

Rapporti fra dichiarazione di subappalto, possesso dei relativi requisiti speciali ed escussione della cauzione provvisoria: attenzione però alla modifica in vigore dal 17 ottobre 2008 per la quale sono escluse dalle procedure di gara (e dai subappalti) coloro che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; (art. 38 lettera h -così modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 2008)

Qualora l'impresa manifesti la volontà di subappaltare determinate categorie di opere, non può trovare applicazione l'articolo 48 del codice dei contratti in tema di sorteggio per la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale (a cui è collegata, in caso di mancata dimostrazione, anche l'escussione della garanzia provvisoria)

le tre sanzioni previste nell'attuale art. 48 del codice dei contratti (allora articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni) ovvero l'esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza, sono strettamente connesse alla mancata risposta o al mancato possesso dei prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che il concorrente abbia dichiarato di possedere per essere ammesso alla gara. Nella specie la Stazione appaltante sul presupposto che l'impresa non avesse dichiarato di subappaltare i lavori di cui alla categoria OS33 (coperture speciali), categoria scorporabile o subappaltabile, le ha richiesto in particolare di dimostrare il possesso del relativo requisito. La società in riscontro a tale richiesta ha precisato, con nota in data 14 dicembre 2001, che "per quanto riguarda la categoria OS33, dopo aver analizzato il progetto e le voci della lista lavorazioni e forniture, abbiamo valutato che potessero rientrare nelle opere da subappaltare in quanto riconducibili ad una lavorazione di carpenteria metallica". Per cui non solo è stato risposto ma è stata fornita una giustificazione della ragione per cui l'impresa non era tenuta a dimostrare il possesso del requisito in esame.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5091 del 17 ottobre 2008, emessa dal Consiglio di stato

< Va condivisa la doglianza di violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, L. n.109/1994 e successive modificazioni, che ha carattere assorbente.

Detta disposizione, sostanzialmente riprodotta nell'art. 48 D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163, prevede che le Stazioni 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'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì,

inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Di conseguenza le tre sanzioni in essa previste (esclusione, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) sono strettamente connesse alla mancata risposta o al mancato possesso dei prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che il concorrente abbia dichiarato di possedere per essere ammesso alla gara.

Nella specie la Stazione appaltante sul presupposto che l'impresa non avesse dichiarato di subappaltare i lavori di cui alla categoria OS33 (coperture speciali), categoria scorporabile o subappaltabile, le ha richiesto in particolare di dimostrare il possesso del relativo requisito.

La società in riscontro a tale richiesta ha precisato, con nota in data 14 dicembre 2001, che “per quanto riguarda la categoria OS33, dopo aver analizzato il progetto e le voci della lista lavorazioni e forniture, abbiamo valutato che potessero rientrare nelle opere da subappaltare al ALFASUB in quanto riconducibili ad una lavorazione di carpenteria metallica”.

Per cui non solo è stato risposto ma è stata fornita una giustificazione della ragione per cui l'impresa non era tenuta a dimostrare il possesso del requisito in esame.

Detta giustificazione poi può essere giudicata idonea o meno (aspetto che non interessa in questo giudizio, che è rivolto solo a contestare l'escussione della fideiussione), ma da ciò non può arguirsi la mancata prova di un requisito dichiarato posseduto ma eventualmente solo la mancanza del requisito sulla base delle dichiarazioni fornite.

Quanto sopra trova conferma nel fatto che al riguardo neppure l'Autorità di vigilanza ha ritenuto di sanzionare la ricorrente, provvedendo all'archiviazione della procedura d'infrazione con provvedimento n. 30928 del 10 maggio 2002.

5.2.L'accoglimento dell'appello nel merito comporta assorbimento della doglianza con la quale è stato lamentato contrasto della sentenza con il dispositivo in relazione alla statuizione sulle spese di giudizio di primo grado, che deve essere riesaminata.>

Giusto a titolo di precisazione ci preme sottolineare che dal 17 ottobre 2008, c'è stata una modifica all'articolo 38 del codice dei contratti:

< Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

(G.U. n. 100 del 2 maggio 2006)

(...)

Art. 38. Requisiti di ordine generale

(art. 45, dir. 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. 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

(...)

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara **e per l'affidamento dei subappalti**, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; *(lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 152 del 2008)*

tale nuova disposizione vuol forse far intendere che le Amministrazioni dovranno fare la verifica del reale possesso dei requisiti di ordine speciale anche nei confronti dei subappaltatori?

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N.5091/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 657 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 657/2004, proposto dalla ALFA Costruzioni Generali S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Manetti, con domicilio eletto in Roma, Via Fossombrone 92 presso l'avv.ssa Anna Tarsitano;

contro

l'Azienda U.S.L. n. 2 di Lucca, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Iaria e Giovanni Lepri, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere Flaminio 46 presso il dott. Gian Marco Grez;

la Monte dei Paschi di Siena S.p.A., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Toscana – Firenze: Sezione II n. 5103/2003, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di costruzione di una R.S.A. in Altopascio;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. n. 2 di Lucca;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 22 Aprile 2008 , relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Sebastiana Dore, per delega dell'avv. Manetti, e R. Invernizzi, per delega dell'avv. Iaria.

Visto il dispositivo di decisione n.382/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza gravata, il TAR Toscana ha respinto il ricorso proposto dalla società ALFA nei confronti della ASL n. 2 di Lucca avverso il verbale di gara in data 21 dicembre 2001 (approvato con deliberazione n. 1827 del 28 successivo), con il quale la Società medesima era stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di costruzione di una residenza sanitaria per anziani, nonché avverso il provvedimento n. 392 del 9 gennaio 2002, con il quale la Stazione appaltante aveva chiesto il pagamento della fideiussione prestata.

