

La cauzione provvisoria, prima della legge 11 febbraio 1994 n. 109, aveva il compito di garantire l'Amministrazione procedente circa l'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto; con l'art. 10 della citata legge n. 109 del 1994 la previsione dell'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà e dell'affidabilità delle offerte. Oggi le disposizioni sono racchiuse nell'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163: **RITIENE IL COLLEGIO CHE TALE DISPOSIZIONE VADA INTERPRETATA SECONDO UN CRITERIO LOGICO E IN RELAZIONE ALLA CIRCOSTANZA CHE NON SI DEBBA TRATTARE DI UNA VIOLAZIONE LIEVE.**

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso < la deliberazione dell'Agenzia delle Entrate di procedere all'escussione della cauzione provvisoria di € 871.809,73 costituita dalla ricorrente all'atto di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei per il personale dipendente dell'Agenzia delle entrate > ed inoltre contro < del paragrafo 14 "Aggiudicazione provvisoria" del disciplinare di gara e del paragrafo 4.3 "Verifiche sul convenzionamento degli esercizi" del capitolato tecnico, qualora la facoltà della stazione appaltante di escutere la cauzione nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria a seguito di accertamento della mancata corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di offerta tecnica e quanto riscontrato effettivamente in sede di verifica venisse interpretato nel senso che la norma si applica anche nel caso di dichiarazione formale dell'aggiudicatario di essere incorso in errore, prima e a prescindere da qualsiasi accertamento.>?

Il Collegio rileva che le argomentazioni sviluppate nelle difese dall'Amministrazione resistente non possono essere condivise, dovendosi ritenere fondate le censure dedotte da parte ricorrente. In base ad un radicato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio comunque non ritiene di doversi discostare, "l'istituto della cauzione provvisoria è, in via generale, da riportarsi alla caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.), sia perché si tratta di confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente (e si consideri che la normativa contabilistica è la matrice di questa disciplina contrattuale), di non vulnerare l'interesse dell'Amministrazione a pretendere il maggior danno". Infatti, la "ratio dell'istituto è quella di garantire la serietà dell'offerta fino al momento della stipula del contratto e della prestazione della cauzione definitiva, per cui l'incameramento della cauzione è, normalmente, legato al rifiuto di stipulare. **Molto prudentemente la lex specialis di gara, proprio perché chiedeva ai concorrenti di presentare alcune dichiarazioni potenzialmente presuntive (l'elenco degli esercizi convenzionati o convenzionabili in forma meramente numerica) all'atto della partecipazione, che poi avrebbe dovuto avere riscontro effettivo nella dichiarazione definitiva chiesta al concorrente aggiudicatario, ha usato l'espressione "facoltà" di incameramento della cauzione provvisoria, proprio per non rischiare di esercitare un improvvido potere sanzionatorio nei casi di errore materiale ovvero di dichiarazione assunta in buona fede e tale da non poter concretizzare un falso ovvero un mendacio.** Nel caso di specie, in cui una concorrente ammette di aver erroneamente formulato una dichiarazione, peraltro solo numerica e quindi naturalmente generica, spontaneamente dichiarando l'invalidità dell'offerta presentata, (e si deve ritenere) ben conscia della conseguente esclusione dalla gara (ovvero revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in proprio favore), peraltro con tempistica utile a non far consumare ulteriore tempo all'Amministrazione procedente circa la conclusione della procedura, la dichiarazione in questione non può definirsi tecnicamente mendace. **In argomento può efficacemente ricorrersi alla nozione penalistica di "falso innocuo",** che sussiste allorché esso si riveli "in concreto inidoneo a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti e cioè quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo antigiusuristico, nel senso che l'infedele attestazione o la compiuta alterazione appaiano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, inidonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere; in tal caso, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione

documentale che l'atto è chiamato a svolgere, che è quella di attestare i dati in esso indicati, con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto”_ **In altre parole, quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore (nonché della non conclusione del contratto), non si deve procedere all'incameramento della cauzione**, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (ad esempio in ordine al calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa; ma tutto ciò non è stato denunciato nella presente fattispecie._ **In altri termini il dato letterale delle disposizioni oggi contenute nell'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 appare chiaro circa l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine alla interpretazione del bando o della normativa generale ed abbia ritenuto di possedere il requisito in realtà carente o contestato. In tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2341 del 6 marzo 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

Vediamo i fatti su cui si basa il ricorso:

Premetteva la società ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di cui sopra bandita dall'Agenzia delle entrate nel gennaio 2008. Precisava la ricorrente (in particolare alle pagine 2 e 3 del ricorso introduttivo) che la lex specialis di gara disponeva tra l'altro:

~ che l'aggiudicatario avrebbe dovuto mettere a disposizione degli utenti/dipendenti dell'Agenzia una rete di esercizi presso i quali garantire la fruizione, fino al valore nominale del buono pasto (sette euro), di generi alimentari e bevande. A tal fine i concorrenti avrebbero dovuto includere, nella busta contenente la documentazione amministrativa, una lettera di impegno a convenzionare, entro 45 giorni dalla avvenuta aggiudicazione in proprio favore, il numero minimo di esercizi prescritti nel capitolato nonché il numero di esercizi aggiuntivi che ritenevano di includere nell'offerta tecnica, individuati in base ai criteri indicati nel medesimo capitolato;

~ che l'elenco nominativo degli esercizi convenzionati, corredato di tutti i dati, avrebbe dovuto essere fornito dall'aggiudicatario entro 45 giorni dall'aggiudicazione provvisoria, in modo da consentire all'Amministrazione di effettuare verifiche a campione sulla veridicità dei dati forniti prima di procedere all'aggiudicazione definitiva;

~ che nel caso di discordanza tra quanto indicato in ordine agli esercizi convenzionati nell'elenco solo numerico contenuto nell'offerta tecnica, quanto inserito nell'elenco fornito a seguito dell'aggiudicazione provvisoria (che doveva contenere i dati completi degli esercizi convenzionati) e quanto effettivamente riscontrato in sede di verifica da parte dell'Amministrazione, l'aggiudicazione provvisoria sarebbe stata revocata e che, in tal caso, sarebbe stato in facoltà dell'Amministrazione procedere all'incameramento della cauzione provvisoria (così, in particolare, il paragrafo 14 del disciplinare di gara).

Ed ancora

Riferiva ancora la ricorrente che, risultata prima all'esito della selezione, l'Amministrazione precedente la invitava a fornire l'elenco dettagliato di tutti gli esercizi convenzionati e che, all'atto di svolgere tale operazione si avvedeva dell'erronea formulazione dell'offerta tecnica, in quanto il numero di esercizi indicati era inferiore rispetto al numero degli esercizi effettivamente convenzionati o convenzionabili. Precisava, in particolare la ricorrente, di avere reso edotta l'Amministrazione di tale circostanza in data 19 maggio 2008, quindi in epoca di molto precedente rispetto alla data del successivo 6 giugno indicato dall'Amministrazione per la presentazione dell'elenco dettagliato degli esercizi convenzionati e ciò allo scopo di consentire prontamente l'aggiudicazione ad altro concorrente.

Lamenta la società ricorrente che, seppure in un primo tempo l'Amministrazione, recepita la comunicazione circa l'errore materiale posto in essere dalla ALFA Services e disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della stessa, non procedeva alla escussione della cauzione provvisoria, successivamente, con nota del 13 giugno 2008, procedeva a disporre tale escussione, senza peraltro fornire alcuna motivazione sul punto.

