

## **Incameramento della cauzione**

*di Giusy Casamassima*

*Data di pubblicazione: 1-3-2017*

La cauzione provvisoria di cui all'art. 75 D.lgs. 163/2006 mira ad assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta; essa tuttavia riveste anche una funzione sanzionatoria per altri comportamenti dell'offerente, pure ascrivibili alla rottura del patto d'integrità, quali quelli delineati dall'art. 48 D.lgs. 163/2006, relativi alla mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e altresì dei requisiti di carattere generale ex art. 38.

L'incameramento della cauzione provvisoria non presuppone l'intervenuta formale aggiudicazione provvisoria.

### **REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3649 del 2016, proposto da:  
Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano C.F. MNDNNL65H15E919Y, Raffaele Izzo C.F. ZZIRFL48E31F162X, Stefania Pagano C.F. PGNSFN75P59F537G e Sabrina Maria Licciardo C.F. LCCSRN68A48C342L, con domicilio eletto presso l'avvocato Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

contro

CNP - Combustibili Nuova Prenestina Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti C.F. VLPVNT64C19D423V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, n. 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 00152/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di manutenzione edifici adibiti ad uffici giudiziari - incameramento della cauzione provvisoria.

## FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, con la sentenza 27 gennaio 2016, n. 152, ha accolto, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso proposto dall'attuale parte appellata C.N.P. - Combustibili Nuova Prenestina S.p.A. per l'annullamento:

- di tutti gli atti e provvedimenti assunti dal Comune di Milano nell'ambito della procedura concorrenziale per l'affidamento dell'appalto relativo al "Progetto di manutenzione ordinaria periodica e programmata degli edifici adibiti ad uffici giudiziari. Opere edili ed elettriche, 2014-2016", con i quali era stata sancita l'esclusione dalla gara della C.N.P. - Combustibili Nuova Prenestina S.p.A. e del RTI di cui la stessa fa parte, con escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;

- della nota del Comune di Milano prot. 205748/2014 del 26.3.2014;

- della nota del Comune di Milano prot. 272966/2014 del 22.4.2014;

- del verbale della seduta di gara del 30.4.2014;

- della nota del Comune di Milano prot. 292405/2014 del 5.5.2014;

- della nota del Comune di Milano prot. 295619/2014 del 6.5.2014 con la quale era stata richiesta alla società garante l'escussione della cauzione provvisoria;

- del (non conosciuto) atto con il quale il Comune di Milano aveva proceduto alla segnalazione dell'esclusione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, ove intervenuto;

- della *lex specialis* di gara, ove la stessa fosse interpretabile nel senso di considerare, ai fini dell'ammissione alla procedura, solo l'avvenuto svolgimento di prestazioni di presidio elettricisti avulse da quelle di manutenzione, conduzione e gestione degli impianti elettrici.

Il TAR ha in sintesi rilevato che:

- era stata depositata in atti copia del provvedimento di archiviazione emesso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione in ordine alla segnalazione operata dal Comune di Milano e sotto tale profilo la materia del contendere era da considerarsi cessata;

- nel merito, il requisito tecnico in contestazione consisteva nell'aver svolto, in virtù di appositi contratti, prestazioni di "servizio di presidio elettricisti", con buon esito nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per un valore complessivo pari ad almeno € 610.447,84;
- la documentazione esibita a tal fine dalla ricorrente (certificazione dell'A.O. di Caserta) non consentiva lo scorporo in termini economici del "servizio di presidio elettricisti" da quello più ampio oggetto della prestazione contrattuale;
- la verifica operata dall'Amministrazione aveva confermato un dato che la commissione giudicatrice possedeva già, in quanto era stata la stessa ricorrente a fornirglielo, ovvero l'impossibilità di accertare il possesso della capacità tecnica richiesta;
- era legittima la *lex specialis* di gara nel punto in cui prevedeva un'autonoma dimostrazione del requisito per il servizio di presidio elettricisti, rientrando nell'ambito dell'insindacabile discrezionalità dell'amministrazione la previsione dello scorporo in termini economici delle attività oggetto di appalto e non risultando irragionevole la separazione dalle altre attività del servizio di presidio;
- era stata provata nella sua interezza e genuinità l'attestazione fornita dalla partecipante alla gara, per cui non si verteva nell'ipotesi di "comportamento sleale" dell'impresa, ma, più plausibilmente, di una delle cause di esclusione di cui al comma 1-bis dell'art. 46 del d.lgs. n. 163-2006 (mancanza di un elemento essenziale dell'offerta);
- non potevano dunque applicarsi le conseguenze previste dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici, riguardanti tutt'altro genere di comportamenti.

Il Comune di Milano ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità per i seguenti motivi:

- travisamento ed erronea valutazione dei fatti violazione della disposizione di cui all' art. 48 d.lgs. n. 163-2006;
- violazione ed erronea applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006 e ancora violazione degli artt. 48 e 75 d.lgs. n. 163-2006, nonché dei principi generali in materia di incameramento della cauzione provvisoria; illogicità, contraddittorietà e carenza della motivazione.

Si è costituita la parte appellata C.N.P. - Combustibili Nuova Prenestina S.p.A., chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 12 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Osserva la Sezione che in termini generali questo Consiglio di Stato ha da tempo evidenziato (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4733), che la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 mira ad assicurare la serietà e attendibilità dell'offerta; essa, tuttavia, riveste anche una funzione sanzionatoria per altri comportamenti dell'offerente, pure ascrivibili alla rottura del patto d'integrità, quali quelli delineati dall'art. 48 d.lgs. n. 163-2006, relativi alla mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e altresì dei requisiti di carattere generale ex art. 38. L'incameramento della cauzione provvisoria non presuppone l'intervenuta formale aggiudicazione provvisoria: in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del "patto d'integrità", infatti, è evidente che la cauzione copre ogni ipotesi nella quale la mancata sottoscrizione del contratto, e a monte il non conseguito perfezionamento dei suoi presupposti procedurali (aggiudicazione provvisoria e definitiva), sia addebitabile all'offerente.

La sanzione correlata alla mancata produzione della prova del requisito ovvero di una documentazione che non confermi detto possesso (o non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara, con la conseguenza che detta esclusione interviene: a) sia in ipotesi di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; b) sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa; c) sia in ipotesi di produzione e documentazione che non confermi (nel senso che neghi o che non sia sufficiente a confermare) le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

2. Nel caso di specie, il par. 7.g) del bando prevedeva, relativamente ai "requisiti del prestatore del servizio di presidio elettricisti", il seguente requisito di qualificazione: "aver stipulato contratti per prestazioni di servizio di presidio elettricisti svolti con buon esito nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando di gara (febbraio 2011-gennaio 2014) per enti pubblici o soggetti privati per un valore complessivo, con esclusione dell'IVA, almeno pari a euro 610.447,84".

All'atto della richiesta di ammissione alla procedura di gara, l'appellata C.N.P. S.p.A. ha dichiarato "di aver stipulato contratti per prestazioni di servizio di presidio elettricisti svolti con buon esito nel triennio febbraio 2011-gennaio 2014 per enti pubblici o soggetti privati di importo pari a euro 2.152.210,41 iva esclusa", precisando altresì che il requisito era stato maturato attraverso l'espletamento del "servizio di manutenzione, conduzione e gestione degli impianti elettrici con presidio, dell' A. O. di Caserta".

Con nota prot. 227079-2014 del 3 aprile 2014, il Comune di Milano ha richiesto all'A.O. Caserta, "ai fini della verifica ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti ... di trasmettere i certificati di regolare esecuzione relativi al solo servizio di presidio".

L'Azienda Ospedaliera interpellata, confermando la sostanziale inseparabilità delle prestazioni di presidio da quelle correlate al servizio di manutenzione sugli impianti elettrici, ha riscontrato la suddetta richiesta del Comune di Milano dichiarando che: "non è contrattualmente separabile il servizio di presidio dalle altre attività di contratto in quanto la stessa Ditta che

svolge il presidio fisso, mediante personale proprio, espleta anche tutte le altre attività contrattualmente previste, ovvero manutenzione, conduzione, gestione e pronto intervento sugli impianti elettrici dell'Azienda Ospedaliera".

Tale risposta ha indotto, legittimamente, il Comune di Milano a rappresentare alla CNP che "la dichiarazione acquisita presso l'Ente Ospedaliero ... non consente di comprovare i requisiti autocertificati relativi alla regolare esecuzione del solo servizio di presidio ...", comportando l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria (di € 73.140,47) e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

3. Ritiene il Collegio che la vicenda occorsa nella specie rientri a pieno titolo nelle coordinate sopra descritte, individuate dalla giurisprudenza, riportate nel paragrafo 1.

Infatti, agli atti risulta soltanto che l'Azienda Ospedaliera ha effettivamente dichiarato di aver stipulato con CNP un contratto avente ad oggetto il "servizio di manutenzione, conduzione e gestione impianti elettrici ... con presidio fisso", e che "le attività risultano a tutt'oggi regolarmente in corso con buon esito".

Da tale attestazione non emerge alcuna dimostrazione circa lo svolgimento dell'attività in oggetto per un importo almeno pari a euro 610.447,84; la documentazione prodotta, quindi, non conferma in alcun modo le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta in punto ammontare dell'importo, con la conseguenza che non è dimostrato il requisito di qualificazione in specifico richiesto nella presente gara d'appalto in sede di verifica ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163-2006.

