

Il sorteggio di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni (ora articolo 48 del decreto legislativo 163/2006) riguarda unicamente la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale non anche quelli di ordine morale

Il Tar Emilia Romagna, Bologna, con la sentenza numero 3063 del 21 novembre 2006 in tema di escussione della garanzia provvisoria di insegna che:

< Per quanto riguarda l'incameramento della cauzione provvisoria, è fondato il motivo della violazione dell'art. 10, comma 1, L.109/1994.

La sanzione è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta, con riguardo al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ed a tali casi va limitata.>

A noi solo il compito di osservare che, invece, sull'aggiudicatario, ma anche sul secondo, l'amministrazione ha la possibilità di verificare anche il reale possesso dei requisiti generali. Questo in virtù della seguente norma:

Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445
- Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa
CAPO V - CONTROLLI - Art. 71 (R) Modalità dei controlli
1. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47

ma anche

Decreto Legislativo 163/2006 - Art. 38. (Requisiti di ordine generale) -(art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)
Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, **e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:**

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER L'EMILIA ROMAGNA BOLOGNA – SEZIONE
PRIMA SENTENZA

ricorso 550/2006 proposto da:

contro

A.N.A.S. COMPARTIMENTO VIABILITA' STATALE DI BOLOGNA
e nei confronti di

** COSTRUZIONI. S.N.C.

e nei confronti di

ASSICURAZIONI ***

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento assunto in esito alle operazioni di gara con cui l'A.N.A.S. S.p.A ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento dei lavori di ordinaria manutenzione e servizio di pronto intervento lungo la SS.NN.9;

del provvedimento in data 10.3.2006;

del provvedimento del 18.4.2006;

del provvedimento in data 18.5.2006 n. prot. CBO-0014458-P con cui l'ANAS S.p.A. ha disposto di provvedere all'incameramento della cauzione provvisoria versata dalla ricorrente ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza (motivi aggiunti);

della nota in pari data con cui l'ANAS S.p.a. ha richiesto alle Assicurazioni *** l'immediato versamento della somma garantita con atto di fideiussione n. 0593605902 del 2.3.2006 (motivi aggiunti);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione intimata ;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Consigliere Sergio Fina;

Uditi, alla pubblica udienza del 6.10.2006, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando n.10/2006 Anas Spa ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori di ordinaria manutenzione e servizio di pronto intervento lungo alcune strade statali, per un importo a base d'asta di €210.000,00.

Alla gara ha partecipato la ricorrente, che ha prodotto le autocertificazioni attestanti l'inesistenza di sentenze di condanna e di altri ostacoli alla partecipazione, dichiarando peraltro in tale sede l'esistenza a carico del legale rappresentante di un decreto penale di condanna pronunciato dal G.i.p. do Bologna il 15.11.2005 all'ammenda di €2.840,00 per la mancata regolarizzazione di un lavoratore straniero. Precisava che il decreto era stato tempestivamente opposto e quindi non era definitivo.

La ricorrente veniva esclusa con la seguente motivazione "sussistenza sentenze relative a reati che precludono la partecipazione a gare d'appalto e per dichiarazione incompleta punto 3aa del disciplinare di gara".

In seguito alla contestazione della ricorrente la stazione appaltante rettificava la motivazione in questo senso: "mancanza requisiti di carattere generale e dichiarazione incompleta punto 3aa del disciplinare di gara".

L'esclusione è stata impugnata con il ricorso originario, per violazione dell'art.75 DPR 554/199, violazione della lex specialis, difetto di motivazione ed eccesso di potere sotto vari profili. I motivi riguardano la rilevanza, agli effetti dell'esclusione, del decreto penale che era stato dichiarato dalla stessa ricorrente, nonché l'incidenza del reato specifico sulla sua affidabilità morale e professionale.

Con motivi aggiunti notificati il 31.5.2006 e depositati l'1.6.2006 la ricorrente ha impugnato il provvedimento in data 18.5.2006 n. prot. CBO-0014458-P con cui l'ANAS S.p.A. ha disposto di provvedere all'incameramento della cauzione provvisoria versata dalla ricorrente ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, e la nota in pari data con cui l'ANAS S.p.a. ha richiesto alle Assicurazioni RAS l'immediato versamento della somma garantita con atto di fideiussione n. 0593605902 del 2.3.2006.

La motivazione di tali provvedimenti si basa sul fatto che con il ricorso avverso l'esclusione di cui si discute, proposto al TAR dell'Emilia-Romagna, la ricorrente ha disatteso l'impegno, assunto sempre nella domanda di partecipazione, di instaurare qualsiasi controversia amministrativa presso il TAR del Lazio, di cui aveva riconosciuto sin da allora l'esclusiva competenza territoriale.

Sono stati dedotti motivi di violazione di legge e di eccesso di potere.

E' costituita e resiste al ricorso l'Amministrazione intimata.

Con ordinanza n.444/2006 è stata accolta l'istanza cautelare sui motivi aggiunti e fissata l'udienza di merito in applicazione dell'art.23 bis della legge n.1034/1971.