Ecco il parere dell'adito giudice romano:

< Nel caso di specie il disciplinare di gara prevedeva, al punto 7.1.4. (pag. 30) che l'Amministrazione sarebbe stata legittimata all'incameramento della garanzia provvisoria:

- in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario;
- in caso di falsa dichiarazione nella documentazione presentata in sede di offerta, ovvero qualora non venga fornita la prova del possesso dei requisiti di capacità morale, economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti;
- in caso di mancata produzione della documentazione richiesta per la stipula del contratto nel termine stabilito;
- in caso di mancato adempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Dopo aver chiarito al punto 8 (pagg. 31 e 32) che all'esito dei controlli disposti ai sensi dell'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 i concorrenti che non avrebbero dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione sarebbero stati esclusi dalla selezione, al punto 14 (pag. 38) si precisava che "Nel caso sia accertata la mancata corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di offerta tecnica, quanto inserito nell'elenco fornito e quanto riscontrato effettivamente in sede di verifica, l'aggiudicazione provvisoria sarà revocata con facoltà di incameramento della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante".

Si può facilmente evidenziare, quindi, dalla piana lettura della documentazione prodotta in atti, che la sopra riferita detta natura della cauzione provvisoria non appare smentita dal tenore delle disposizioni della lex specialis di gara, atteso che queste prevedevano (ulteriormente rispetto a quanto si è sopra riportato testualmente) che la cauzione provvisoria dovesse essere prestata ai fini della partecipazione alla gara, che dovesse avere una validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, tempo generalmente sufficiente per addivenire alla stipula del contratto con l'aggiudicatario e che dovesse essere sostituita, nei confronti dell'aggiudicatario, da una cauzione definitiva (ved. punto 7.2 del disciplinare, pag. 30), destinata a garantire l'amministrazione dai danni subiti in fase di esecuzione del servizio.

Tutti elementi ermeneutici quelli sopra riferiti che, presi nel loro insieme e intesi secondo buona fede, come è d'uopo nell'interpretazione degli atti amministrativi, secondo il principio di matrice contrattuale (art. 1366 cod. civ.), inducono a ritenere che le finalità complessive perseguite dall'Amministrazione con la previsione della cauzione provvisoria fossero, per l'appunto, quelle di introdurre una caparra confirmatoria a garanzia della futura stipula del contratto.

5. – Nello stesso tempo, sempre per mantenere ferma una lettura delle disposizioni della lex specialis di gara secondo buona fede, non può non rilevarsi che la stessa Amministrazione (ad avviso del Collegio, correttamente) non ha previsto nel disciplinare l'obbligo sempre e comunque dell'escussione ed incameramento della cauzione provvisoria, bensì la facoltà di tale decisione, evidentemente allo scopo di poter graduare, opportunamente, il tipo di incongruenza manifestatasi tra la dichiarazione presentata da una concorrente e la realtà effettiva.>

Ma non solo

< Non a caso è stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4789 e 12 maggio 2003 n. 2512). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prima ed oggi l'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, prevedono che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.>

E quindi?

< Non a caso è stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4789 e 12 maggio 2003 n. 2512). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prima ed oggi l'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, prevedono che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Ritiene il Collegio che tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve.>

In conclusione quindi:

<Ne deriva che, mentre si giustifica l'esclusione della ALFA Services dalla gara, non altrimenti è legittima l'escussione della cauzione provvisoria, posto che l'invalidità dell'offerta non ha (o almeno non è dimostrato che abbia) inciso sulla corretta e tempestiva conclusione della procedura, finendo con il non pregiudicare l'interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura stessa>

Si legga anche

Se i direttori suppostamene cessati nel triennio non sono gravati da alcun precedente penale, non c'è bisogno di alcuna dichiarazione da parte della ditta partecipante alla procedura ad evidenza pubblica_ la falsità assume rilievo solo ove tocchi circostanze (quale l'esistenza di precedenti penali sottoposti alla valutazione dell'amministrazione) influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione.

