



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2576 del 2008, proposto da:
Ferretto Guglielmino Ditta, rappresentato e difeso dall'avv. Roberta Spangaro, con
domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma
1, lettera a), c.p.a.;

contro

Ministero della Difesa - Roma - (Rm), rappresentato e difeso per legge
dall'Avvocatura Distr.le Venezia, domiciliata in Venezia, San Marco, 63; Autorita'
per la Vigilanza Sui Lavori Pubblici - Roma;

nei confronti di

Ministero Difesa Ispettorato Infrastrutture Esercito, Ministero Difesa 5 Reparto
Infrastrutture Padova;

per l'annullamento

contratti: annullamento aggiudicazione gara ed escussione cauzione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa - Roma - (Rm);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, la ditta Ferretto ha impugnato l'atto di annullamento dell'aggiudicazione disposto dal Ministero della Difesa 5° Reparto Infrastrutture di Padova con determina n. 7 in data 4.11.2008, nella parte in cui ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente a corredo dell'offerta e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.
2. Espone in fatto la ricorrente di essersi classificata prima nella graduatoria finale della gara per pubblico incanto indetta dal citato Ministero della Difesa avente ad oggetto lavori di ordinaria manutenzione a quantità indeterminata nelle infrastrutture militari, negli alloggi militari e nelle infrastrutture non attive nelle sedi di Treviso e Venezia terraferma, da aggiudicare secondo il criterio del massimo ribasso percentuale, con conseguente aggiudicazione dell'appalto in data 3.10.2008.
3. In data 7.10.2008, la stazione appaltante comunicava alla ditta Ferretto la sospensione dell'aggiudicazione a seguito della segnalazione da parte dell'Agenzia delle Entrate di Este dell'esistenza di carichi pendenti in ordine alla emissione di determinate cartelle esattoriali, accertata la quale contestava alla stessa impresa la falsità della propria autocertificazione in data 14.07.2008 attestante "l'inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse".

3.1. In conseguenza di ciò, con il provvedimento impugnato, veniva annullata l'aggiudicazione in favore della ditta Ferretto e disposta la relativa esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera g), del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

4. Il ricorso proposto avverso tale determinazione è stato affidato a due motivi: con il primo, la ditta Ferretto lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 48, comma 2, e 6 del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere sotto una pluralità di profili in quanto la (falsa) dichiarazione imputata alla ricorrente in ordine alla inesistenza di violazioni di obblighi relativi al pagamento di tasse e imposte sarebbe stata resa ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 concernenti i "requisiti di ordine generale" che esulano totalmente dall'oggetto della verifica di cui all'art. 48, che attiene esclusivamente ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

4.1. Di conseguenza, ad avviso della ricorrente, sarebbero del tutto inapplicabili alla fattispecie de qua le sanzioni accessorie di cui all'art. 48 in combinato disposto con l'art. 6 del codice dei contratti pubblici.

5. In secondo luogo, la ricorrente contesta la violazione dei principi generali sul giusto procedimento, per la violazione degli artt. 2, 7 e 10, comma 1, lettera b), della legge n. 241 del 1990, per la mancata comunicazione di avvio del procedimento in uno con il difetto di istruttoria.

6. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente, chiedendo che il ricorso sia respinto sotto ogni profilo considerato che «sotto il profilo funzionale e sistematico nessuna differenza può derivare dalla natura (generale o speciale) del requisito mancante perché non regolarmente autocertificato» e che «l'esclusione e le ulteriori conseguenze sono provvedimenti obbligatori emanati nell'ambito di un procedimento compiutamente regolato dalla legge (...)». L'esclusione non sarebbe dunque un «provvedimento proprio di un distinto procedimento che abbisogni di

comunicazione di avvio» del procedimento né, tanto meno, della previa comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.

6. All'udienza camerale del 14 gennaio 2009 questo TAR, con ordinanza n. 42 del 2009, accoglieva la domanda di sospensione cautelare del provvedimento impugnato limitatamente alla richiesta di sospensione dell'incameramento della cauzione provvisoria.