2. Per quanto riguarda l'esclusione dalla gara, sono agli atti i due estratti della pubblicazione dell'esito della gara, nella versione originaria e in quella modificata come esposto al punto che precede, ed in entrambe le versioni i motivi di esclusione sono due, dei quali l'uno (quello modificato) riguarda la questione del decreto penale e l'altro (quello rimasto invariato) la "dichiarazione incompleta punto 3aa del disciplinare di gara".

Il punto 3 aa non ha nulla a che vedere con la prima questione, alla quale sarebbe invece riconducibile il punto 3 a (dichiarazioni sull'assenza delle condizioni ostative ex art.75 DPR

554/99), e proprio con riferimento al punto 3 a il provvedimento è stato censurato per contraddittorietà e illogicità della motivazione (in effetti la dichiarazione ex art.75 non è incompleta).

In punto 3 aa è questo: “indica esplicitamente quali lavorazioni, in particolare la loro tipologia, appartenenti alla categoria prevalente, nonché appartenenti alle categorie diverse dalla prevalente, ancorché subappaltabili per legge, intende, ai sensi dell’art.18 della legge 55/90 e successive modificazioni, eventualmente subappaltare o concedere a cottimo oppure deve subappaltare o concedere a cottimo per mancanza di specifiche qualificazioni.. In mancanza di tale dichiarazione il subappalto non sarà autorizzato. Dichiara altresì che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara in forma singola o associata”, e non è oggetto di alcuna contestazione – neppure in ordine a errori materiali - o censura, per cui è fondata l’eccezione di inammissibilità sollevata dall’Avvocatura dello Stato, essendosi consolidato un motivo autosufficiente di esclusione.

3. Per quanto riguarda l’incameramento della cauzione provvisoria, è fondato il motivo della violazione dell’art. 10, comma 1, L.109/1994.

La sanzione è correlata alla violazione dell’obbligo di diligenza che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell’offerta, con riguardo al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ed a tali casi va limitata.

4. Quanto alla segnalazione all’Autorità di vigilanza, il provvedimento impugnato ha indicato due delle ipotesi previste dall’art.27, primo comma, del DPR n.34/2000: le “eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all’art. 10, comma 1-quater della legge (lett. q), e “tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall’esecuzione dei lavori, sono dall’Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario” (lett. t).

Va poi ricordato che la segnalazione di false dichiarazioni ha conseguenze gravi, posto che l’art. 75 lett. h) del DPR 554/1999 prevede l’esclusione dalle gare di coloro che nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando hanno reso false dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti e delle condizioni per la partecipazione alle gare, risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei LL.PP.

L’Autorità di vigilanza con la nota 4.8.2006, prodotta dalla ricorrente, ha ritenuto di non procedere ex art.27 lett.q), all’annotazione non essendo riscontrabile, nel caso di specie, alcuna dichiarazione mendace.

Diverso è il caso della lett.t), che contiene una clausola generale di chiusura del sistema delle annotazioni nel casellario, la cui utilità è rimessa espressamente dalla norma alla valutazione dell’Osservatorio. In questo caso la segnalazione della stazione appaltante non determina effetti automatici e non ha, comunque, portata lesiva (ammesso che ne sia lesivo il contenuto) sino a quando l’Autorità di vigilanza non decida di procedere all’annotazione.

Sempre con la nota 4.8.2006 l’Autorità ha comunicato di avere annotato (avendolo ritenuto utile) che l’impresa, avendo proposto ricorso contro l’esclusione avverso il TAR dell’Emilia-Romagna, non ha rispettato l’impegno assunto nella domanda di partecipazione alla gara.

Per la prima parte quindi la vicenda si è conclusa in senso favorevole al ricorrente; per la seconda parte sarà l'annotazione dell'Autorità, se ed in quanto ritenuta pregiudizievole, a dover essere impugnata.

5. In conclusione, il ricorso originario, proposto avverso l'esclusione va respinto; i motivi aggiunti vanno accolti per quanto riguarda l'incameramento della cauzione; quanto alla segnalazione ex art. 27, primo comma, lett.q) e t) del DPR n.34/2000 i motivi aggiunti sono invece improcedibili.

6. L'azione risarcitoria va respinta (per la pregiudiziale amministrativa) per quanto riguarda i danni derivati dall'esclusione; gli altri atti (incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità) non hanno spiegato effetti, in quanto la loro efficacia è stata sospesa con ordinanza 8 giugno 2006 n.427, per cui va ragionevolmente escluso che possano aver arrecato alla ricorrente danni economici o all'immagine, comunque non provati.

4. L'esito complessivo della controversia comporta la compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per l'Emilia Romagna, Sezione prima:

Respinge il ricorso originario, proposto avverso l'esclusione dalla gara;
accoglie i motivi aggiunti limitatamente all'incameramento della cauzione;
li dichiara improcedibili per il resto;
respinge la richiesta di risarcimento danni;
Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 6.10.2006.

Presidente

Consigliere, Rel. est.

Depositata in Segreteria il 21/11/2006

Bologna, lì 21/11/2006

Il Segretario