



N. 02353/2015REG.PROV.COLL.  
N. 09434/2014 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9434 del 2014, proposto da:  
RCM Costruzioni S.r.l. quale mandataria costituenda A.T.I., Ati Cedis Srl, Ati Favellato Claudio Spa, Ati Trombi Costruzioni Srl, rappresentati e difesi dall'avv.to Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso Salvatore Napolitano in Roma, corso Trieste, 16;

contro

AIPO - Agenzia Interregionale per il Fiume Po, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Assicurazioni Generali Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA: SEZIONE I n. 00245/2014, resa tra le parti, concernente escussione della cauzione provvisoria relativa alla partecipazione alla gara per lavori di realizzazione della nuova conca di Isola Serafini

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della AIPO - Agenzia Interregionale Per il Fiume Po;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2015 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Napolitano e Giancarlo Caselli per l'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La R.C.M Costruzioni srl partecipava in costituenda ATI alla gara indetta dall'A.R.N.I., Agenzia Regionale per la Navigazione Interna (ora A.I.P.O.), per l'affidamento della progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova conca di navigazione di Isola Serafini sul fiume Po, nel Comune di Monticelli d'Ongina.

Risultata prima in graduatoria e provvisoriamente aggiudicataria, veniva poi esclusa poiché, in sede di verifica delle dichiarazioni rese, la Stazione appaltante riscontrava taluni vizi inerenti i requisiti dei progettisti e la qualificazione del soggetto ausiliario, signor Francesco Lo Schiavo, di cui la società ENGCO s.r.l. si era avvalsa per soddisfare i requisiti riguardanti la Classe VII categoria C.

Con l'esclusione veniva disposta anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'art. 48, comma 2 del Codice dei contratti.

Per quanto sopra R.C.M. impugnava dinnanzi al Tar Emilia Romagna – sezione staccata di Parma la propria esclusione dalla gara nonché l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento CCC.

Con la sentenza n. 507/2010 il Tribunale adito, in accoglimento del ricorso incidentale, riteneva che l'offerta dell'impresa ricorrente non sarebbe dovuta essere ammessa al procedimento di gara né essere oggetto di valutazione.

Detta pronuncia veniva confermata dal questo Consiglio di Stato con sentenza n. 5003/2011 con cui, in parte modificando l'approccio seguito dal giudice di primo grado, venivano esaminati preliminarmente i motivi proposti con il ricorso principale contro l'esclusione, motivata dalla mancanza in capo all'ing. Francesco Lo Schiavo - di cui si era avvalso la società ENGCO - dei requisiti previsti per i progettisti, ritenendoli infondati e confermando, dunque, la legittimità di quella esclusione.

Stante la riportata decisione di reiezione, l'AIPO chiedeva l'escussione della cauzione provvisoria.

Ritenendo che tale richiesta fosse illegittima e che il giudice amministrativo non si fosse espresso su tale aspetto, avendo sia il TAR che il Consiglio di Stato assorbito tale motivo di gravame, la ricorrente proponeva un giudizio dinanzi al Tribunale civile di Trieste il quale, con sentenza n. 1126 del 29 ottobre 2012, declinava la giurisdizione non senza osservare che, essendo l'esclusione e la sanzione geneticamente e funzionalmente un *unicum* ed essendo stata ritenuta legittima l'esclusione proprio ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006, l'escussione della cauzione conseguisse per legge.

In ragione di detta pronuncia la R.C.M. adiva quindi il Tar Emilia Romagna, chiedendo l'accertamento dell'infondatezza della pretesa dell'AIPO di escutere la cauzione provvisoria.

Con sentenza n. 245/2014 il Tribunale adito dichiarava inammissibile il ricorso.

Avverso detta pronuncia la R.C.M ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio l'AIPO intimata, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. Il ricorso è infondato.

2. Deduce l'appellante l'erroneità della gravata sentenza per aver ritenuto :

- che *“stante il divieto del bis in idem, la questione non può essere riproposta sotto le mentite spoglie di una improbabile domanda di accertamento della insussistenza della false dichiarazioni”*;

- che le censure dedotte in primo grado siano destituite di fondamento *“dinanzi al dato oggettivo dell'avvenuta integrazione dei presupposti cui l'art. 48 del Codice correla l'automatico riflesso dell'incameramento della cauzione provvisoria”*.