Trattasi, in definitiva, per mutuare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione

A proposito dell'inapplicabilità della causa preclusiva scolpita dall'art. 75 lett. c) (ora articolo 38 del codice dei contratti), è sufficiente rimarcare che essa ricollega l'esclusione all'esistenza -nella specie confutata delle inoppugnabili risultanze documentali versate in atti- di una sentenza di condanna o di patteggiamento per reati incidenti sull'affidabilità morale e professionale, senza che assuma rilievo il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina normativa._ Per quanto afferisce alla fattispecie cristallizzata dalla lett. h) della medesima norma, si deve parimenti osservare come essa non sanziona l'in sé di una falsa dichiarazione ma la sua inerenza ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara...". Posto, quindi, che, in coerenza con la ratio che anima la disciplina in subiecta materia, è oggetto di stigmatizzazione il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva, si deve escludere che possa assumere rilevanza, in chiave ostativa, il falso omissivo relativo all'esplicitazione di soggetti titolari di cariche rilevanti nel triennio ma non gravati da alcun precedente penale.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 829 del 13 febbraio 2009, inviata per la pubblicazione in data 17 febbraio 2009, emessa dal Consiglio di Stato

< Alla stessa stregua la disciplina di gara (si veda in particolare l'art. 3, punto 2, del disciplinare), laddove richiede che le imprese concorrenti attestino l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 75 del D.P.R. 554/1999 anche nei confronti di soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione dell'avviso di gara, va interpretata, in coerenza con la normativa regolamentare, nel senso di non annettere rilievo ad omissioni e difformità non incidenti su requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione.

Va soggiunto, a conferma dei puntuali rilievi svolti al riguardo dal Primo Giudice, che la stessa giurisprudenza invocata dalla ricorrente, laddove considera legittima l'esclusione decretata in caso di dichiarazioni non veritiere con le quali era stata scientemente celata dall'impresa la presenza di condanne penali a carico di amministratori o legali rappresentanti cessati dalla carica, conferma, anziché smentire, l'assunto secondo cui la falsità assume rilievo solo ove tocchi circostanze (quale l'esistenza di precedenti penali sottoposti alla valutazione dell'amministrazione) influenti sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 6542 REG. RIC.

ANNO 2008

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. REG. SENT..

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

ANNO 2009

Sezione Seconda

composto dai Signori:

Luigi TOSTI	Presidente
Carlo MODICA DE MOHAC	Componente;
Stefano TOSCHEI	Estensore;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. R.g. **6542** del **2008** proposto da

“ALFA SERVICE ITALIA S.r.l.” in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Satta, Giuseppe De Naro Papa e Anna Romano ed elettivamente domiciliata in Roma, Foro Traiano n. 1/A, presso lo studio Satta & Associati;

contro

l'AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, nella cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, domicilia per legge;

e nei confronti di

*****+

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

– della deliberazione dell'Agenzia delle Entrate, esplicitata con nota del 13 giugno 2008 ed indirizzata all'Istituto ***** S.p.a., di procedere all'escussione della cauzione provvisoria di € 871809,73 costituita dalla

ricorrente all'atto di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei per il personale dipendente dell'Agenzia delle entrate;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e/o conseguente, con particolare ma non esclusivo riferimento alla nota prot. 2008/94195 del 13 giugno 2008 dell'Agenzia delle entrate, Direzione centrale amministrazione, con la quale è stato richiesto all'Istituto ***** e, per quanto occorrer possa, al provvedimento n. 2008/80647 del 26 maggio 2008 dell'Agenzia delle entrate che ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara;
- del paragrafo 14 "Aggiudicazione provvisoria" del disciplinare di gara e del paragrafo 4.3 "Verifiche sul convenzionamento degli esercizi" del capitolato tecnico, qualora la facoltà della stazione appaltante di escutere la cauzione nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria a seguito di accertamento della mancata corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di offerta tecnica e quanto riscontrato effettivamente in sede di verifica venisse interpretato nel senso che la norma si applica anche nel caso di dichiarazione formale dell'aggiudicatario di essere incorso in errore, prima e a prescindere da qualsiasi accertamento.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e i documenti prodotti;

Vista l'ordinanza 2 luglio 2008 n. 3343 con la quale questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Esaminate le ulteriori memorie depositate;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla Camera di consiglio del 22 ottobre 2008 il dott. Stefano Toschei;

presente per la parte ricorrente l'avv. Anna Romano;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto.

FATTO E DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame la Società ALFA Service ha impugnato, in via principale, il provvedimento dell'Agenzia delle entrate con il quale veniva disposta l'escussione della cauzione provvisoria di € 871.809,73 costituita dalla ricorrente all'atto di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei per il personale dipendente della medesima Agenzia delle entrate.

Premetteva la società ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di cui sopra bandita dall'Agenzia delle entrate nel gennaio 2008. Precisava la ricorrente (in particolare alle pagine 2 e 3 del ricorso introduttivo) che la *lex specialis* di gara disponeva tra l'altro:

- che l'aggiudicatario avrebbe dovuto mettere a disposizione degli utenti/dipendenti dell'Agenzia una rete di esercizi presso i quali garantire la fruizione, fino al valore nominale del buono pasto (sette euro), di generi alimentari e bevande. A tal fine i concorrenti avrebbero dovuto includere, nella busta contenente la documentazione amministrativa, una lettera di impegno a convenzionare, entro 45 giorni dalla avvenuta aggiudicazione in proprio favore, il numero minimo di esercizi prescritti nel capitolato nonché il numero di esercizi aggiuntivi che ritenevano di includere nell'offerta tecnica, individuati in base ai criteri indicati nel medesimo capitolato;
- che l'elenco nominativo degli esercizi convenzionati, corredato di tutti i dati, avrebbe dovuto essere fornito dall'aggiudicatario entro 45 giorni dall'aggiudicazione provvisoria, in modo da consentire

all'Amministrazione di effettuare verifiche a campione sulla veridicità dei dati forniti prima di procedere all'aggiudicazione definitiva;

- che nel caso di discordanza tra quanto indicato in ordine agli esercizi convenzionati nell'elenco solo numerico contenuto nell'offerta tecnica, quanto inserito nell'elenco fornito a seguito dell'aggiudicazione provvisoria (che doveva contenere i dati completi degli esercizi convenzionati) e quanto effettivamente riscontrato in sede di verifica da parte dell'Amministrazione, l'aggiudicazione provvisoria sarebbe stata revocata e che, in tal caso, sarebbe stato in facoltà dell'Amministrazione procedere all'incameramento della cauzione provvisoria (così, in particolare, il paragrafo 14 del disciplinare di gara).

Riferiva ancora la ricorrente che, risultata prima all'esito della selezione, l'Amministrazione procedente la invitava a fornire l'elenco dettagliato di tutti gli esercizi convenzionati e che, all'atto di svolgere tale operazione si avvedeva dell'erronea formulazione dell'offerta tecnica, in quanto il numero di esercizi indicati era inferiore rispetto al numero degli esercizi effettivamente convenzionati o convenzionabili. Precisava, in particolare la ricorrente, di avere reso edotta l'Amministrazione di tale circostanza in data 19 maggio 2008, quindi in epoca di molto precedente rispetto alla data del successivo 6 giugno indicato dall'Amministrazione per la presentazione dell'elenco dettagliato degli esercizi convenzionati e ciò allo scopo di consentire prontamente l'aggiudicazione ad altro concorrente.

Lamenta la società ricorrente che, seppure in un primo tempo l'Amministrazione, recepita la comunicazione circa l'errore materiale posto in essere dalla ALFA Services e disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della stessa, non procedeva alla escussione della cauzione provvisoria,

successivamente, con nota del 13 giugno 2008, procedeva a disporre tale escussione, senza peraltro fornire alcuna motivazione sul punto.

Dolendosi per tale illegittimo comportamento assunto dall'Agenzia delle entrate nel caso di specie ed evidenziandosi plurimi vizi nella scelta operata dall'Amministrazione, la ALFA Services chiedeva il giudiziale annullamento della nota con la quale era stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria ed il suo incameramento.

2. – Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 2 luglio 2008 n. 3343 questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente.

All'udienza del 22 ottobre 2008 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

3. - Il Collegio rileva che le argomentazioni sviluppate nelle difese dall'Amministrazione resistente non possono essere condivise, dovendosi ritenere fondate le censure dedotte da parte ricorrente.

Giova osservare, in via generale, che la cauzione provvisoria, prima della legge 11 febbraio 1994 n. 109, aveva il compito di garantire l'Amministrazione procedente circa l'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto; con l'art. 10 della citata legge n. 109 del 1994 la previsione dell'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà e dell'affidabilità delle offerte. Oggi le disposizioni sono racchiuse nell'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

In base ad un radicato orientamento giurisprudenziale, dal quale il

Collegio comunque non ritiene di doversi discostare, "l'istituto della cauzione provvisoria è, in via generale, da riportarsi alla caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.), sia perché si tratta di confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente (e si consideri che la normativa contabilistica è la matrice di questa disciplina contrattuale), di non vulnerare l'interesse dell'Amministrazione a pretendere il maggior danno" (così Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2004 n. 1058 e Sez. IV, 29 marzo 2001 n. 1840).

Infatti, la "*ratio* dell'istituto è quella di garantire la serietà dell'offerta fino al momento della stipula del contratto e della prestazione della cauzione definitiva, per cui l'incameramento della cauzione è, normalmente, legato al rifiuto di stipulare" (cfr. ancora Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2002 n. 3601).

4. - Nel caso di specie il disciplinare di gara prevedeva, al punto 7.1.4. (pag. 30) che l'Amministrazione sarebbe stata legittimata all'incameramento della garanzia provvisoria:

- in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario;
- in caso di falsa dichiarazione nella documentazione presentata in sede di offerta, ovvero qualora non venga fornita la prova del possesso dei requisiti di capacità morale, economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti;
- in caso di mancata produzione della documentazione richiesta per la stipula del contratto nel termine stabilito;
- in caso di mancato adempimento di ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Dopo aver chiarito al punto 8 (pagg. 31 e 32) che all'esito dei controlli

disposti ai sensi dell'art. 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 i concorrenti che non avrebbero dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione sarebbero stati esclusi dalla selezione, al punto 14 (pag. 38) si precisava che “Nel caso sia accertata la mancata corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di offerta tecnica, quanto inserito nell'elenco fornito e quanto riscontrato effettivamente in sede di verifica, l'aggiudicazione provvisoria sarà revocata con facoltà di incameramento della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante”.

Si può facilmente evidenziare, quindi, dalla piana lettura della documentazione prodotta in atti, che la sopra riferita detta natura della cauzione provvisoria non appare smentita dal tenore delle disposizioni della *lex specialis* di gara, atteso che queste prevedevano (ulteriormente rispetto a quanto si è sopra riportato testualmente) che la cauzione provvisoria dovesse essere prestata ai fini della partecipazione alla gara, che dovesse avere una validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, tempo generalmente sufficiente per addivenire alla stipula del contratto con l'aggiudicatario e che dovesse essere sostituita, nei confronti dell'aggiudicatario, da una cauzione definitiva (ved. punto 7.2 del disciplinare, pag. 30), destinata a garantire l'amministrazione dai danni subiti in fase di esecuzione del servizio.

Tutti elementi ermeneutici quelli sopra riferiti che, presi nel loro insieme e intesi secondo buona fede, come è d'uopo nell'interpretazione degli atti amministrativi, secondo il principio di matrice contrattuale (art. 1366 cod. civ.), inducono a ritenere che le finalità complessive perseguite dall'Amministrazione con la previsione della cauzione provvisoria fossero, per l'appunto, quelle di introdurre una caparra confirmatoria a garanzia della futura stipula del contratto.

