



REPUBBLICA ITALIANA

N. Reg. dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1770/Reg. ric.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

ANNO 2007

(Sezione III ter)

composto dai Magistrati:

Italo RIGGIO	Presidente
Maria Luisa DE LEONI	Consigliere, relatore
Stefano FANTINI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1770 del 2003/Reg. Gen., proposto dalla Soc. LA GAIA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Ciociola, nel cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Via Flaminia, n. 79;

contro

FERROVIE dello STATO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Molé e Paolo Carbone presso il primo dei quali è elettivamente domiciliata in Roma, Via della Farnesina, n. 272/274;

e nei confronti di

della Soc. GERLING NCM Società Italiana Cauzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota prot. DG.GFCP/3437/P423/P del 16 dicembre 2002, con il quale è stata disposta l'escussione della "cauzione provvisoria n. PR0296147 Rep. 611056716 e relativa appendice n. 1 a garanzia dell'offerta presentata per la G.P.R. n. 20/2001 e, per quanto di ragione, della lettera di invito 12 ottobre 2001 prot. DG.GfCP 01/004042-81/B;

nonché, per l'accertamento

e la declaratoria della inesistenza di alcun titolo che legittimi le Ferrovie dello Stato S.p.a. alla escussione della cauzione;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio delle Ferrovie dello Stato S.p.A. ;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI tutti gli atti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 13 dicembre 2007 il Consigliere Maria Luisa De Leoni e uditi i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 15 febbraio 2003, la ricorrente Società impugna l'atto specificato in epigrafe, con cui è stata disposta

l'escussione della cauzione provvisoria a seguito di esclusione della medesima ricorrente dalla gara di appalto, lotto n. 3, indetta dall'Amministrazione resistente, per i *“servizi di pulizia di immobili adibiti ad uffici ed aule didattiche (comprensivi di servizi igienici), nonché aree contigue esterne”*, causata dalla mancanza del requisito relativo alla capacità economica.

2. Espone in fatto che il ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione, si è concluso con sentenza di reiezione in data 13 giugno 2002, n. 7798, confermata in appello con sentenza n. 2236 del 2007.

Pertanto la ricorrente, con memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, ribadisce la censura dedotta con il primo motivo di ricorso, riservando al Collegio la decisione sui motivi dedotti in ordine alla disposta esclusione.

La ricorrente censura, quindi, per vizi propri il provvedimento di incameramento della cauzione inficiato da violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera di invito, nonché da eccesso di potere sotto vari profili, assumendo una sorta di responsabilità concorrente dell'Amministrazione per non aver rilevato immediatamente, in quanto facilmente riconoscibile e risultante dalla domanda di partecipazione e, quindi, sin dall'inizio, la mancanza del requisito sopra indicato. Sottolinea ancora l'interessata che l'escussione della cauzione consegue alla eventuale dichiarazione non veritiera dell'impresa circa il possesso dei requisiti, mentre, nella specie, si è trattato di un errore derivato dalla poca chiarezza del bando. In ogni caso il bando al p. 12, ove prescrive la presentazione

della cauzione, nulla dice a proposito della sorte della stessa, e al p. 16, 6° capoverso, in caso di esito negativo delle verifiche, prevede l'esclusione dalla gara, ma non fa alcun cenno alla sorte della cauzione. In sostanza, assume la ricorrente, mancavano puntuali previsioni normative o desumibili dalla *lex specialis* della gara, che imponessero l'escussione della cauzione.

3. Conclude per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

4. L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, eccepisce, preliminarmente, l'inammissibilità di parte della domanda per violazione del *ne bis in idem*, per la restante parte, la infondatezza della stessa.

5. All'Udienza del 13 dicembre 2007 la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, deve essere disattesa la censura di invalidità derivata dalla asserita illegittimità della disposta esclusione della ricorrente dalla gara.

Con sentenza n. 7798 del 13 giugno 2002 questo Tribunale, infatti, ha respinto il ricorso proposto dalla ricorrente avverso il provvedimento di esclusione. Tale decisione è stata, poi, confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 2236 del 2007 sicché, per un verso, la determinazione di escludere la deducente dalla gara stessa appare legittima e, per l'altro, le doglianze relative ai vizi della disposta esclusione, qui riproposte, si palesano inammissibili in quanto coperte

dal giudicato.

2. Rimane, quindi, da esaminare il primo motivo con cui viene censurato, per vizi propri, il provvedimento di incameramento della cauzione.

In proposito, la ricorrente deduce la violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera di invito, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, assumendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare la mancanza del fatturato richiesto per la partecipazione alla gara, trattandosi di errore facilmente riconoscibile e risultante dalla domanda di partecipazione.

A dire della ricorrente, l'erroneità della dichiarazione, consistente nell'aver evidenziato il fatturato globale del triennio anziché il fatturato medio, avendo indicato nella domanda di partecipazione che *“l'importo medio del fatturato realizzato per i servizi di pulizia (...) nel triennio 1998/1999/2000 ammonta complessivamente a Lit. 17.283.750.942”*, è scaturita dalla poca chiarezza del bando; ma tale inesattezza era facilmente riscontrabile dalla Stazione appaltante già nella fase di prequalifica.