3. La doglianza non ha pregio.

4. Come esposto nella narrativa in fatto l'AIPO, in sede di verifica ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, escludeva la R.C.M dalla procedura concorsuale per cui è causa in quanto i progettisti individuati per la progettazione esecutiva erano risultati *“carenti dei requisiti previsti dal disciplinare di gara”*.

In particolare veniva riscontrato che l'Ing. Francesco Lo Schiavo, di cui la società ENGCO s.r.l. si era avvalsa per soddisfare i requisiti riguardanti la Classe VII categoria C, in quanto pubblico dipendente a tempo pieno non poteva *“svolgere attività di libera professione”* e, quindi, non poteva *“svolgere attività di progettazione esterna in favore”* della Stazione appaltante.

A seguito di detta esclusione poi, in diretta e necessitata applicazione del richiamato art. 48 del Codice dei contratti, l'AIPO disponeva l'escussione della cauzione provvisoria prestata dalla R.C.M.

5. Tanto puntualizzato, del tutto correttamente il Tar ha rilevato come le censure dedotte dalla ricorrente in primo grado siano destituite di fondamento *“dinanzi al dato oggettivo dell'avvenuta integrazione dei presupposti cui l'art. 48 del Codice correla l'automatico riflesso dell'incameramento della cauzione provvisoria”*, e ciò a prescindere dalla violazione o meno nel caso di specie del divieto del *bis in idem*.

La ricorrente sostiene infatti, in estrema sintesi, che essa non avrebbe reso in gara false dichiarazioni ma avrebbe errato in buona fede sui requisiti dichiarati, pertanto la sanzione dell'escussione della garanzia non andrebbe applicata.

Senonché il richiamato art. 48 del Codice dei contratti prevede che, quando le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta circa il possesso dei requisiti di capacità non siano state comprovate dalla documentazione all'uopo presentata, per ciò stesso, *“le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità”*.

Con il che si rende sufficientemente chiaro che le dette misure discendenti dall'esclusione si rivelano strettamente vincolate e consequenziali alla verifica dell'omissione probatoria di cui si tratta, e prive di qualsivoglia contenuto discrezionale (AVCP, parere n. 80 del 14 ottobre 2007).

La giurisprudenza prevalente è difatti attestata nel senso che l'incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48 cit. è una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali

che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (C.d.S. Sez. V, 10 settembre 2012 n. 4778; 1° ottobre 2010, n. 7263, e 18 aprile 2012, n. 2232; nello stesso senso v. anche, tra le altre, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7948, nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

Pertanto, sempre come correttamente osservato dal primo giudice, *“ne discende che la stazione appaltante non ha titolo per valutare le circostanze, asseritamente non note poiché taciute da terzi, a causa delle quali la concorrente può aver reso false dichiarazioni, atteso che tali aspetti restano estranei al rapporto con l'amministrazione ben potendo, viceversa, costituire oggetto di giudizi civili o penali fra parti private”*.

In conclusione, il collegio non ha motivo di dubitare che la ricorrente sia incorsa in un errore nella compilazione dei propri documenti di offerta.

L'errore commesso, tuttavia, è sicuro indice di negligenza e, come tale, dà inevitabilmente adito alle conseguenze afflittive previste dalla legge, che hanno la funzione di stimolare i concorrenti alla probità e diligenza necessarie per il corretto andamento delle procedure di gara.

Al riguardo, infatti, va osservato come la cauzione sia uno strumento che ha la finalità di responsabilizzare i partecipanti alle gare pubbliche in ordine alle dichiarazioni rese, sì da garantire la serietà ed affidabilità delle offerte (cfr. da ultimo C.d.S., V, 9 novembre 2010, n. 7963; 18 aprile 2012, n. 2232; Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011).

6. Per quanto sopra il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

7. Attesa la peculiarità della controversia, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2015

IL SEGRETARIO

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