

## **L'assenza dei requisiti necessari di partecipazione denota un contegno colposo dell'impresa che legittima l'escussione della cauzione provvisoria.**

*di Rita Maiolo*

*Data di pubblicazione: 26-4-2017*

Dalle premesse e dalle clausole del contratto in questione si trae innanzitutto conferma delle conclusioni cui è giunto il Tribunale amministrativo e cioè che l'atto di cessione tra la cedente e l'odierna appellante riguarda soltanto il ramo d'azienda operante nell'esecuzione dei lavori relativo alle categorie di qualificazione SOA OG1 ed OG3: le uniche espressamente menzionate, contrariamente alle ulteriori categorie OG2 e OS30. Pertanto, tutti gli impegni assunti dalla cedente, tra i quali in particolare quello di fornire la documentazione necessaria a consentire alla cessionaria di qualificarsi, riguardano le sole categorie espressamente indicate nell'atto.

Le censure svolte in via autonoma contro l'escussione della cauzione si infrangono sul rilievo che la partecipazione alla gara in mancanza dei necessari requisiti costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico.

A rafforzare questo sforzo di diligenza sovviene appunto l'istituto della cauzione, il cui incameramento una volta accertata la mancanza dei requisiti in questione consiste proprio nel responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (1).

(1) Conforme Ad. Plen. 10 dicembre 2014, n. 34; Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2016, nn. 3746 e 3751;

### **Guida alla lettura**

La pronuncia si segnala perché, pur essendo in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidato, affronta una vicenda che, per la sua peculiarità, tocca diversi profili inerenti l'ampia gamma dei contratti pubblici. La Quinta Sezione, infatti, nel vagliare i motivi di gravame, si imbatte in questioni sia di natura tipicamente procedurale che connesse ai principi generali sottesi ad ogni procedura di evidenza pubblica.

Per cogliere meglio gli aspetti salienti della controversia, occorre riepilogare brevemente la *questio facti*: la stazione appaltante, Agenzia del Demanio, aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro ex art. 59 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato. A tale gara aveva preso parte la società, odierna appellante e già ricorrente in primo grado, la quale aveva impugnato tre provvedimenti: quello di esclusione dalla procedura aperta per mancanza dei requisiti tecnici; quello adottato dal responsabile unico del procedimento in riscontro al suo preavviso di ricorso contro il provvedimento di esclusione; e quello con cui l'Agenzia del Demanio escuteva la polizza fideiussoria rilasciata a titolo di cauzione provvisoria.

I Giudici di Palazzo Spada, nel condividere sostanzialmente l'esito cui era pervenuto il Giudice territoriale, colgono altresì l'occasione per approfondire e meglio specificare le motivazioni adottate a sostegno della reiezione dell'appello.

In riferimento alla **prima censura** - con cui l'appellante contesta i presupposti dell'esclusione disposta in proprio danno, sostenendo che nel ramo d'azienda acquisito sarebbero comprese anche le categorie di qualificazione OG2 ed OG11 -, **la Quinta Sezione**, mediante una compiuta disamina sia delle premesse che delle clausole del contratto di cessione, **ha appurato che in realtà l'atto di cessione tra la società cedente e l'odierna appellante riguarda soltanto il ramo d'azienda operante nell'esecuzione dei lavori relativo alle categorie di qualificazione SOA OG1 ed OG3: le uniche espressamente menzionate, contrariamente alle ulteriori categorie OG2 e OS30, oggetto dell'appalto de quo**. Ne deriva che, tutti gli impegni assunti dalla cedente, tra i quali in particolare quello di fornire la documentazione necessaria a consentire alla cessionaria di qualificarsi, riguardano esclusivamente le categorie espressamente indicate nell'atto, non deponendo in senso contrario né l'ampia interpretazione delle clausole contrattuali né gli ulteriori documenti allegati dall'appellante.

Con riguardo alla **seconda censura**, proposta avverso **il rigetto del preavviso di ricorso a firma del responsabile unico del procedimento**, i Giudici d'appello reputano **legittimo l'operato** di quest'ultimo. Infatti, egli non ha fatto altro che confutare le ragioni contrarie adottate dal legale della società ai fini della riammissione, affermando l'insufficienza di semplici dichiarazioni concernenti lavori in corso. **Non vi è stata, dunque, un'inammissibile integrazione delle ragioni di esclusione già disposta – e comunque non vietata in astratto –, bensì la doverosa confutazione di tutti gli argomenti contrari a questo provvedimento espressi nel preavviso di ricorso.**

