

Mancato possesso dei requisiti di ordine speciale

Una volta comprovato il mancato effettivo possesso dei requisiti di ordine speciale a seguito dell'applicazione della procedura di cui all'art. 10 comma 1 quater della Merloni, l'escussione della garanzia provvisoria (anche verso partecipanti diversi dall'aggiudicatario) è un atto dovuto

Non è necessaria alcuna analisi sull'elemento psicologico per verificare la falsità delle dichiarazioni essendo sufficiente il solo inadempimento, anche quale erronea applicazione delle norme di gara (obbligo di diligenza nelle trattative precontrattuali)

Con la sentenza numero 4558 del 17 maggio 2004, il Tar Lazio, Sez II di Roma, ci segnala che

**a seguito dell' entrata in vigore dell' art. 10, comma 1-quater, la previsione di incameramento della cauzione provvisoria prestata da un concorrente all' appalto di opera pubblica è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall' aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia riferita non più alla stipula del contratto, bensì alla serietà e affidabilità dell' offerta; pertanto, la sanzione dell'incameramento della cauzione de qua è correlata alla violazione dell' obbligo di diligenza - che si verifica anche con l' erronea interpretazione delle norme di gara - nelle trattative precontrattuali, con la conseguenza che il detto incameramento prescinde dall'accertata falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, essendo applicabile per il solo dato formale e obiettivo dell' inadempimento e restando quindi esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difetta**

a cura di Sonia LAZZINI

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

I L T R I B U N A L E A M M I N I S T R A T I V O R E G I O N A L E

P E R I L L A Z I O

Sezione Seconda

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 2526/2002 proposto dalle Società Edil GI, SO.MA.CO. srl, l'Impresa Di Cori Sergio e la Valoppi srl, rappresentate e difese dall'avv. Silvia Felicetti e presso lo stesso elettivamente domiciliate in Roma, Viale Mazzini n. 25;

C O N T R O

il Comune di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi ed elettivamente domiciliato presso la sede legale dell'Ente in Roma Via del Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

del provvedimento con cui il Comune di Roma, in relazione alla gara indetta per la manutenzione e sorveglianza di opere d'arte a carattere stradale Municipi I-X, ha ritenuto che la costituenda ATI tra le ricorrenti non possedesse i requisiti richiesti per la partecipazione alla predetta selezione pubblica, della nota di comunicazione del 19.12.2001 e del provvedimento di irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 10, comma 1-quater della L. n. 109 del 1994; nonché, con atto contenente i motivi aggiunti, della determinazione n. 24 del 19.4.2002 con cui è stata incamerata la cauzione provvisoria quale sanzione prevista dal richiamato art. 10 in conseguenza dell'esclusione dalla gara;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24.3.2004 il consigliere Francesco RICCIO;

Uditi, altresì, gli avvocati S. Felicetti e R. Rocchi per delega di A. Graziosi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### F A T T O

Con il ricorso, notificato il 18 febbraio 2002 e depositato il successivo 5 marzo, le interessate società, quali facenti parte della costituenda ATI per la partecipazione alla gara indetta dal Comune di Roma per l'affidamento del servizio di manutenzione e sorveglianza di opere d'arte a carattere stradale per i Municipi I-X, hanno impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe perché lesivi del proprio interesse connesso all'ammissione alla descritta gara ed alla conseguente eliminazione dell'obbligo al pagamento della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109 del 1994.

Al riguardo, le medesime hanno prospettato come motivi di impugnazione la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto svariati aspetti sintomatici.

Con successivo atto, notificato il 24 maggio 2002 e depositato il 7 giugno 2002, le parti istanti hanno impugnato la conseguente determinazione dirigenziale con cui è stata adottata la sanzione pecuniaria connessa all'esclusione dalla gara, prospettando come motivi di doglianza ulteriori violazioni di legge ed ipotesi di eccesso di potere.

Si è costituito in giudizio il Comune di Roma, il quale ha eccepito l'infondatezza delle doglianze prospettate.

Nella Camera di Consiglio del 26 giugno 2002 con ordinanza n. 3524 questo Tribunale ha respinto la domanda di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

#### D I R I T T O

Prima di esaminare nel merito le doglianze prospettate dalle parti ricorrenti, il Collegio ritiene doveroso alcune premesse in fatto.

Con il bando pubblicato il 24 ottobre 2001, indetto per l'affidamento dei lavori di manutenzione e sorveglianza di opere d'arte a carattere stradale ricadenti nel territorio dei Municipi I-X, non solo sono state indicate la categoria prevalente di opere (OG3) e le categorie scorporabili (OG2 e OG1), ma sono stati individuati i requisiti tecnico-finanziari, operando al riguardo un espresso riferimento agli artt. 75 e 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 ed all'art. 31 del D.P.R. n. 34 del 2000.

Alla predetta gara hanno partecipato anche le imprese ricorrenti, le quali hanno formalizzato al riguardo una dichiarazione di impegno a costituire un'associazione temporanea d'impresa – avente come capogruppo la Società Edil GI srl - ai sensi dell'art. 13, comma 5, della legge 109 del 1994, come modificato dalla legge 18 novembre 1998 n. 415, senza peraltro indicare la forma della costituenda associazione.

Dagli atti di gara risulta soltanto che ciascun partecipante alla suddetta ATI ha dichiarato espressamente di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 95, comma 3, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (che riguardano soltanto l'associazione di tipo verticale); mentre, peraltro, la polizza fideiussoria rilasciata dalla società Assicurativa SAI si riferisce alla medesima ATI, qualificandola come di tipo orizzontale.

