussoria o alla cauzione in altro modo rilasciata, quindi, non distingue tra riconducibilità alla mandataria o alla mandante in caso di inadempimento alla legge di gara che prevede determinati dichiarazioni e relative verifiche a carico di ciascun offerente, anche in forma di r.t.i.– come accaduto nel caso di specie all'art. 2, lett. IIb) e 1, n. 3) del Disciplinare di gara riferito, a pena d'esclusione, a tutte le imprese partecipanti – dato che, diversamente, si verrebbe a configurare una carenza di garanzia per la stazione appaltante, proprio ove l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti (Tar Lazio, Sez. III, 2.10.07, n. 9620; Cons. Stato, Sez. V, 25.7.05, n. 4655).

In tema di contratti pubblici, quindi, vige la regola per cui, nel caso di costituenda associazione temporanea d'impresa, la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, diversamente configurandosi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti; pertanto, il fidejussore deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara

(Cons. Stato, Ad. Plen, 4.10.05, n. 8; TAR Lazio, Sez. III, 29.5.07, n. 4991), obbligo prettamente solidale nell'ipotesi di partecipazione in r.t.i. e presentazione di un'unica offerta a tale centro di imputazione riconducibile..

Proprio la natura di garanzia per la stazione appaltante e la funzione aggiuntiva di risarcimento "forfetario" del maggior danno pretendibile nei confronti dell'impresa escussa (Cons. Stato, Sez. V, 29.12.09, n. 8908; Sez. IV, 7.6.05, n. 2933) non solo comportano che la responsabilità delle false dichiarazioni è ascrivibile all'intera compagine associanda sotto il profilo della garanzia prestata e della relativa escussione ma anche che non è possibile compensare il maggior danno eventualmente subito dalla stazione appaltante dall'aggiudicazione ad un'offerta potenzialmente più onerosa, come pure lamentato dalla ricorrente.

Si ricorda, poi, che e' stata assegnata rilevanza "oggettiva" – e non "soggettiva come sostiene la ricorrente" - alla omessa attestazione dei requisiti di partecipazione nelle forme prescritte dall'art. 10, L. n. 109 del 1994, per cui ne consegue che il relativo adempimento non tollera indagini ulteriori da parte della Amministrazione in ordine all'elemento psicologico, se cioè l'omissione sia dovuta a dolo o colpa dell'impresa, come pure in ordine alla gravità della violazione, se questa sia costituita da dichiarazioni false, ovvero le dichiarazioni pur veritiere siano state rese con modalità difformi da quelle richieste nella legge (Cons. Stato, Sez. VI, 27.12.06, n. 7948).

Di conseguenza, come condivisibilmente osservato dal Comune

resistente nelle sue difese, non rileva il richiamo alla tassatività delle sanzioni – anche sotto il profilo di cui agli artt. 23 e 25 Cost. – dato che l’incameramento della cauzione o l’escussione della fideiussione non costituisce una sanzione ma una mera garanzia per la stazione appaltante sotto il profilo della tutela dell’interesse pubblico a contrattare con soggetti affidabili, sia sotto il profilo tecnico che morale.

Né alcuna rilevanza può avere la considerazione secondo la quale la ricorrente non poteva accedere previamente alla versione integrale del certificato giudiziale dell’amministratore unico della mandante, dato che tale profilo non può rilevare sotto quello della tutela dell’interesse pubblico a contrattare con imprese “virtuose” per cui la normativa finora esaminata è stata dettata e, semmai, può rilevare nei rapporti di natura privatistica tra i due soggetti, da azionare con le opportune modalità previste dall’ordinamento, come rilevato già in sede cautelare da questa Sezione.

In ordine alla valutazione della condanna subita dall’amministratore unico della mandante, il Collegio rileva che, secondo la giurisprudenza più recente, che condivide, ciascuna ditta che partecipa alle pubbliche gare è tenuto a dichiarare qualsiasi condanna a carico dei propri rappresentanti, a nulla rilevando il tipo di reato, la gravità, il tempo o eventuali provvedimenti nel frattempo intervenuti, non potendo il concorrente operare alcun filtro, omettendo alcune condanne sulla base di una selezione compiuta secondo propri criteri personali (Tar Lazio, Sez. III ter, 25.3.11, n. 2674; Cons. Stato, Sez. V, 20.10.10, n.

7581).

Né vale l'intervenuta, posteriore, assoluzione per ritenuto "fatto non costituente reato", in relazione a quanto dichiarato dal Tribunale di Firenze nel giudizio penale instaurato nei confronti del suddetto amministratore unico della mandante a seguito dei fatti per cui è causa, dato che la pronuncia penale in questione non riguarda il comportamento omissivo adottato in sede di gara, atteso che la normativa applicabile imponeva comunque di dichiarare tutte le condanne subite, senza valutazione soggettiva del valore delle stesse – nel caso di specie abbastanza significativo in quanto riferentesi a "turbativa d'asta" – da parte dell'interessato (Cons. Stato, Sez. V, 24.3.11, n. 1800)

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso non può trovare accoglimento, sia sotto il profilo della domanda di annullamento sia sotto quello, meramente consequenziale, del risarcimento del danno. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a corrispondere al Comune di Campi Bisenzio le spese del giudizio, che liquida in euro 4.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del 31 marzo 2011

con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

Pietro De Berardinis, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

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