L'ultimo motivo d'appello, concernente **l'escussione della cauzione provvisoria**, è in realtà intimamente connesso al primo. Nello specifico, la società appellante contesta questo ulteriore provvedimento della stazione appaltante sia in via derivata che in via autonoma: quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato osserva che **l'ipotesi dell'invalidità derivata "è innanzitutto smentita dalla definitiva conferma del fatto che l'odierna appellante non è in possesso della qualificazione nelle categorie OG2 e OG11"**; mentre, in relazione alle **censure svolte in via autonoma** contro l'escussione della cauzione, data la natura sanzionatoria della stessa, i Giudici di secondo grado rilevano come esse contrastino con

l'avvenuto **accertamento della partecipazione alla gara in mancanza dei requisiti necessari.**

Infatti quest'ultimo, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, costituisce un **elemento sintomatico di una condotta colposa dell'impresa**, in quanto si estrinseca nella **"violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico"**.

A garanzia della diligenza richiesta agli offerenti è stato appunto previsto **l'istituto della cauzione, il cui incameramento, una volta accertata la mancanza dei requisiti in questione, consiste proprio nel responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in merito alle dichiarazioni rese, oltre che garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.** Del resto, quest'ultima è la finalità che traspare anche dalla lettura degli artt. 103 e 104, dedicati appunto alle garanzie, del "nuovo" Codice dei Contratti (D. Lgs. n. 50/2016), confermando così la *ratio* sottesa all'istituto della cauzione.

## **Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6426 del 2016, proposto da:

Giator 82 lavori s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

***contro***

Agenzia del Demanio, ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

***nei confronti di***

Elite Insurance Company Ltd, Olimpia Agency s.p.a., non costituiti in giudizio;

## *per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 756/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento di un accordo quadro per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria su immobili in uso alle amministrazioni dello Stato

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 4724 del 20 ottobre 2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Presutti e l'avvocato dello Stato Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Liguria la Giator 82 Lavori s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro ex art. 59 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria sugli immobili in uso alle amministrazioni dello Stato, disposta nei suoi confronti dalla stazione appaltante Agenzia del Demanio – direzione regionale Liguria (provvedimento del 27 luglio 2015 prot. 2015/7218/DR-LIG).

2. L'esclusione era stata disposta per mancanza dei requisiti tecnici, ed in particolare perché il ramo d'azienda acquistato in data 4 dicembre 2013 dalla società Ediltech lavori s.r.l. riguardava l'attività svolta nelle categorie di qualificazione quale esecutore di lavori pubblici OG1 ed OG3 e non anche le categorie OG2 ed OG11, per cui i corrispondenti certificati di fine lavori rilasciati alla cedente Ediltech Lavori s.r.l. non sarebbero utili per dimostrare il possesso di queste ultime qualificazioni.

3. La Giator 82 Lavori impugnava anche il provvedimento adottato dal responsabile unico del

procedimento in riscontro alla suo preavviso di ricorso contro il provvedimento di esclusione, censurandolo perché contenente ragioni di esclusione ulteriori e non esplicitate in precedenza (nota del 4 agosto 2015, n. 2015/7558/DR-LIG).

4. Con successivi motivi aggiunti la ricorrente impugnava anche l'atto con cui l'Agenzia del Demanio escludeva la polizza fideiussoria rilasciata a titolo di cauzione provvisoria (nota del 29 aprile 2016, prot. 2016/4677/DR-LIG), sia in via derivata rispetto alla presupposta esclusione che in via autonoma.

5. Nel contestare il presupposto posto a base dell'esclusione, la Giator 82 Lavori specificava di non avere interesse alla riammissione alla procedura, ma di avere impugnato questo provvedimento all'esclusivo fine di evitare l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione.

6. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito respingeva l'impugnazione.

Il giudice di primo grado statuiva che in base al contratto di cessione il ramo d'azienda acquistato dalla Giator 82 Lavori non aveva riguardato le categorie di qualificazione OG2 ed OG11, ma solo quelle ivi espressamente menzionate, OG1 e OG3, e che a fronte del carattere esaustivo delle motivazioni a base dell'esclusione le ulteriori precisazioni formulate in risposta al preavviso di ricorso da parte del responsabile unico del procedimento assumevano «*carattere ultroneo e sovrabbondante*».

Con riguardo all'escussione della cauzione provvisoria, il Tribunale amministrativo ne affermava la legittimità, quale conseguenza automatica di tipo sanzionatorio derivante dal presupposto accertamento della carenza dei requisiti di qualificazione.