5. – Nello stesso tempo, sempre per mantenere ferma una lettura delle

disposizioni della *lex specialis* di gara secondo buona fede, non può non rilevarsi che la stessa Amministrazione (ad avviso del Collegio, correttamente) non ha previsto nel disciplinare l'obbligo sempre e comunque dell'escussione ed incameramento della cauzione provvisoria, bensì la facoltà di tale decisione, evidentemente allo scopo di poter graduare, opportunamente, il tipo di incongruenza manifestatasi tra la dichiarazione presentata da una concorrente e la realtà effettiva.

Molto prudentemente la *lex specialis* di gara, proprio perché chiedeva ai concorrenti di presentare alcune dichiarazioni potenzialmente presuntive (l'elenco degli esercizi convenzionati o convenzionabili in forma meramente numerica) all'atto della partecipazione, che poi avrebbe dovuto avere riscontro effettivo nella dichiarazione definitiva chiesta al concorrente aggiudicatario, ha usato l'espressione "facoltà" di incameramento della cauzione provvisoria, proprio per non rischiare di esercitare un improvvido potere sanzionatorio nei casi di errore materiale ovvero di dichiarazione assunta in buona fede e tale da non poter concretizzare un falso ovvero un mendacio.

Nel caso di specie, in cui una concorrente ammette di aver erroneamente formulato una dichiarazione, peraltro solo numerica e quindi naturalmente generica, spontaneamente dichiarando l'invalidità dell'offerta presentata, (e si deve ritenere) ben conscia della conseguente esclusione dalla gara (ovvero revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in proprio favore), peraltro con tempistica utile a non far consumare ulteriore tempo all'Amministrazione procedente circa la conclusione della procedura, la dichiarazione in questione non può definirsi tecnicamente mendace. In argomento può efficacemente ricorrersi alla nozione penalistica di "falso innocuo", che sussiste allorquando esso si riveli "in concreto inidoneo a ledere l'interesse

tutelato dalla genuinità dei documenti e cioè quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo antiggiuridico, nel senso che l'infedele attestazione o la compiuta alterazione appaiano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, inidonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere; in tal caso, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, che è quella di attestare i dati in esso indicati, con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto" (così Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2007 n. 3564).

7. - Non a caso è stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4789 e 12 maggio 2003 n. 2512). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prima ed oggi l'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, prevedono che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Ritiene il Collegio che tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una

violazione lieve.

In altre parole, quando la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, ben conscia delle conseguenze sfavorevoli relative alla non aggiudicazione (definitiva) della selezione in suo favore (nonché della non conclusione del contratto), non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (ad esempio in ordine al calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa; ma tutto ciò non è stato denunciato nella presente fattispecie.

Ne deriva che, mentre si giustifica l'esclusione della ALFA Services dalla gara, non altrimenti è legittima l'escussione della cauzione provvisoria, posto che l'invalidità dell'offerta non ha (o almeno non è dimostrato che abbia) inciso sulla corretta e tempestiva conclusione della procedura, finendo con il non pregiudicare l'interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura stessa.

In altri termini il dato letterale delle disposizioni oggi contenute nell'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 appare chiaro circa l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine alla interpretazione del bando o della normativa generale ed abbia ritenuto di possedere il requisito in realtà carente o contestato. In tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara.

8. – In ragione di quanto sopra debbono ritenersi fondate le censure siccome dedotte dalla società ricorrente di talché deve darsi accoglimento al ricorso proposto con annullamento dell'atto impugnato.

Sussistono, nondimeno, giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti controvertenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, pronunciando in via definitiva sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 22 ottobre 2008.

Il Presidente

Il relatore ed estensore

Luigi Tosti

Stefano Toschei