7. All'udienza pubblica del 28 marzo 2013 la causa veniva chiamata e trattenuta in decisione.

8. Il ricorso è fondato e pertanto va accolto nei limiti di quanto di seguito osservato.

8.1. L'esclusione dell'odierna ricorrente è stata disposta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera g), del codice dei contratti pubblici, nel testo vigente all'epoca dei fatti, in ragione del difetto del requisito di ordine pubblico quale specifica condizione soggettiva prevista dalla legge relativa alla violazione "grave" e definitivamente accertata "rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana", la cui sussistenza preclude la partecipazione alla gara dell'operatore economico.

8.2. Ad avviso del Collegio, la mancanza del possesso del requisito di partecipazione in questione, tuttavia, benché sanzionabile con l'esclusione dalla gara, non comporta al contempo l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità, per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, da ritenersi invero quali conseguenze tassativamente previste per l'ipotesi della mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

8.3. L'articolo 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede, infatti, l'esclusione del partecipante alla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza, che può disporre la sospensione da uno a dodici

mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, soltanto con riferimento all'accertata mancanza del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara, concernenti cioè l'idoneità del concorrente sotto il profilo tecnico a espletare l'attività oggetto di gara così come la sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali specificati nell'ambito di una determinata procedura concorsuale.

8.4. A tale disposizione, dunque, in considerazione della sua funzione sanzionatoria, deve attribuirsi carattere tassativo dovendosi pertanto ritenersi preclusa alcuna sua estensione in via analogica ad ipotesi diverse e, in particolare, alle fattispecie di esclusione previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (cfr., in tal senso, fra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2012 n. 80).

Infatti, la carenza dei requisiti di carattere generale, riguardanti cioè la moralità professionale lato sensu intesa di ciascun concorrente richiesta per la partecipazione a tutte le gare pubbliche, «è compiutamente regolata dall'articolo 38 del codice dei contratti che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'articolo 48 del medesimo codice» (così Cds n. 80 del 2012, cit.) rispetto alla quale, quindi, non può realizzarsi alcun tipo di parificazione e/o assimilazione in via interpretativa.

8.5. Deve inoltre escludersi che l'applicabilità della sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria anche in ipotesi di accertata carenza di requisiti d'ordine generale ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 possa discendere dal disposto dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, dal momento che tale ultima disposizione disciplina la diversa ipotesi in cui l'aggiudicatario si rifiuti di sottoscrivere il contratto senza adeguata motivazione (così Consiglio di Stato n. 80 del 2012, cit.).

8.6. Il Collegio non ignora, al riguardo, che l'Adunanza plenaria n. 8 del 2012 del Consiglio di Stato (cfr. capoverso 6 del Considerato in diritto) ha invero affermato la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria in applicazione dell'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 che, sempre secondo quanto in tale sede affermato, riguarderebbe «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 o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato».

8.7. Ciò nondimeno, ad avviso del Collegio, posto che la garanzia a corredo dell'offerta che viene in considerazione nell'ambito dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici ha la finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto e di assicurare l'affidabilità dell'offerta presentata, svolgendo pertanto una funzione indennitaria dei danni cagionati in una specifica fase procedimentale che prelude appunto alla definitiva stipulazione del contratto da parte di un concorrente ritenuto idoneo ad addivenire alla predetta stipulazione, detta garanzia non può ritenersi estensibile *tout court* a qualunque condizione oggettiva o soggettiva del concorrente che precluda la stessa possibilità di partecipare ad una procedura selettiva per l'individuazione del contraente con la P.A.

9. Quanto, poi, alla segnalazione del fatto all'Autorità effettuata dalla stazione appaltante in ragione della falsità nella dichiarazione della ditta ricorrente, deve rilevarsi che la stessa non integra un provvedimento amministrativo, ma una mera comunicazione a fini informativi e che eventuali conseguenze sanzionatorie e comunque lesive delle posizioni soggettive dell'interessato potranno conseguire solo a seguito delle successive e solo eventuali determinazioni dell'Autorità.

L'atto impugnato, sotto tale specifico profilo, è dunque privo di qualunque efficacia lesiva, con conseguente inammissibilità della relativa censura.

10. Alla luce di quanto sopra esposto il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato nella parte in cui ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria.

11. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di giudizio considerato che gli orientamenti giurisprudenziali richiamati si sono consolidati successivamente alla proposizione del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2013

IL SEGRETARIO

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