7. Per la riforma della sentenza la Giator 82 Lavori ha proposto appello, al quale resistono l'Agenzia del demanio e l'Autorità nazionale anticorruzione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo la Giator 82 Lavori ripropone la censura con cui contesta i presupposti dell'esclusione disposta in proprio danno e reitera l'assunto secondo cui nel ramo d'azienda acquisito dalla Ediltech Lavori sarebbero comprese le categorie di qualificazione OG2 ed OG11. L'appellante deduce al riguardo che sebbene non espressamente contemplate nell'atto di cessione (all'art. 2), queste categorie devono comunque ritenersi trasferite a proprio favore, in ragione della clausola contrattuale contenuta nell'atto di cessione del ramo d'azienda, secondo cui sono trasferiti con esso ed in via generale i requisiti tecnici, organizzativi ed economico finanziari di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, oltre ad una serie di contratti della cedente idonei a fare conseguire alla cessionaria le qualificazioni in questione (art. 3).

2. Nel motivo in esame la Giator 82 Lavori censura inoltre la contraria statuizione del giudice di primo grado, il quale ha invece ritenuto che i contratti ceduti riguardino le sole categorie OG1 e OG3. L'appellante sottolinea in contrario che tra tali contratti vi è quello relativo ai lavori

eseguiti presso la caserma dei carabinieri di Rieti, dai quali è conseguita la qualificazione della Ediltech Lavori nelle categorie OG2 e OS30, quest'ultima equipollente alla OG11.

3. Il motivo non può essere accolto.

Depone in senso contrario agli assunti della Giator 82 Lavori l'interpretazione letterale e complessiva dell'atto di cessione di ramo d'azienda tra la Ediltech Lavori s.r.l. e l'odierna appellante.

Nella lettera a) delle premesse dell'atto la cedente dichiara e garantisce che *«il ramo d'azienda svolge la propria attività così descritta: - Costruzioni di edifici civili e industriali (sigla OG1 classifica III); - Costruzione, manutenzione e ristrutturazioni di strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane (sigla OG3, classifica III) »*; nella lettera f) si precisa che il ramo d'azienda che la Ediltech Costruzioni intende cedere svolge attività di impresa consistente nell'*«esecuzione dei lavori nella categoria OG1 e OG3»*. Quindi, alla lettera g) delle premesse in esame la Ediltech Lavori s.r.l. dichiara e garantisce che *«ad acquisto avvenuto sarà possibile alla società acquirente richiedere ed ottenere da parte di una SOA regolarmente autorizzata l'attestazione di qualificazione alla esecuzione delle attività cedute»*.

4. Passando poi alle pattuizioni contrattuali, l'art. 2 regola la cessione del ramo d'azienda *«descritto al punto f) delle premesse»*, mentre il successivo art. 3 precisa che nella cessione sono compresi *«i requisiti tecnici, organizzativi ed economico-finanziari di cui all'art. 79 del D.P.R. n. 207 del 2010, così come desunti dai documenti tecnico-contabili, fiscali e tributari»*. Per quanto rileva ai fini del presente giudizio, il medesimo atto di cessione prevede al successivo art. 6 l'impegno della società cedente *«a consegnare i certificati di esecuzione dei principali lavori da essa svolti nell'ultimo decennio per mezzo del ramo d'azienda oggetto del presente atto»* ai fini di consentire alla cessionaria di *«avvalersi, ai sensi e per gli effetti di cui al comma 9 dell'art. 15 del detto D.P.R. 2000 n. 34 (e successive modificazioni previste nel D.P.R. 207/2010), dei requisiti posseduti dal ramo d'azienda oggetto del presente atto»*.

5. Dalle premesse e dalle clausole del contratto sopra esaminate si trae innanzitutto conferma delle conclusioni cui è giunto il Tribunale amministrativo e cioè che l'atto di cessione tra la Ediltech Lavori e l'odierna appellante riguarda soltanto il ramo d'azienda operante nell'esecuzione dei lavori relativo alle categorie di qualificazione SOA OG1 ed OG3: le uniche espressamente menzionate, contrariamente alle ulteriori categorie OG2 e OS30. Pertanto, tutti gli impegni assunti dalla cedente, tra i quali in particolare quello di fornire la documentazione necessaria a consentire alla cessionaria di qualificarsi riguarda le sole categorie espressamente indicate nell'atto.

6. Non è poi possibile valorizzare in senso contrario la clausola di portata generale contenuta nell'art. 3 dell'atto di cessione, come invece pretende la Giator 82 Lavori.