2.In particolare, il TAR, considerato che la società ricorrente, in sede di verifica effettuata dalla stazione appaltante, a norma dell'art. 10, 1 quater della L. 11 febbraio 1994 n. 109 non aveva prodotto la documentazione sul possesso della qualificazione (obbligatoria) per l'esecuzione delle opere di cui alla cat. OS33, e non potendosi attribuire alla dichiarazione, formulata dalla società in sede di presentazione dell'offerta, di voler subappaltare le opere di "ALFASUB", il significato di volontà di subappaltare i lavori di copertura dell'edificio, ha ritenuto corretta la determinazione di esclusione dalla gara, con conseguente escussione della **cauzione** provvisoria e segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici per i provvedimenti di competenza.

3.Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria facendo presente che nel ricorso originario non era stata mossa alcuna doglianza avverso la esclusione della gara ma solo era stata contestata la decisione di escussione della garanzia prestata. Ha quindi dedotto quanto segue:

-violazione e falsa applicazione dell'art. 10,comma 1 quater, L. n.109/1994; eccesso di potere per sviamento ed illogicità manifesta atteso che la norma prevede l'escussione della garanzia e la segnalazione all'Autorità di vigilanza solo quando non dovesse essere fornita la prova del possesso dei requisiti o non dovesse essere confermata la dichiarazione contenuta nell'offerta, ma nella specie con riferimento all'intervento di cui alla categoria OS33 (per l'importo di euro 74.638,96) la ricorrente aveva fatto espressa menzione delle opere che intendeva appaltare indicando fra le altre quelle relative "al ALFASUB", mentre la Stazione appaltante aveva travisato tale

dichiarazione richiedendo la dimostrazione del possesso dei requisiti relativi a detta categoria che invece l'istante intendeva subappaltare;

-di conseguenza la ricorrente aveva trasmesso tempestivamente la documentazione confermando la dichiarazione resa in sede di offerta e perciò non poteva considerarsi violata la disposizione di cui all'art. 10, comma 1 quater , L. n.109/1994;

-d'altra parte neppure l'Autorità di vigilanza aveva ritenuto di sanzionare la ricorrente, provvedendo all'archiviazione della procedura d'infrazione con provvedimento n. 30928 del 10 maggio 2002;

-violazione e falsa applicazione dell'art. 31, commi 1 e 2, D. P.R. n.34/2000. Ulteriore violazione artt. 73, commi 3 e 4, e 74 D. P.R. n.554/1999 ed art. 18, comma 3; L. n. 55/1990;

- violazione e falsa applicazione art. 5 D.P.C.M. n.55/1991;

-erroneità del sentenza per contrasto con il dispositivo, dal momento che nella sentenza la ricorrente è stata condannata alle spese di giudizio (euro 1.000,00), mentre nel dispositivo le spese vengono compensate.

4.Costituitasi in giudizio, l'Azienda sanitaria ha chiesto il rigetto del appello, richiamando la sentenza del TAR.

Con ordinanza n. 929/2004, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Con memoria conclusiva, l'Azienda sanitaria ha insistito per il rigetto dell'appello.

All'udienza del 22 aprile 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è fondato.

5.1.Va condivisa la doglianza di violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, L. n.109/1994 e successive modificazioni, che ha carattere assorbente.

Detta disposizione, sostanzialmente riprodotta nell'art. 48 D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163, prevede che le Stazioni 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'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Di conseguenza le tre sanzioni in essa previste (esclusione, escussione della **cauzione** provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) sono strettamente connesse alla mancata risposta o al mancato possesso dei prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che il concorrente abbia dichiarato di possedere per essere ammesso alla gara.

Nella specie la Stazione appaltante sul presupposto che l'impresa non avesse dichiarato di subappaltare i lavori di cui alla categoria OS33 (coperture speciali), categoria scorporabile o subappaltabile, le ha richiesto in particolare di dimostrare il possesso del relativo requisito.

La società in riscontro a tale richiesta ha precisato, con nota in data 14 dicembre 2001, che “per quanto riguarda la categoria OS33, dopo aver analizzato il progetto e le voci della lista lavorazioni e forniture, abbiamo valutato che potessero rientrare nelle opere da subappaltare al ALFASUB in quanto riconducibili ad una lavorazione di carpenteria metallica”.

Per cui non solo è stato risposto ma è stata fornita una giustificazione della ragione per cui l'impresa non era tenuta a dimostrare il possesso del requisito in esame.

Detta giustificazione poi può essere giudicata idonea o meno (aspetto che non interessa in questo giudizio, che è rivolto solo a contestare l'escussione della fideiussione), ma da ciò non può arguirsi la mancata prova di un requisito dichiarato posseduto ma eventualmente solo la mancanza del requisito sulla base delle dichiarazioni fornite.

Quanto sopra trova conferma nel fatto che al riguardo neppure l'Autorità di vigilanza ha ritenuto di sanzionare la ricorrente, provvedendo all'archiviazione della procedura d'infrazione con provvedimento n. 30928 del 10 maggio 2002.

5.2.L'accoglimento dell'appello nel merito comporta assorbimento della doglianza con la quale è stato lamentato contrasto della sentenza con il dispositivo in relazione alla statuizione sulle spese di giudizio di primo grado, che deve essere riesaminata.

6.Per quanto sopra esposto, l'appello deve essere accolto e per l'effetto deve essere annullato il provvedimento n. 392 del 9 gennaio 2002 che dispone l'escussione della fideiussione prestata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R., accoglie il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 22 Aprile 2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Caro Lucrezio Monticelli

Cons. Aniello Cerreto Est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 17/10/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC. 657/04

N°. RIC. 657/04

SC

