

L'escussione della cauzione è possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogniqualvolta che, non essendo state le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione (irregolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile), l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della lex specialis, alla esclusione dell'impresa dalla procedura ed all'annullamento della aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto

La decisione numero 288 del 30 gennaio 2006 del Consiglio di Stato risulta utile per alcune importanti considerazioni in tema di funzione della cauzione provvisoria in essa contenute:

<nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto .

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore 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 garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, che refluisce sulla serietà e correttezza dell'intero procedimento di gara (v. Cons. St., V: 18 maggio 1998, n. 124; 15 novembre 2001, n. 5843; 28 giugno 2004, n. 4789).

Essa rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.

L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso

In particolare, per la fattispecie sottoposta all'attenzione del Supremo giudice amministrativo:

<Nel caso di specie, peraltro, va messo in evidenza che correttamente l'incameramento della cauzione provvisoria è stato disposto facendo applicazione dell'art. 34, comma 7, della citata legge provinciale n. 26 del 1993 (a norma del quale, nella versione ratione temporis qui applicabile , la cauzione prestata a corredo dell'offerta "copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario"), ritenendo il Collegio che la norma non miri tanto, o solo, a garantire l'Amministrazione da inadempimenti successivi alla aggiudicazione, quanto piuttosto a soddisfare l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera, che ben può essere messa in pericolo da comportamenti del soggetto risultato aggiudicatario anteriori alla aggiudicazione, sempre che questi risultino riferibili alla sua cosciente e consapevole sfera di determinazione ed autonomia; sì che tra essi non possono non ricomprendersi quei comportamenti (quale quello di cui al caso di specie), che, anteriori alla aggiudicazione (in quanto riferibili ad un momento della procedura, i cui esiti condizionano l'aggiudicazione e la stipula del contratto), abbiano portato all'annullamento dell'aggiudicazione stessa, così impedendo la formale conclusione del contratto, che della stessa costituisce il naturale e necessario sviluppo>

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

sui ricorsi in appello:

N.R.G. 7883 del 2004, proposto da
*** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Maccaferri e Pierluigi Piselli ed eguitottibil domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Percalli, 13,

c o n t r o

la Provincia Autonoma di Trento,

in persona del Presidente della Giunta Provinciale p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mastragostino e Luigi Manzi ed eguitottibil domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via F. eguitottib, 5

e nei confronti di

Impresa F.lli *** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Daria De Pretis e Gabriele Pafundi ed eguitottibil domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, viale Giulio Cesare, 14;

2) N.R.G. 51 del 2005, proposto da

Provincia Autonoma di Trento,

in persona del Presidente della Giunta Provinciale p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mastragostino e Luigi Manzi ed eguitottibil domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via F. eguitottib, 5,

c o n t r o

*** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Maccaferri e Pierluigi Piselli ed eguitottibil domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Percalli, 13

e nei confronti di

Impresa F.lli *** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,
non costituitasi in giudizio,
entrambi per l'annullamento in parte qua
della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino – Alto Adige –
sede di Trento n. 375/2004.

Visti i ricorsi, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione, nel giudizio promosso dall'avversario, rispettivamente della
Provincia Autonoma di Trento e di *** s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione, nel solo primo giudizio, dell'Impresa F.lli *** s.r.l.;

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

Visto il dispositivo n. 570 del 21.11.2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 18 novembre 2005, il Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Mauro Sabetta, in sostituzione dell'avv. Pierluigi Piselli, per
*** s.r.l., gli avv.ti Andrea Manzi, in sostituzione dell'avv. Luigi Manzi, e l'avv. Mariachiara Lista,
in sostituzione dell'avv. Franco Mastragostino, per la Provincia Autonoma di Trento, nessuno
essendo comparso per l'Impresa F.lli *** s.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

– Con la sentenza appellata il primo Giudice, adito per l'annullamento della determinazione n. 15
del 13.4.2004 (con la quale il dirigente del servizio Appalti della Provincia Autonoma di Trento
annullava l'aggiudicazione in favore della *** Srl della licitazione privata per l'affidamento dei
lavori di costruzione del collettore intercomunale di fognatura nera “Le Sarche – Lago di
Cavedine”, disponendo che l'affidamento dei lavori avvenisse a favore della F.lli *** Srl, nonché
l'incameramento della cauzione provvisoria presentata dalla *** e la sua sospensione per tre mesi
dalla partecipazione alle gare indette dalla PAT) e della successiva nota del 22.4.2004, con la quale
l'amministrazione provinciale inviava all'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici la
“comunicazione ai fini dell'inserimento nel casellario informativo ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio
2000 n. 34 di dati per l'individuazione della impresa nei cui confronti sussistono cause di esclusione
ex art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554...”:

ha dichiarato irricevibili le censure dedotte col secondo motivo avverso il bando – il quale
prevedeva, al paragrafo 5.2, che le domande di invito alla gara dovessero essere, pena la non
ammissione, corredate di dichiarazione attestante, tra l'altro (punto c.5) “di essere in regola con gli
obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia contributiva e
assicurativa ... devono essere indicate tutte le posizioni assicurative e contributive esistenti in capo
all'impresa con riferimento all'INPS, INAIL e Cassa Edile ...” – nonché avverso l'art. 22, comma 2,
del regolamento di attuazione della l.p. 26/93 (DPGP 30.9.94 n. 12-10/Leg.), il quale prevede che
prima della stipula del contratto l'amministrazione procede d'ufficio alla verifica, qualora i requisiti
risultino da sola dichiarazione, “della regolarità contributiva e assicurativa mediante acquisizione
delle apposite certificazioni rilasciate dall'INPS, INAIL e Cassa Edile”;

ha respinto, in quanto infondato, il primo motivo, rivolto avverso il provvedimento del 13.4.2004,
nella parte in cui dispone l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, in quanto,
“pacifico che la ricorrente ha versato alla Cassa Edile di Trento quanto dovuto per accantonamenti e
contributi relativi ai mesi di maggio, giugno e luglio 2003 in data 15.9.2003, eguito alle singole
precedenti scadenze stabilite il 25° giorno successivo al periodo di paga cui si riferiva”, così
reputando “infondata ... la tesi dell'inconfigurabilità nella specie della situazione di irregolarità

contributiva nei confronti della Cassa Edile assunta quale presupposto del provvedimento” (pagg. 12 – 13 sent.);

ha accolto il terzo e quarto motivo di ricorso, ritenendo illegittimi tanto l’incameramento della cauzione provvisoria pure disposta col provvedimento impugnato (“atteso che tale sanzione è prevista dall’art. 34, co. 7, l.p. 26/93 a fronte del rifiuto della aggiudicataria di stipulare il contratto – e così come sanzione di un comportamento che può comportare ritardi nell’inizio dei lavori da parte dell’aggiudicatario – caso cui non può equipararsi, trattandosi di norma di stretta interpretazione, il diverso caso di annullamento dell’aggiudicazione”: pag. 13 sent.), quanto la disposta temporanea esclusione dell’Impresa ricorrente dalle gare future indette dalla Provincia, sulla base dell’assorbente considerazione che “le sanzioni previste per l’ipotesi di falsità di alcune delle dichiarazioni presentate non possono applicarsi sulla base di un mero riscontro della non corrispondenza alla realtà di quanto dichiarato proprio perchè l’espressione falsità implica il positivo riscontro della consapevolezza di rendere una dichiarazione non conforme al vero e dunque della sua intenzionalità”, mentre nella fattispecie “le sanzioni aggiuntive sono state applicate quasi la falsità sussistesse in re ipsa senza alcun riferimento al compimento di verifiche al riguardo” (pag. 14 sent.);

con riguardo alla domanda di risarcimento del danno, “escluso che competa alla ricorrente un risarcimento a seguito dell’annullamento della aggiudicazione, facendo difetto il presupposto di un danno ingiustamente patito”, ha “liquidato con criterio equitativo, in mancanza di puntuali parametri di riferimento, e viene determinato nella somma, che pare congrua, di € 4.000,00, il risarcimento per il danno risentito dalla ricorrente – nel breve tempo precedente l’accoglimento sul punto della istanza cautelare con ordinanza del 27 maggio 2004 – a seguito dell’illegittima determinazione di temporanea esclusione da ulteriori gare indette dalla Provincia” (pagg. 14 – 15 sent.).

