

Cauzione provvisoria ex art. 75 del D.lgs. 163/06 – Presentazione di dichiarazioni in violazione dell'art. 38 del D.lgs. 163/06 – Illegittimo l'incameramento della cauzione provvisoria

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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso il numero di registro generale 2100 del 2012, proposto dall'impresa S.C.S. costruzioni edili s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv., con domicilio eletto in Palermo via ..., presso lo studio dell'Avv.;

contro

il Comune di Erice (TP), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv., con domicilio eletto in Palermo via, presso lo studio dell'Avv.;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 39705 del 10/10/2012 di comunicazione dell'esclusione dalla gara di appalto e della determinazione dirigenziale n. 366 del 8/10/2010 con la quale si è stabilito di provvedere alla escussione della cauzione provvisoria;
- delle operazioni e dei provvedimenti di cui al verbale di gara del giorno 8/10/2012;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi, ove occorra, il disciplinare di gara, nonché, qualora *medio tempore* emessa, la comunicazione dell'esclusione all'autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Erice;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Vista l'ordinanza n. 2570/2012 con cui è stata fissata l'odierna udienza pubblica;

Visti gli artt. 120 e ss. cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013 gli Avv.ti, su delega dell'Avv., per la parte ricorrente;, su delega dell'Avv., per il Comune di Erice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 9 novembre 2012 e depositato il 22 novembre seguente, la ricorrente Società ha impugnato - chiedendone l'annullamento, vinte le spese - le determinazioni con le quali l'Amministrazione resistente ha disposto l'esclusione della stessa dalla gara per l'affidamento dei lavori urgenti a contratto aperto di manutenzione e rifacimento delle condotte idriche di Casa Santa e Pizzolungo di Erice ed il conseguente incameramento della garanzia provvisoria prestata ai sensi di legge.

2. Essa ha precisato di non avere interesse ad impugnare l'aggiudicazione della gara siccome disposta dagli organi comunali in favore di altra impresa.

3. Il ricorso si articola in due motivi di doglianza con cui si deducono i vizi come di seguito rubricati:

1) Violazione ed erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione ed erronea applicazione del disciplinare di gara; violazione del principio di proporzionalità della sanzione; eccesso di potere per irragionevolezza e incongruenza della motivazione;

2) Violazione ed erronea applicazione del combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. i), 48 e 75 del d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di motivazione.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Erice che, con apposita memoria, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata notificazione all'U.RE.G.A. e, quanto al merito delle pretese di parte ricorrente, ha concluso per la relativa reiezione.

5. All'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013, presenti i procuratori delle parti che si sono riportati alle già rassegnate domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione con cui l'amministrazione ha revocato in dubbio l'ammissibilità del ricorso per mancata notificazione dello stesso all'U.RE.G.A., poiché, come si vedrà, per la parte in cui aggredisce l'operato della commissione di gara il ricorso è infondato.

2. Ai fini di una migliore comprensione delle questioni sottoposte all'attenzione del Tribunale giova succintamente ricostruire le fasi salienti della vicenda procedimentale sulla quale si è innestata la presente controversia.

La ricorrente Società ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Erice per l'aggiudicazione dei lavori in epigrafe indicati, per la quale il termine di presentazione dell'offerta era fissato per il giorno 5 luglio 2012.

A seguito di apposita segnalazione del Comune di Erice datata 19 settembre 2012, inerente ad una presunta non veridicità delle dichiarazioni di regolarità contributiva

prodotte da alcune imprese tra cui l'odierna ricorrente (*cfr.* verbale di seduta n. 6 del giorno 8 ottobre 2012), la commissione di gara insediata presso l'U.RE.G.A. ha disposto la rinnovazione degli atti di gara e la conseguente esclusione di taluni operatori economici, compresa la S.C.S. costruzioni s.r.l.

Le ragioni di esclusione di quest'ultima sono state indicate nell'assenza di regolarità contributiva e nella discrasia tra la situazione reale (d.u.r.c. non regolare) e dichiarazione resa in sede di partecipazione alla gara.

Con determinazione dirigenziale n. 366 del 10 ottobre 2012, il Comune di Erice ha aggiudicato definitivamente la gara ad altra Impresa (NA.SA. costruzioni s.r.l.), con contestuale escussione della cauzione provvisoria prodotta con le modalità fissate dalla *lex specialis* della procedura.

3. Con il primo motivo la ricorrente deduce che l'asserita assenza di regolarità contributiva sarebbe il frutto di violazioni non gravi e comunque non definitivamente accertate. Deduce altresì che la dichiarazione di regolarità contributiva dalla stessa prodotta ai fini della partecipazione alla gara era corredata dal d.u.r.c. (regolare) rilasciato dalla Cassa edile di Catania in data 5 giugno 2012, versato in copia agli atti del giudizio (*cfr.* documento n. 4, produzione di parte ricorrente).

