

Il procedimento di esclusione dalla gara (e la conseguente escussione della cauzione) da parte dell'Amministrazione committente e quello di irrogazione delle sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza costituiscono procedimenti distinti, che si fondano su distinti presupposti, sicché dalla mancata irrogazione delle sanzioni non discende di per sé l'illegittimità del provvedimento di esclusione e del conseguente incameramento della cauzione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2153 del 14 aprile 2006 ci fornisce un importante insegnamento per quanto concerne l'escussione della garanzia provvisoria a fronte della mancata dimostrazione del reale possesso dei requisiti di ordine speciale:

< ai fini dell'esclusione dalla gara e del conseguente incameramento della cauzione non rileva lo stato psicologico del concorrente, costituendo altresì l'escussione della cauzione atto dovuto per l'amministrazione.>

a cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3210 del 2002, proposto dalla società ****, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Lo Castro, domiciliato in Roma presso la Segreteria Sezionale del C.d.S. Piazza Capo di Ferro n. 13;

c o n t r o

l'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi Radaelli" (già Amministrazione delle II.PP.A.B. di Milano), in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi e Giovanni Zucchini, domiciliato in Roma, via F. Confalonieri 5, presso lo studio del primo

appellante incidentale

e nei confronti

dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, in persona del Presidente, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici è domiciliato ope legis in Roma, via dei Portoghesi n.12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano 18 dicembre 2001 n. 8064

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle appellate nonché l'appello incidentale proposto dall'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi Radaelli" (già Amministrazione delle II.PP.A.B. di Milano);

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24 gennaio 2006 il Consigliere Filippo Patroni Griffi;

Uditi per le parti l'avv. A. Manzi e l'avvocato dello Stato Barbieri;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società **** ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la propria esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un Istituto di riabilitazione, bandita dall'Amministrazione delle IPAB di Milano, limitatamente al provvedimento di escussione della cauzione disposta dall'amministrazione.

Il Tribunale amministrativo, con la sentenza in epigrafe, pur ritenendo ammissibile l'impugnazione del solo incameramento della cauzione unitante all'atto, considerato alla stregua di mero atto presupposto, del provvedimento di esclusione dalla gara, ha respinto il ricorso.

Propone appello la società ****.

Resistono le amministrazioni appellate. In particolare, l'Azienda di servizi alla persona « Golgi Radaelli », subentrata all'IPAB, ripropone, con appello incidentale esplicitamente condizionato (par. 3 della parte in fatto), l'eccezione di inammissibilità dell'originaria impugnazione.

All'udienza del 24 gennaio 2006, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con l'appello incidentale, l'appellata Azienda ripropone la questione, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione del solo provvedimento di escussione della cauzione, del rapporto tra esclusione dalla gara e incameramento della cauzione, questione in ordine alla quale, peraltro, sussiste contrasto nella giurisprudenza di questo Consiglio (V, 6 marzo 2002 n. 1370 e 18 maggio 2001 n. 2780).

Dall'esame di tale questione, pur logicamente preliminare, può tuttavia nel caso in esame prescindersi, perché l'appello incidentale è stato esplicitamente proposto in via condizionata e perché l'appello principale è infondato.

3. Va, altresì, precisato, che l'appellante non ripropone nel gravame la questione della normativa applicabile, su cui il Tribunale amministrativo si è esplicitamente pronunciato, sicché tale questione rimane preclusa in appello (vedi punto 1 dell'atto di appello in cui si « prescinde » da tale questione).

4. Nel merito, l'appello principale è infondato.

Il gravame si fonda sostanzialmente su due ordini di considerazioni :

a) l'insussistenza delle cause di esclusione dalla gara ;

b) la sussistenza della buona fede dell'impresa, che andrebbe presa in considerazione in un contesto di diritto in cui l'incameramento della cauzione non costituisce conseguenza automatica dell'esclusione dalla gara.

4.1 Quanto al primo profilo di gravame, va rilevato che l'appellante desume l'insussistenza delle cause di esclusione unicamente dall'esito del procedimento aperto dall'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, conclusosi con l'archiviazione.

La tesi non può essere condivisa.

In primo luogo, deve considerarsi che il procedimento di esclusione dalla gara (e la conseguente escussione della cauzione) da parte dell'Amministrazione committente e quello di irrogazione delle sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza costituiscono procedimenti distinti, che si fondano su distinti presupposti, sicché dalla mancata irrogazione delle sanzioni non discende di per sé l'illegittimità del provvedimento di esclusione e del conseguente incameramento della cauzione.

La legittimità di tale provvedimento è stata ampiamente ritenuta dal primo giudice, con ampie argomentazioni che la Sezione condivide, nemmeno adeguatamente contestate dall'appellante, che si riporta –come si è detto- alle sole conclusioni del procedimento sanzionatorio.

Ad ogni modo, va considerato che la decisione dell'Autorità di vigilanza, per la parte concernente la documentazione relativa all'esecuzione dei lavori, ha solo riscontrato nel comportamento della società la scusabilità dell'errore, legittimamente attribuendo rilievo, in sede di procedimento sanzionatorio, alla buona fede della società, la quale invece non rileva – come si dirà relativamente al secondo motivo di appello – nel distinto procedimento di escussione della cauzione.

4.2 Con il secondo profilo di gravame, infatti, l'appellante assume che, in sede di escussione della cauzione, l'amministrazione debba valutare il comportamento concreto tenuto dalla società e, in particolare, la sua buona fede.

Anche tale profilo di doglianza non può essere condiviso, in quanto –come già chiarito da questo Consiglio (IV, 12 gennaio 2005 n. 42 ; V, 4 maggio 2004 n. 2721)- ai fini dell'esclusione dalla gara e del conseguente incameramento della cauzione non rileva lo stato psicologico del concorrente, costituendo altresì l'escussione della cauzione atto dovuto per l'amministrazione.

5. Alla stregua delle svolte considerazioni l'appello principale deve essere respinto, con la conferma della sentenza del Tribunale amministrativo.

L'appello incidentale condizionato va conseguentemente dichiarato improcedibile.

Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, rigetta l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 24 gennaio 2006, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale –
Sezione Quarta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - !4 aprile 2006

(