La *** Srl appella, impugnando prima il dispositivo della sentenza de qua e poi compiutamente articolando successivi motivi di appello, ivi contestando sia gli argomenti posti a fondamento del decisum di cui alle sopraindicate lettere a) e b), che la quantificazione del risarcimento riconosciuto dal T.R.G.A., ritenuto “modesto” e “simbolico”.

La Provincia Autonoma di Trento, con distinto atto di appello, contesta invece le statuizioni di cui alla sopraindicata lettera c), affermando inoltre la insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l’accoglimento della domanda risarcitoria, operato dal primo Giudice.

Resiste, in ciascuno dei ricorsi, la parte avversa.

Resiste altresì, nell’appello proposto da *** s.r.l., la controinteressata Impresa F.lli *** s.r.l.

Le parti hanno poi affidato al deposito di memorie l’ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

Le cause sono state congiuntamente chiamate e trattenute in decisione alla udienza pubblica del 18 novembre 2005.

2. – I due ricorsi, in quanto proposti contro la stessa sentenza, debbono essere riuniti (art. 335 c.p.c.).

3. – L’appello proposto da *** s.r.l. è infondato.

3.1 – Giovi rammentare in punto di fatto che l’aggiudicazione della gara di cui trattasi in favore della società odierna appellante è stata annullata, con i provvedimenti in primo grado impugnati,

con riferimento alla accertata situazione di irregolarità contributiva dell'impresa alla data del 12 settembre 2003, nei confronti della Cassa Edile della Provincia di Trento.

Sulla base, infatti, degli elementi a sua disposizione, l'Amministrazione è giunta "alla conclusione che l'impresa *** S.R.L., alla scadenza del termine per la partecipazione alla gara (12 settembre 2003), non possedeva i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 35, comma 1, lett. e) della L.P. 26/93, con precipuo riferimento alla regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile della Provincia di Trento, sia in quanto, solo in data 15 settembre 2003 ha provveduto, di fatto, alla regolarizzazione della propria posizione contributiva con riferimento peraltro solo ai mesi di maggio, giugno e luglio 2003, sia perché il versamento relativo al mese di agosto è avvenuto solo in data 14 novembre 2003, anziché entro il termine ultimo del 25 settembre 2003" (così il preambolo della determinazione dirigenziale n. 15 in data 13 aprile 2004).

Orbene, dalla documentazione in atti, si ricava che senza dubbio, all'epoca della richiesta di invito alla gara de qua (datata 8 settembre 2003 e pervenuta alla Provincia il successivo 11 settembre), l'impresa in questione non risultava in regola con le disposizioni in materia di obblighi contributivi (vedansi le non contestate risultanze della nota della Cassa Edile della Provincia di Trento in data 1 marzo 2004, cui fa riferimento l'atto impugnato).

Pacifico, invero, che, a detta data, l'impresa stessa non aveva adempiuto agli obblighi in discorso nei confronti della predetta Cassa, che la correttezza contributiva era richiesta, alle ditte partecipanti alla selezione in discorso, come requisito indispensabile non per la stipulazione del contratto bensì per la partecipazione alla gara (v. par. 5.2 del Bando) e che, trattandosi di procedura selettiva contemplante una fase di prequalificazione (che tende proprio a verificare il possesso dei richiesti requisiti al fine della individuazione delle ditte da invitare), la dichiarazione attestante il rispetto degli obblighi predetti andava presentata, assieme alla domanda di invito, in quella fase, il Collegio ritiene che senza dubbio, alla stregua della *lex specialis* in considerazione, ai fini della valida partecipazione alla selezione, l'impresa dovesse essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda e conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento della gara, fino alla aggiudicazione.