Nella sua ampia formulazione, laddove essa fa riferimento in genere ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, la clausola deve essere intesa in funzione di specificazione dell'effetto traslativo inerente al ramo d'azienda ceduto ai sensi del precedente art. 2.

7. Con riguardo invece ai contratti di appalto di lavori ivi espressamente menzionati, questi ultimi non possono ritenersi sufficienti a ritenere acquisita la qualificazione SOA in categorie ulteriori a quelle espressamente indicate.

8. Quanto ora rilevato è confermato dai documenti agli atti del presente giudizio.

Infatti, il certificato di esecuzione dei lavori in data 4 febbraio 2015 della Provincia di Rieti per i lavori di riparazione e miglioramento sismico dell'immobile caserma dei carabinieri del capoluogo provinciale - il cui contratto è incluso tra quelli ceduti alla Giator 82 Lavori elencati nell'art. 3 e sulla base del quale questa pretende di qualificarsi anche nelle categorie OG2 e OS30 (corrispondente alla OG11) - è stato rilasciato alla cedente Ediltech Lavori dalla Provincia di Rieti e non invece all'odierna appellante.

Occorre al riguardo rilevare che il documento in questione è successivo alla cessione di ramo d'azienda sulla cui base si sarebbe stato il trasferimento anche di queste due categorie e ciò nondimeno è stato emesso a favore della cedente. Ciò sta dunque a significare che la Giator 82 Lavori non ha acquistato le qualificazioni necessarie per la procedura di gara in contestazione.

9. Come poi rilevano le amministrazioni resistenti, ai sensi dell'art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010, nei casi di vicende traslative di aziende qualificate per l'esecuzione di lavori pubblici, tra cui anche la cessione dei relativi rami operanti in questo settore, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine, sulla base di un apposito accertamento da parte dell'organismo di attestazione (commi 9 - 11).

Sotto questo profilo, invece, la Giator 82 Lavori non ha provato di essersi qualificata per le categorie OG2 e OG11 ed anzi – come rilevato in precedenza – il certificato di esecuzione lavori addotto a sostegno di questo assunto dall'odierna appellante fornisce la prova contraria.

Ne consegue che l'esclusione dalla stessa società disposta dall'Agenzia del Demanio è legittima.

10. Del pari infondate, in modo manifesto, sono le censure rivolte contro il rigetto del preavviso di ricorso pronunciato dal responsabile unico del procedimento (nota del 4 agosto 2015 prot. n. 2015/7558/DR-LIG, sopra citata).

Nel negare la riammissione pretesa dall'odierna appellante (con nota in data 1° agosto 2015), incentrata su asseriti certificati di esecuzione dei lavori emessi a proprio favore, il responsabile unico del procedimento altro non ha fatto che confutare le ragioni contrarie addotte dal legale della medesima società ai fini della riammissione, affermando l'insufficienza a questo fine di semplici dichiarazioni concernenti lavori in corso. Non vi è dunque stata un'inammissibile integrazione delle ragioni di esclusione già disposta – comunque non vietata in astratto – ma la doverosa confutazione di tutti gli argomenti contrari a questo provvedimento espressi nel preavviso di ricorso.

11. Rimane da esaminare quindi l'ultimo motivo d'appello concernente l'escussione della

cauzione provvisoria.

Al riguardo, nel ribadire di essere in possesso sul piano sostanziale dei requisiti di qualificazione richiesti, la Giator 82 Lavori contesta innanzitutto il presupposto alla base di questa ulteriore determinazione lesiva dei propri interessi. La stessa appellante la censura in via autonoma, perché, data la natura sanzionatoria della stessa, l'escussione della cauzione è stata disposta senza previo accertamento della gravità della condotta.

12. Anche questo motivo è manifestamente infondato.

L'ipotesi dell'invalidità derivata è innanzitutto smentita dalla definitiva conferma del fatto che l'odierna appellante non è in possesso della qualificazione nelle categorie OG2 e OG11.

Le censure svolte in via autonoma contro l'escussione della cauzione si infrangono invece sul rilievo che la partecipazione alla gara in mancanza dei necessari requisiti costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico.

A rafforzare questo sforzo di diligenza sovviene appunto l'istituto della cauzione, il cui incameramento una volta accertata la mancanza dei requisiti in questione consiste proprio nel responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. plen. 10 dicembre 2014, n. 34; da ultimo: V, 31 agosto 2016, nn. 3746 e 3751).

13. L'appello deve pertanto essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna l'appellante Giator 82 Lavori s.r.l. a rifondere all'Agenzia del Demanio e all'Autorità nazionale anticorruzione le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere





Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere