

Publicato il 27/02/2017

N. 00902/2017REG.PROV.COLL.
N. 06804/2016 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6804 del 2016, proposto da:
Società Olisistem Itq Consulting s.p.a., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato
Giancarlo Viglione, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, Lungotevere dei Mellini, 17;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Cecilia
Martelli, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in
Roma, piazza Borghese N. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n.
04650/2016, resa tra le parti, concernente affidamento di servizi di
manutenzione hardware fuori garanzia per gli uffici centrali e

periferici del sistema informativo della fiscalità – escussione della cauzione provvisoria n. 00000016586

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Giancarlo Viglione e, su delega dell'avv. Guarino, Elisabetta Pistis.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che l'appellante Olisistem ITQ Consulting s.p.a. partecipava, in qualità di mandataria del costituendo RTI con Telecom Italia s.p.a. a una gara indetta da Consip s.p.a. e pubblicata nella G.U.R.I. del 10 marzo 2014 per l'affidamento di servizi di manutenzione hardware fuori garanzia, per gli uffici centrali e periferici del sistema informativo della fiscalità.

Con provvedimento 4 agosto 2014 la Consip escludeva il suddetto RTI dalle successive fasi di gara per aver reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 138 (relativamente ad un legale rappresentante della società cessato dall'incarico) e per carenza dei requisiti di onorabilità professionale in capo agli amministratori della società Worksys d.r.l., di cui Olisistem aveva acquisito un ramo d'azienda nell'anno antecedente alla data di pubblicazione della gara.

Con successivo provvedimento del 18 settembre 2014 la Consip chiedeva quindi l'escussione della relativa cauzione provvisoria.

Con sentenza 13 novembre 2014 n. 11419 il Tribunale amministrativo del Lazio, III Sezione, nell'accogliere parzialmente il ricorso proposto dalla Olisistem avverso i predetti atti di Consip, annullava la nota del 18 settembre 2014 di escussione della cauzione provvisoria.

Con successiva sentenza 9 giugno 2015, n. 2829 la IV Sezione del Consiglio di Stato accoglieva però l'appello proposto dalla Consip, sulla base delle seguenti motivazioni: *“l’incameramento della cauzione provvisoria è stato configurato come misura sanzionatoria costituente conseguenza automatica del provvedimento di esclusione (Cons Stato Sez. V 10/9/2012 n. 4778)”*; pertanto *“appare ... del tutto opinabile la decisione del T.A.R. di ritenere non escutibile la cauzione, decisione probabilmente influenzata dalla vicenda de qua, dove la dichiarazione mendace che ha causato l’esclusione della società è derivata dal fatto di un terzo. Va invece rimarcato che i criteri di esclusione dalla partecipazione alle gare sono dati in funzione della trasparenza della posizione dei concorrenti e, in linea di massima, non ritengono necessaria la prova di una colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate e nemmeno la prova della loro derivazione dal fatto di un terzo, verso il quale, come qui effettivamente avvenuto, la società ha poi la possibilità di valersi con l’azione aquiliana”*.

Nel frattempo la Consip s.p.a. segnalava i fatti all’Autorità Nazionale Anticorruzione, affinché la stessa potesse verificare la sussistenza di eventuali profili sanzionatori di propria competenza nei confronti di Olisistem; la suddetta Autorità concludeva peraltro la propria istruttoria con provvedimento di archiviazione n. 292 del 10 novembre 2015.

Alla luce di tale determinazione, la società Olisistem chiedeva a Consip di annullare il proprio precedente provvedimento di

escussione della cauzione provvisoria, richiesta che veniva però respinta dalla stazione appaltante con comunicazione nota prot. n. 29130/2015, in data 20 novembre 2015.

Avverso tale provvedimento Olisistem adiva quindi il Tribunale amministrativo Lazio, deducendone l'illegittimità sotto i profili di *“Violazione e falsa applicazione del paragrafo 2 del disciplinare di gara; Eccesso di potere per travisamento dei fatti; Carenza dei presupposti. Illogicità manifesta”*.

Con sentenza 21 aprile 2016, n. 4650 il Tribunale amministrativo del Lazio – Sezione II dichiarava l'inammissibilità del gravame per violazione del divieto del *ne bis in idem*, tenuto conto che *“il rapporto controverso, vale a dire la legittimità dell'escussione della cauzione provvisoria in esito all'esclusione dalla gara in discorso, è stato già oggetto di giudizio e che, quindi, le questioni dedotte sono coperte dal giudicato di cui alla richiamata sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 5829 del 2015”*.