Resta così irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (se pure intervenuto, come appunto accaduto nella fattispecie, anteriormente alla aggiudicazione), quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento, rilevando un tale tardivo adempimento solo nelle reciproche relazioni di credito e di debito tra i soggetti del rapporto obbligatorio e non nei confronti dell'Amministrazione appaltante, che, nel procedimento per l'affidamento dell'appalto, abbia richiesto, quale requisito di ammissione alla procedura di selezione, la correttezza contributiva, la cui sussistenza, che non può che essere riferita al momento della partecipazione alla gara, non rileva invero più quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti estranei all'Amministrazione, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa, ritenuta nel caso di specie imprescindibile dalla legge di gara, in termini di rispetto degli obblighi sulla stessa incombenti per effetto di parametri normativi e/o contrattuali e dunque, in definitiva, quale espressione di affidabilità dell'impresa stessa, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale indetta dalla stazione appaltante; con la conseguenza che una acquisizione tardiva, rispetto al predetto momento della richiesta di invito alla gara, della "correttezza contributiva" diviene inevitabilmente eguitabile ad escludere l'obbligo, per la stazione appaltante, anche in sede di sub procedimento volto a verificare la correttezza contributiva dei partecipanti ed in particolare dell'aggiudicatario, di disporre la non ammissione dell'impresa inadempiente, pena una palese violazione della regola della *par condicio* tra i concorrenti, giacché ad opinare diversamente si consentirebbe ad un soggetto non in possesso di uno dei requisiti richiesti dal bando (quale indubbiamente si configura,

come s'è visto, nella fattispecie, il requisito della correttezza contributiva) di sanare ex post tale mancanza, con evidente disparità di trattamento nei confronti di quelle imprese, che, conformemente alle disposizioni normative (ivi comprese quelle della *lex specialis*), quei requisiti invece possedevano alla data individuata dalle regole di gara.

Irrilevante, in definitiva, al fine di escludere la situazione di irregolarità contributiva dell'impresa ***, si rivela la circostanza ch'essa si sia posta in regola con gli adempimenti contributivi sulla stessa gravanti nei confronti della *** di Trento solo successivamente alla richiesta di invito alla gara di cui si tratta, giacché, come s'è già precisato, la "regolarità" e/o la "correttezza" della posizione del partecipante quanto agli obblighi fiscali e/o contributivi (ivi compresi espressamente quelli nei confronti della CASSA EDILE) costituiva requisito di ammissione alla gara in argomento (la cui assenza comportava causa di esclusione: v. par. 10.2 della lettera di invito) e dunque condizione ineludibile per la partecipazione alla gara, che deve, quindi, sussistere (già) in tale momento (nella fattispecie individuabile nel momento di presentazione della richiesta di invito), sia come situazione di fatto che come evento giuridico; non potendosi poi in alcun modo ammettere, una volta chiarito che il momento della scadenza del termine di presentazione della citata richiesta di invito costituisce quello della verificabilità dei requisiti soggettivi di ammissione (prevista nel caso di specie, con riguardo all'aggiudicatario, dal citato par. 10), che la sola astratta possibilità di "regolarizzazione" postuma (pur eventualmente consentita dall'ordinamento e quand'anche con effetti ex tunc) valga (salvo che l'impresa abbia sostenuto la propria offerta con una documentata procedura di sanatoria relativa agli adempimenti contributivi ovvero con la dimostrazione di avere contestato in sede giudiziaria il loro asserito inadempimento) né ad integrare il possesso del requisito, né a consentire all'interessato di poter legittimamente dichiarare, come avvenuto nella fattispecie, "di essere in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia contributiva e assicurativa secondo la legislazione italiana ... Cassa Edile 3471" (v. istanza di partecipazione in data 8 settembre 2003).

3.2 – Tali essendo le coordinate fattuali e di diritto della vicenda che ne occupa, il Collegio reputa che il provvedimento impugnato, nel disporre il contestato annullamento dell'aggiudicazione della gara in argomento, abbia fatto buon governo non solo, e non tanto, delle disposizioni che subordinano l'aggiudicazione delle gare in materia di lavori pubblici al rispetto delle disposizioni in tema di obblighi contributivi gravanti sui datori di lavoro, quanto, soprattutto, delle regole dalla Amministrazione stessa dettate, con il bando e con l'invito a licitazione, laddove fissano determinati requisiti di partecipazione alla gara stessa (fra i quali chiaramente risulta la regolarità della posizione dell'impresa nei riguardi degli obblighi assicurativi, contributivi ed antinfortunistici, anche con specifico riferimento alla Cassa Edile: v. par. 5.2 1) c.5 del bando e par. 10.2.3 della lettera di invito), prevedono la successiva verifica da parte dell'Amministrazione delle dichiarazioni rese ai sensi del par. 5.2 del Bando da parte della impresa aggiudicataria (par. 5.3 del Bando e par. 10 lettera d'invito) e statuiscono, infine, che "qualora dalla verifica della documentazione di cui al presente paragrafo 10 l'amministrazione rilevi la non veridicità delle dichiarazioni rese dal concorrente dichiarato aggiudicatario, procederà all'annullamento con atto motivato dell'aggiudicazione dei lavori" (lettera di invito, par. 10 cit.).