Il giorno 23 novembre 2001 la Commissione giudicatrice della gara in discussione ha sorteggiato i nominativi delle ditte nei confronti delle quali sarà poi effettuata la verifica dei requisiti di cui all'art. 3 della legge n. 415 del 1998, secondo cui i soggetti appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8, comma 7.

Dall'esito della predetta procedura è risultato che l'ATI ricorrente, nonostante che non abbia indicato la suddivisione delle categorie di lavori richieste dal bando tra le imprese partecipanti come mandanti e mandataria, non soddisfa i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi cui al citato art. 95 (comma 2, per le associazioni di tipo orizzontale e comma 3, per quelle di tipo verticale).

In entrambi i casi la società capogruppo (Edil GI srl) o non aveva come volume d'affari il 40% del valore dell'appalto oppure non aveva una cifra d'affari inferiore a 1,75 volte l'importo della categoria prevalente.

Sulla base di detto accertamento, le imprese ricorrenti sono state escluse e nei loro confronti è stato poi adottato un provvedimento di incameramento della cauzione depositata per partecipare alla gara.

Con il primo motivo di gravame le ricorrenti sostengono di aver costituito un'associazione temporanea di tipo misto.

Tale evenienza comporterebbe, secondo la difesa delle parti ricorrenti, che:

- la mandataria deve possedere la qualificazione per la categoria prevalente una classifica adeguata al 40% dell'importo della categoria prevalente;
- le mandanti che intendono assumere l'esecuzione dei lavori della medesima categoria prevalente una qualificazione adeguata al 10% dell'importo corrispondente;
- le mandanti che intendono assumere lavori nelle categorie scorporabili debbono possedere la qualificazione con riferimento ad ognuna di tali categorie.

Ma gli argomenti sopra riportati non possono essere condivisi per la semplice ragione che, come rilevato dalla Commissione giudicatrice, negli atti di gara non è dato rilevare come siano state ripartite le prestazioni rispetto alle categorie dei lavori richiesti tra mandataria e mandanti appartenenti alla summenzionata ATI.

Va aggiunto che per le Associazioni temporanee in parola non può più valere la previsione dell'art. 23, comma 3, del D.L. vo n. 406 del 1991, essendo stato abrogato dall'art. 231 del D.P.R. n. 554 del 1999.

Tali argomenti di massima inducono a ritenere del tutto sufficiente la motivazione della stazione appaltante in merito alla sussistenza dei requisiti minimi previsti dall'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999, dato che la commissione ha valutato la posizione della capogruppo in relazione sia ad un ATI di tipo orizzontale, sia ad un ATI di tipo verticale.

Diventa, in tal modo, rilevante la circostanza che la Edil GI srl non abbia in concreto una cifra d'affari in lavori pari al 40% di un importo non inferiore a 1,75 volte l'importo dell'appalto da affidare.

Infatti, tale limite lo si desume dal combinato disposto degli artt. 95, comma 2, del citato D.P.R. n. 554 e 31 del D.P.R. n. 34 del 2000.

Né allo stesso modo la medesima Società ha dimostrato di avere, in qualità di capogruppo di associazione di tipo verticale, un volume d'affari pari ad 1,75 volte l'importo della categoria di lavoro prevalente (OG3), secondo il diverso limite minimo derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 3, del D.P.R. n. 554 del 1999 e 31 del D.P.R. n. 34 del 2000.

Del pari infondato è il primo motivo aggiunto prospettato dalle ricorrenti con cui si contesta il difetto di motivazione del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria presentata dalla costituenda ATI.

E' sufficiente, al riguardo, notare che nella determinazione dirigenziale della II Direzione del Segretariato Generale del Comune di Roma n. 23 del 19 aprile 2002 sono riportate tutte le argomentazioni sopra descritte che hanno indotto la stazione appaltante ad escludere in capo all'ATI summenzionata la sussistenza dei requisiti minimi per la sua ammissione alla gara de quo.

Il Collegio ritiene che sia infondata anche l'ultimo motivo aggiunto secondo il quale non vi sarebbero in concreto i presupposti per l'applicazione dell'art. 10, comma 1-quater, della L. n. 109 del 1994.

La norma citata è, invece, chiara sul punto, disponendo che "quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria".

Ciò comporta che laddove l'esclusione delle ricorrenti è stata legittima, il conseguente incameramento della cauzione diventa un atto dovuto.

Infatti, a seguito dell' entrata in vigore del più volte richiamato art. 10, comma 1-quater, la previsione di incameramento della cauzione provvisoria prestata da un concorrente all' appalto di opera pubblica è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall' aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia riferita non più alla stipula del contratto, bensì alla serietà e affidabilità dell' offerta; pertanto, la sanzione dell'incameramento della cauzione de qua è correlata alla violazione dell' obbligo di diligenza - che si verifica anche con l' erronea interpretazione delle norme di gara - nelle trattative precontrattuali, con la conseguenza che il detto incameramento prescinde dall'accertata falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, essendo applicabile per il solo dato formale e obiettivo dell' inadempimento e restando quindi esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difetta (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2002 n. 7047 e TAR Lombardia, sede di Milano, 30 aprile 2003 n. 1094).

Per tutte le ragioni espresse, il Collegio respinge il ricorso perché infondato.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,

Sezione Seconda,

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, proposto dalle Società Edil GI, SO.MA.CO. srl, l'Impresa Di Cori Sergio e la Valoppi srl, lo respinge.

Compensa integralmente fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione seconda - nella Camera di Consiglio del 24 marzo 2004 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Domenico LA MEDICA Presidente

Francesco RICCIO Consigliere Relatore

Raffaello SESTINI Consigliere

Il Presidente Il Consigliere est.