L'assunto non può essere condiviso.

La vicenda, come anticipato in narrativa, è stata esaminata sia da questo Tribunale che in sede di appello. Il Consiglio di Stato, invero, in particolare con riferimento alla circostanza sopra evidenziata, ha rilevato che la ricorrente, da un evento meramente fattuale - vale a dire dall'aver superato positivamente la fase di prequalificazione sulla base della documentazione attestante il possesso dei requisiti richiesti dalle

prescrizioni del bando - vuol far discendere effetti sostanziali e, cioè l'impossibilità di essere esclusa dalla gara in una fase successiva. Ma tale prospettazione non tiene conto del fatto che l'istante, comunque, era priva del requisito del fatturato richiesto, sicché, sebbene tale carenza sia stata accertata in sede di aggiudicazione definitiva, la conclusione non poteva che essere l'esclusione dalla gara e la conseguente escussione della cauzione. Peraltro non può ritenersi che la Stazione appaltante abbia consumato il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti in sede di prequalifica, poiché, prima dell'aggiudicazione definitiva, era prevista, al capo V della lettera di invito, la verifica dei requisiti (cfr. Cons. Stato, sent. n. 2236 del 2007).

Giova sottolineare, in proposito, che la ricorrente non ha neppure tentato di dimostrare la sussistenza del requisito in questione, richiesto a pena di esclusione, e la giurisprudenza amministrativa è univoca nel ritenere che qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere alla esclusione del concorrente dalla gara ed alla escussione della cauzione provvisoria. Quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà

del comportamento del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789). Essa rappresenta una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente. Da ciò deriva che l'escussione della cauzione è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante (Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6769).

2. Non può poi trascurarsi che nel caso di specie la lettera di invito, al punto "*esito verifiche*", prevedeva l'escussione della cauzione in caso di insussistenza anche di uno solo dei requisiti richiesti. Sicché, per concludere, anche se la giurisprudenza citata dalla ricorrente esclude l'applicabilità alle gare aventi ad oggetto la prestazione di servizi delle disposizioni previste in materia di LL.PP., laddove stabiliscono l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria e sanzionano con l'escussione della medesima la mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda, deve osservarsi che tale previsione è espressamente richiamata dalla lettera di invito.

3. La ricorrente non può essere seguita neanche quando afferma che dalla previsione della lettera di invito sopra riportata non potrebbe farsi derivare il diritto della stazione appaltante ad incamerare la cauzione. Sul punto l'istante prospetta che la disciplina di gara disponeva la costituzione della cauzione provvisoria ma, nel prevedere la sanzione a seguito dell'esito negativo della verifica dei requisiti, comminava la sola esclusione dalla gara e non l'incameramento della

cauzione. Inoltre dovrebbe considerarsi che: a)- le dichiarazioni rese in sede di prequalificazione erano del tutto veritiere e tali, nella interpretazione del bando data dalla S.A., da evidenziare esse stesse la mancanza del requisito richiesto; b)- la verifica sarebbe ammessa solo sui requisiti dichiarati e non su quelli posseduti, con la conseguenza che la sanzione dell'esclusione e il connesso incameramento della cauzione potrebbero essere configurati solo nel caso in cui l'impresa sottoposta a verifica risultasse di aver dichiarato requisiti in realtà non posseduti.

Orbene, a parte il fatto che questo Tribunale, nella citata sentenza n. 7798/2002, ha già chiarito che la ricorrente non ha fornito prova alcuna circa una diversa interpretazione delle clausole del bando da parte della Stazione appaltante in relazione all'originaria interpretazione data in sede di prequalifica (cfr. pag. 9 della sentenza stessa), va precisato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogni volta che, non risultando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa dalla procedura. In altre parole, la escussione della cauzione *“deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito”* (Cons. Stato, Sez. V. 29 aprile 2003, n. 2190), senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella

della sua difformità da quanto dichiarato senza, cioè, che possa assumere rilievo il carattere psicologico della violazione, che, peraltro, nel caso di specie, neanche viene in rilievo, atteso che, nella sentenza di questo Tribunale sopra richiamata (pagg. 9 e 10), si afferma esplicitamente che *“dagli atti depositati in giudiziosi evince, mediante semplici operazioni aritmetiche e sulla base delle indicazioni contenute nel bando di gara, che la ricorrente non aveva i requisiti per essere ammessa alla gara medesima, perché il proprio fatturato relativo al triennio 1998/2000 è pari a 1,5 dell'importo posto a base dell'appalto per il lotto n. 3, come in precedenza chiarito. Tale circostanza costituisce un elemento sufficiente per l'esclusione della gara”*.

4. Per le argomentazione che precedono, il ricorso deve essere respinto.

5. Può, tuttavia, disporsi la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 13 dicembre 2007.

Italo RIGGIO

- Presidente

Maria Luisa DE LEONI - Consigliere est.