La *lex specialis* di gara offre, dunque, già di per sé all'interprete un sistema compiuto di regole per valutare oggettivamente la fattispecie all'esame e per ritenere, in particolare, che la accertata carenza di regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile integri la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara stessa, il cui accertamento, in sede di verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa risultata aggiudicataria in sede di richiesta di invito alla selezione, non poteva che condurre l'Amministrazione a disporre l'annullamento dell'aggiudicazione.

Alle obiezioni mosse in sede di appello dall'impresa *** (secondo cui il requisito della regolarità contributiva nei confronti delle Casse Edili non sarebbe previsto in fonti normative né statali né provinciali e, con espresso richiamo all'orientamento eguito da questa Sezione con decisione 31 marzo 2000, n. 880, nessuna disposizione normativa prescrive, allo stato, la regolarità contributiva nei confronti delle Casse edili come requisito di partecipazione alle gare di appalto) è dunque agevole replicare che la verifica della legittimità del contestato atto di annullamento va operata alla stregua dell'indicata *lex specialis*, che ha statuito, in modo di per sé assolutamente chiaro e, dunque, immediatamente lesivo della sfera giuridica attorea, il carattere di requisito di ammissione alla procedura di selezione dell'elemento in discorso (la regolarità della posizione nei confronti della Cassa Edile), sì che del tutto in linea con le prescrizioni di gara risulta la disposta esclusione una volta che, in sede di verifica successiva alla aggiudicazione, di detto requisito si è accertata (come s'è visto del tutto correttamente) la mancanza.

Pertanto, posto che, per principio assolutamente pacifico, in carenza di annullamento (giurisdizionale od in autotutela), il bando della gara, quand'anche per avventura illegittimo, ne costituisce la *lex specialis* e non può non essere applicato, si deve concludere per la legittimità, nella fattispecie, del disposto annullamento della aggiudicazione.

Ogni tentativo dell'appellante di rimettere poi in discussione la legittimità dell'anzidetta *lex specialis* si rivela invero vano, dovendosi in proposito condividere la declaratoria di irricevibilità delle relative censure pronunciata dal Giudice di primo grado.

Come già accennato, infatti, l'indicata *lex specialis* (la cui piena conoscenza può dirsi acquisita dall'appellante *** perlomeno alla data, da essa stessa apposta alla richiesta di invito alla gara, dell'8 settembre 2003) ha statuito, in modo di per sé assolutamente chiaro e dunque immediatamente lesivo della sfera giuridica attorea, il carattere di requisito di ammissione alla procedura di selezione dell'elemento in discorso (la regolarità della posizione nei confronti della Cassa Edile), frustrando all'origine, anche in mancanza di atti applicativi, l'aspirazione della *** alla partecipazione al procedimento di gara; in tal modo s'è verificata fin da allora la lesione del prioritario interesse attoreo alla eliminazione della clausola di gara de qua, prima ed indipendentemente dall'esclusione ad opera dell'Amministrazione in esecuzione della stessa.

E che l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* (quanto alle regole che fissano determinati requisiti di partecipazione alla gara), in presenza di un interesse immediato alla loro eliminazione dal mondo del diritto, sussistesse nella specie sin dall'indicata data (o al massimo dal successivo 12 settembre 2003), non par dubbio, solo che si consideri che in tale ultima data alla ***, come risulta dagli atti di causa, venne negato, da parte della Cassa Edile, il rilascio di un certificato di regolarità contributiva; sì che essa non poteva non sapere di non versare, nei confronti della predetta Cassa, in una situazione di regolarità, così come essa non poteva legittimamente presumere che tale situazione di irregolarità, inizialmente sussistente, essa avrebbe potuto eliminare con una successiva regolarizzazione, vertendosi in materia di requisiti per la partecipazione, che del tutto pacificamente vanno valutati con esclusivo riferimento al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara.

4. – Venendo, ora, all'appello della Provincia Autonoma di Trento, con il quale la stessa contesta le statuizioni del Giudice di primo grado circa la illegittimità dell'incameramento della cauzione e della temporanea esclusione della *** dalle gare future dalla stessa indette (nonché della connessa segnalazione all'A.V.L.P., avverso la quale non risultano con l'originario ricorso sviluppati autonomi motivi), con i provvedimenti in primo grado impugnati disposti, l'appello medesimo si appalesa fondato.

4.1 – Per ciò che attiene al primo aspetto, rileva il Collegio che, come è noto, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. art. 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; artt. 2 e 4 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063; art. 30, comma 1, della legge n. 109/94 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore 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 garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, che refluisce sulla serietà e correttezza dell'intero procedimento di gara (v. Cons. St., V: 18 maggio 1998, n. 124; 15 novembre 2001, n. 5843; 28 giugno 2004, n. 4789).

Essa rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.

L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso (Cons. St., V, 30 ottobre 2003, n. 6769).

Così l'escussione della cauzione è possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogniqualvolta che, non essendo state 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 ed all'annullamento della aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto.

Nel caso di specie, peraltro, va messo in evidenza che correttamente l'incameramento della cauzione provvisoria è stato disposto facendo applicazione dell'art. 34, comma 7, della citata legge provinciale n. 26 del 1993 (a norma del quale, nella versione *ratione temporis* qui applicabile , la cauzione prestata a corredo dell'offerta “copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario”), ritenendo il Collegio (a differenza di quanto invece opinato dalla sezione V di questo Consiglio con la decisione 1 luglio 2002, n. 3601) che la norma non miri tanto, o solo, a garantire l'Amministrazione da inadempimenti successivi alla aggiudicazione, quanto piuttosto a soddisfare l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera, che ben può essere messa in pericolo da comportamenti del soggetto risultato aggiudicatario anteriori alla aggiudicazione, sempre che questi risultino riferibili alla sua cosciente e consapevole sfera di determinazione ed autonomia; sì che tra essi non possono non ricomprendersi quei comportamenti (quale quello di cui al caso di specie), che, anteriori alla aggiudicazione (in quanto riferibili ad un momento della procedura, i cui esiti condizionano l'aggiudicazione e la stipula del contratto), abbiano portato all'annullamento dell'aggiudicazione stessa, così impedendo la formale conclusione del contratto, che della stessa costituisce il naturale e necessario sviluppo.

4.2 – Quanto al secondo degli aspetti investiti dall'appello della Provincia Autonoma (quello della disposta temporanea esclusione della *** dalle gare future dalla stessa indette), ritiene il Collegio, a differenza del T.R.G.A., che l'esclusione stessa consegua, a norma dell'art. 35, comma 1, lett. h), della L.P. n. 26/1993, al mero accertamento della difformità, nella fattispecie non più in discussione, tra dichiarazioni rese dall'aggiudicatario circa il possesso dei requisiti per partecipare

alla gara e la prova del relativo contenuto; pertanto, alla dichiarazione non veritiera (quale indubbiamente risulta quella resa dall'Impresa *** ai fini della partecipazione alla gara de qua), consegue necessariamente la sanzione della esclusione “dalle future gare d'appalto indette dall'Amministrazione procedente” espressamente e testualmente prevista dall'ultimo capoverso del par. 10 della lettera di invito della gara stessa.

E tale giudizio di disvalore delle dichiarazioni mendaci in ordine al possesso dei requisiti richiesti non abbisogna certo di ulteriori indagini da parte della P.A., una volta che sia incontestata la riferibilità della dichiarazione resa e che la stessa non risulti, come non è risultata nel caso di specie, confermata dai successivi riscontri; non essendo, in definitiva, di certo rimesso all'apprezzamento soggettivo né dell'Amministrazione né del Giudice la rilevanza dell'elemento psicologico in sede di dichiarazione dei fatti incidenti sul detto possesso.

Né bastano, ad avvalorare la tesi dell'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione:

le tesi di ***, secondo cui la disposizione dell'art. 35 della l.p. n. 26/1993 “prevede unicamente la possibilità di procedere alla esclusione dell'impresa dalla procedura di affidamento in itinere, senza attribuire ulteriori poteri sanzionatori (tanto meno con efficacia differita nel tempo) in capo alla Stazione appaltante” (pag. 19 mem. Del 21 febbraio 2005) e “posto che la regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile non costituisce un requisito di partecipazione generale alle gare di appalto, è da escludere altresì che l'eventuale rilascio di dichiarazioni non veritiere in merito a tale aspetto possa integrare la causa di esclusione di cui alla lettera h) dell'art. 35” (pag. 25 mem. Cit.), atteso, da un lato, che il citato ultimo periodo del par. 10 della lettera di invito alla gara in argomento ha espressamente previsto, come s'è già visto, che “l'aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti per concorrere ad appalti, comporta l'esclusione dalle future gare d'appalto indette dall'Amministrazione” e che, come pure s'è già visto, non può dubitarsi, alla stregua delle regole della gara in argomento, che la regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile costituisca requisito di partecipazione alla gara di cui si tratta; orbene, non avendo la *** riproposto in appello, neppure con semplice memoria, le censure già dedotte in primo grado avverso la specifica disciplina recata dalla lettera di invito quanto al potere di esclusione di cui si tratta (censure assorbite dal primo Giudice sulla base della veduta, inconsistente, considerazione circa la necessità del compimento di verifiche riguardo alla falsità), il provvedimento di esclusione della cui legittimità si discute, in quanto meramente esecutivo della inoppugnata disciplina di gara risulta alla stessa pienamente conforme e dunque legittimo;

i richiami di *** medesima ai casi previsti dall'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE (tra i quali non rientrerebbe quello da essa tenuto, che non sarebbe pertanto sanzionabile), posto che, da un lato, si versa nella fattispecie in ipotesi di appalto sotto-soglia (in relazione al quale non rileva la disciplina comunitaria) e, dall'altro, il potere esercitato dall'Amministrazione si fonda non tanto sulla disposizione di cui all'art. 8, comma 7, della legge n. 109/94 (pure richiamata dall'Amministrazione nel contesto del provvedimento impugnato), quanto piuttosto sulla espressa, ed autonoma, veduta disciplina di gara.

4.3 – L'intervenuto accertamento, sulla base delle considerazioni di cui sopra, della legittimità dell'intera serie provvedimento posta in essere dalla Provincia Autonoma di Trento nei riguardi di *** s.r.l. consente di ritenere insussistenti i presupposti ravvisati dal T.R.G.A. per affermare la responsabilità risarcitoria della prima, non ravvisandosi, nel caso all'esame, l'esistenza di una lesione ingiusta di una situazione giuridica soggettiva, di cui la seconda sia titolare.

Ne conseguono:

in accoglimento del corrispondente motivo di appello formulato dalla Provincia, l'annullamento della sentenza impugnata anche per il capo recante la condanna della Provincia stessa al risarcimento del danno;

la reiezione del motivo dell'appello di *** relativo alla pretesa insufficienza del quantum, di cui alla condanna medesima.

5. – In conclusione, il ricorso proposto dalla Provincia Autonoma di Trento va integralmente accolto, mentre quello proposto da *** s.r.l. va integralmente respinto.

Ne consegue, in riforma della sentenza impugnata, la totale reiezione del ricorso di primo grado.

Dalla natura delle questioni prospettate derivano giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), preliminarmente riuniti i ricorsi indicati in epigrafe e definitivamente pronunciando sugli stessi:

respinge l'appello proposto da *** s.r.l.;

accoglie l'appello proposto dalla Provincia Autonoma di Trento;

per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 18 novembre 2005, DEPOSITATA IN SEGRETERIA
30 gennaio 2006