Con la conseguenza che gli effetti automatici previsti da detta norma in esito alla mancata dimostrazione dei requisiti di qualificazione sono da ritenersi del tutto legittime (segnalazione all'ANAC ed incameramento della cauzione, contestata nel giudizio de quo).

4. Il TAR ha ritenuto, in modo non condivisibile che, nel caso di specie, si sarebbe trattato di un'ipotesi di mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, ex art. 46, comma 1-bis d.lgs. n. 163-2006.

Il richiamo normativo predetto non è da ritenersi pertinente posto che detto articolo riguarda le ipotesi di esclusione del concorrente conseguenti al mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice dei Contratti Pubblici, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi d'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Nel caso di specie, non si è di fronte ad un mancato adempimento di prescrizioni specifiche o di mancanza di elementi dell'offerta, bensì viene integrata una classica ipotesi di mancata dimostrazione dei requisiti oggettivi di partecipazione, cui è dedicato il contenuto prescritto del citato art. 48 dell'allora vigente Codice dei Contratti Pubblici.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

## Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento la V sezione del Consiglio di Stato torna ad occuparsi dell'istituto della cauzione provvisoria, analizzandone *funditus* la *ratio*, oltre che la sua finalità.

Nel dettaglio, i Giudici, riprendendo una posizione ormai pacificamente affermata dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; *Id.*, 22 settembre 2014, n.4733), sostengono che **la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 vecchio Codice dei contratti pubblici è finalizzata ad assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta.**

In uno al predetto finalismo, tuttavia, **la cauzione svolge una funzione sanzionatoria per tutti quegli ulteriori comportamenti dell'offerente ascrivibili alla rottura del "patto d'integrità"**, quali quelli delineati nel vecchio art. 48 D.lgs. 163/2006.

Proprio in considerazione della funzione di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta e del patto d'integrità è evidente come la cauzione copre ogni ipotesi nella quale la mancata sottoscrizione del contratto e, a monte, il non conseguito perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, sia addebitabile all'offerente.

Il Collegio, inoltre, rileva come **la sanzione correlata alla mancata produzione della prova**

**del requisito ovvero di una documentazione che non confermi detto possesso è costituita dall'esclusione dalla gara**, la quale può in concreto manifestarsi sia nell'ipotesi di mancate produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere grava sull'impresa; sia in ipotesi di produzione o documentazione che non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Il sistema delle cauzioni negli appalti pubblici assume un ruolo preminente e fondamentale per la tutela dell'interesse pubblico.

Proprio in considerazione dell'esposta motivazione il legislatore ha sempre riservato a questa disciplina una particolare attenzione.

Il D.lgs. 163/2006 ha disciplinato in un unico corpo normativo le varie disposizioni in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, all'uopo precisando la distinzione tra le garanzie e le coperture assicurative richieste per la fase di aggiudicazione e quelle per la fase di esecuzione dell'appalto.

Nel dettaglio, per gli appalti di lavori, servizi e forniture **i concorrenti, nella fase di aggiudicazione, a norma della citato art. 75, dovranno corredare l'offerta di una cauzione pari al 2% dell'importo indicato nel bando di gara o nella lettera di invito.**

**Scopo dell'esposta fideiussione è quello di garantire la serietà e la congruenza dell'offerta e, quindi, di evitare che per fatto riconducibile all'affidatario non si giunga alla sottoscrizione del contratto.**

Ne consegue che **solo a seguito della stipula del contratto si procederà allo svincolo della fideiussione provvisoria.**

Tale garanzia, a scelta del concorrente, potrà avere natura bancaria, assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 D.lgs. 385/1993.

La validità della garanzia in esame è pari ad almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta e deve prevedere la sua operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Con l'offerta, inoltre, il concorrente dovrà presentare l'impegno di una fideiussione a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto, nel caso in cui risultasse affidatario. **Individuato l'esecutore del contratto e svincolata la cauzione provvisoria, il vincitore dovrà costituire una garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale (cauzione definitiva), la quale, dunque, risponde ad un'esigenza differente, ossia quella della corretta esecuzione dell'appalto e, dunque, a copertura degli oneri per il mancato o inesatto adempimento.**

Il Codice dei contratti, invero, prevede ulteriori forme speciali di garanzia: l'una prevista per alcuni appalti di lavori (art. 129 D.lgs. 163/2006), l'altra per gli appalti i servizi di progettazione

(art. 111 D.lgs. 163/2006).

Con l'avvento del nuovo Codice appalti, la normativa in esame ha solo subito uno mutamento di *sedes*, non ricevendo alcuna riduzione contenutistica.

In specie, le nuove previsioni, di cui agli artt. 93 e 103 D.lgs. 50/2016 hanno ereditato le discipline rispettivamente afferenti la garanzia provvisoria e quella definitiva, mantenendo intatte *ratio* e finalità delle stesse.