Da quest'ultimo documento si evince che la regolarità contributiva della S.C.S. costruzioni s.r.l. era certificata con riferimento a date diverse in ragione delle diverse voci dell'obbligazione contributiva (30.5.2012 INAIL; 16.5.2012 INPS; 14.5.2012 Cassa edile).

La difesa del Comune di Erice ha documentalmente provato che alla data di sottoscrizione della dichiarazione con cui il legale rappresentante della Società ricorrente ha reso noto di «non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana [...]», la relativa posizione contributiva dell'impresa era

tutt'altro che in regola (v. d.u.r.c. datato 14.9.2012, documento n. 2 produzione di parte resistente).

In tal senso, non può dirsi meritevole di condivisione l'approdo argomentativo cui giunge la difesa di parte ricorrente la quale sottilmente mira (*cfr.* memoria del 4 dicembre 2012) ad attribuire una sorta di valore sanante alla successiva regolarizzazione dei pagamenti, nel caso di specie avvenuta soltanto il 17 luglio 2012). Tale effetto sanante limitatamente ai fini della partecipazione alla gara per consolidata giurisprudenza va escluso (*ex multis*, Cons. St. VI, 12 gennaio 2011 n. 104).

Ne deriva che, al di là della astratta gravità o meno della violazione contestata - e qui essa grave lo è *ex se* in ragione delle risultanze del d.u.r.c. (*cfr.* novellato comma 2 dell'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006) - ciò che viene in rilievo è la non veridicità della dichiarazione resa, ciò che ha impedito all'Amministrazione quantomeno di conoscere l'esistenza di tale inadempienza.

La ricorrente prima di rendere la dichiarazione era tenuta alla verifica di mutamenti della propria situazione regolarità ex art. 38, comma 1, lett. i).

Il motivo va, pertanto, giudicato infondato.

4. Con il secondo motivo si deduce l'asserita illegittimità dell'incameramento della garanzia provvisoria prestata ai sensi degli artt. 75 e 113 d. lgs. n. 163 del 2006, sul rilievo che, in tesi, nessuna previsione ordinamentale autorizzerebbe la stazione appaltante ad operare in tal senso, considerato che la ricorrente non è risultata aggiudicataria, qualità, questa, che la legge qualificherebbe come indefettibile ai fini dell'escussione della cauzione (il predetto art. 75 stabilisce che «La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo»).

Il motivo è fondato.

Come condivisibilmente argomentato da parte ricorrente, la legge (art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006) ammette l'escussione della garanzia provvisoria nei confronti di un'impresa partecipante alla gara e non risultata aggiudicataria soltanto quando, in sede di controllo a campione circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (cd. requisiti speciali), il concorrente non confermi o non comprovi quanto dichiarato all'atto dell'offerta in ordine ai suddetti requisiti (in tal senso, da ultimo, C.g.a., sez. giur., 13 febbraio 2012, n. 173).

Nessuna disposizione consente di sanzionare i soggetti non aggiudicatari che abbiano reso una dichiarazione ex art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 non veridica e che siano risultati privi dei correlati requisiti di ordine generale con l'incameramento della garanzia.

Nel caso di specie, peraltro, l'operato dell'Amministrazione non può dirsi neppure aver trovato un aggancio normativo nella *littera legis* del disciplinare di gara (che peraltro è stato impugnato) il quale, ad una lettura improntata al rispetto del principio di buona fede oggettiva che deve governare anche l'interpretazione degli atti amministrativi, non prescrive chiaramente l'obbligo di escutere la garanzia in capo ai soggetti non aggiudicatari della gara.

Conclusivamente, poiché l'odierna ricorrente, secondo quanto si evince dagli atti di causa, non è mai risultata aggiudicataria - neanche in via provvisoria -, non poteva farsi luogo all'incameramento della cauzione di che trattasi.

5. Al lume delle suesposte considerazioni il ricorso va rigettato quanto al primo motivo; esso va, invece, accolto limitatamente al secondo motivo con conseguente caducazione della escussione della garanzia provvisoria disposta dal Comune di Erice.

6. Le spese possono essere integralmente compensate avuto riguardo agli specifici profili della controversia.

7. Da ultimo, va disposta la trasmissione della presente sentenza alla Segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza tesi alla verifica del corretto versamento del contributo unificato, considerato che la fattispecie di causa è assoggettata al rito di cui agli artt. 120 e ss. cod. proc. amm. (irrilevante, in tal senso, la circostanza sottolineata nella memoria del 4 dicembre 2012 con cui la ricorrente ha giustificato l'insufficiente versamento del predetto contributo con la dichiarata circostanza che «non intende richiedere il rito abbreviato» e che non ambisce all'aggiudicazione dell'appalto).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei corrispondenti limiti; rigetta per il resto il ricorso.

Spese compensate.

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

Dispone la trasmissione della presente sentenza alla Segreteria della Sezione per gli adempimenti ex d. P.R. n. 115/02 secondo quanto specificato in motivazione.

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 8 e 18 marzo 2013

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2013

IL SEGRETARIO

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