Avverso tale decisione la Olisistem interponeva appello avanti al Consiglio di Stato, articolato in tre motivi di ricorso (*“Erronea motivazione della sentenza in ordine alla applicazione dell'art. 120 comma 5 del C.P.A. nonché alla applicazione del principio del “ne bis in idem”; Erronea motivazione della sentenza in ordine ad eccesso di potere per travisamento dei fatti – carenza dei presupposti – illogicità manifesta; Erronea motivazione della sentenza in ordine alla escussione della cauzione quale conseguenza automatica del provvedimento di esclusione”*).

DIRITTO

L'appello non può trovare accoglimento.

Decisiva e assorbente è la circostanza che tra le parti dell'odierno giudizio si fosse già formato un precedente giudicato (di cui alla richiamata sentenza IV, 9 giugno 2015, n. 2829 del Consiglio di

Stato) avente ad oggetto la sussistenza dell'obbligo, in capo ad Olististem, di versare la cauzione provvisoria a Consip in relazione ai fatti controversi.

L'obbligo deriva, in via automatica, dall'estromissione della società dalle ulteriori fasi di gara in conseguenza dell'obiettiva violazione degli obblighi di segnalazione di cui all'art. 38 d.lgs 163 del 2005, a prescindere dall'eventuale buona fede della stessa.

E' pacifico che, con sentenza III, 13 novembre 2014, n. 11419, il Tribunale amministrativo del Lazio aveva riconosciuto legittima l'esclusione di Olististem dalla gara, statuizione passata anch'essa in giudicato.

Essendo l'escussione della cauzione una conseguenza automatica dell'esclusione (Cons. Stato, IV, IV, 19 novembre 2015, n. 5280; V,26 maggio 2015, n. 2638; 15 giugno 2015, n. 2916), come bene rileva la sentenza qui oggi impugnata, l'impresa esclusa non avrebbe potuto rimetterne in discussione le ragioni senza prima vittoriosamente impugnare la propria presupposta esclusione.

Del resto, come rilevato da Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatariе, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici*.

Nemmeno la successiva richiesta di escussione della cauzione, atto dovuto, potrebbe rimettere in termini la parte che non abbia mostrato un reale interesse a contrastare le ragioni dell'esclusione con una tempestiva impugnazione di questa (ovvero che, pur avendo

provveduto in tal senso, sia poi risultata soccombente in sede processuale).

Nel caso di specie, sulla doverosità del versamento della cauzione, come detto si era pronunciato il Consiglio di Stato con sentenza divenuta irrevocabile.

Per l'effetto, ancor più in presenza di un vincolo di tale natura espressione del principio di certezza del diritto, bene il Tribunale amministrativo del Lazio ha dichiarato (con sentenza II, 21 aprile 2016, n.4650) l'inammissibilità del gravame, che in concreto mirava ad ottenere un nuovo giudizio sui medesimi fatti a suo tempo già valutati dal giudice amministrativo.

Nemmeno a diverse conclusioni potrebbe portare la circostanza che l'odierno appello muova, formalmente, dall'impugnazione di un provvedimento successivo a quello con cui Consip aveva chiesto, in data 18 settembre 2014, il versamento della cauzione.

Invero, come del resto eccepito dalla stessa Consip nelle difese, tale provvedimento di diniego ad annullare in autotutela il suddetto provvedimento 18 settembre 2014, oltreché doveroso e vincolato, si limitava a confermare quest'ultimo, stante appunto l'esistenza di un giudicato vincolante.

Infine, a fronte di specifico motivo di appello sul punto, si rileva come l'introdotto ricorso di Olisistem avanti al Tribunale amministrativo del Lazio sarebbe stato comunque tardivo e dunque irricevibile, in quanto proposto oltre il termine di trenta giorni (decorrenti dalla conoscenza dell'atto impugnato) di cui all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm..

Invero, la formale richiesta di escussione della cauzione evidentemente rientra tra gli "*atti delle procedure di affidamento*" di cui

all'art. 120, trattandosi, come si è detto, di adempimento doveroso e vincolato dell'Amministrazione, necessariamente connesso al provvedimento di esclusione dalla gara (provvedimento, quest'ultimo, pacificamente riconducibile in tale ambito).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, condanna l'appellante Olisistem ITQ Consulting s.p.a. al pagamento, a favore dell'appellata Consip s.p.a., delle spese di lite del presente grado di giudizio, che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) oltre Iva ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

