

Errore dell'amministrazione nel sorteggio per la verifica a campione dei requisiti speciali: problemi sulla percentuale relativa alla manutenzione del verde pubblico riconducibile alla categoria OS 24

Confermata la natura autonoma degli atti di irrogazione delle sanzioni (incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità) rispetto all'esclusione dalla gara, pur se derivanti da uno stesso presupposto

Anche i giudici amministrativi della Regione Sicilia si ritrovano a dover decidere in merito a controversie relative all'applicazione dell'art. 10 comma 1 quater della Legge 109/94 s.m.i. per la dimostrazione del reale possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico - organizzativa dichiarati nella domanda di partecipazione.

Dalla sentenza numero 1108 dell' 11 luglio 2003, il Tar Sicilia, sezione II di Palermo, apprendiamo infatti che:

1. la mancata impugnazione dell'atto di esclusione, non preclude il ricorso avverso l'incameramento della cauzione provvisoria
2. qualora l'impugnazione riguardi unicamente le sanzioni (non l'esclusione) non è necessaria la notifica de ricorso all'impresa aggiudicataria

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, ha pronunciato la seguente
ANNO 2002

SENTENZA

sul ricorso n. 2296/2002 R.G., sezione II, proposto dalla Ditta Costruzioni **** s.r.l. in persona del legale rappresentante sig. **** Giuseppe, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Ester Daina e Lucia Alfieri, elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi in Palermo via Oberdan n. 5

CONTRO

Il Comune di Caltanissetta, in persona del Sindaco pro – tempore rappresentato e difeso dall'Avv. Paolo Maria Oberto, elettivamente domiciliato in Palermo, via Sammartino n. 115 presso lo studio dell'Avv. Filippo Di Carlo

PER L'ANNULLAMENTO

- della nota (n prot. 20344) dell'8 maggio 2002 con cui l'Amministrazione comunale di Caltanissetta ha irrogato all'odierno ricorrente le sanzioni di cui all'art. 10 della l. n. 109/94 per asserita mancata dimostrazione dei requisiti richiesti dal punto 9 a2) del bando di gara, per l'effetto disponendo l'incameramento della cauzione prestata mediante polizza fideiussoria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare n. 912/02, emessa alla camera di consiglio del 28 giugno 2002, che ha accolto l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale intimata con i relativi documenti, e vista la memoria difensiva dalla stessa prodotta;

Vista la memoria depositata per l'udienza di discussione dalla parte ricorrente, in data 30 maggio 2003;

Designato relatore il referendario Luca MORBELLI;

Uditi all'udienza del 13 giugno 2003 l'Avv. Ester Daina per la ricorrente e l'Avv. Paolo M. Oberto per l'Amministrazione comunale resistente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con ricorso notificato in data 6 giugno 2002 e depositato il successivo 13 giugno la Ditta Costruzioni Cangemi s.r.l. impugnava il provvedimento in epigrafe indicato.

La ricorrente ha partecipato al pubblico incanto, bandito dal Comune Caltanissetta per l'esecuzione dei lavori di mantenimento del verde pubblico cittadino per il biennio 2002/2003.

La ricorrente, sorteggiata per la verifica a campione dei requisiti ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater l. 109/94, veniva invitata dalla stazione appaltante, con nota in data 29.1.2002, a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa dichiarati nella domanda di partecipazione.

La ricorrente ottemperava all'invito ma l'amministrazione comunicava all'impresa l'avvio di un procedimento per l'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 10, comma 1 quater l. 109/94, ritenendo l'inidoneità della documentazione fornita dall'impresa a comprovare il possesso dei requisiti stabiliti dal bando di gara. In particolare l'Amministrazione riteneva il certificato rilasciato in data 17.1.2001 non pertinente alla categoria OS24 prevista dal bando, ed il certificato rilasciato in data 5.2.2002 relativo a lavori ultimati successivamente alla data di pubblicazione del bando.

Nonostante le osservazioni del ricorrente, formulate con nota del 25.3.2002, l'amministrazione adottava il provvedimento impugnato.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-quater della l. 109/94 - violazione e falsa applicazione dell'atto di regolazione n. 15/2000 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, eccesso di potere per difettosi presupposti, ingiustizia manifesta.

La ricorrente afferma di avere presentato tempestivamente la documentazione e che la stessa comproverebbe il possesso dei requisiti in quanto nell'ambito dei lavori di cui al certificato 17.1.2001 sarebbe ricompresa la manutenzione del verde pubblico riconducibile alla categoria OS 24 richiesta dal bando. Inoltre la ricorrente sostiene che non vi sarebbe esatta coincidenza tra le ipotesi di esclusione dalla gara ed ipotesi di applicazione delle sanzioni di cui all'art. 10 comma 1 quater l. 109/94;

violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 241/90 recepito con la l.r. 10/91, violazione del principio di affidamento e dell'art. 97 Costituzione, in quanto l'Amministrazione pur avendo ammesso l'impresa ad intervenire nel procedimento di irrogazione della sanzione non avrebbe congruamente motivato le ragioni per le quali ha ritenuto non conformi le certificazioni presentate ed ha irrogato la sanzione.

Con ordinanza cautelare n. 912/02, emessa alla camera di consiglio del 28 giugno 2002, il Collegio ha accolto l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

Per resistere al ricorso in data 19 novembre 2002 si costituiva in giudizio l'Amministrazione comunale di Caltanissetta, depositando documenti e memoria con la quale, eccettata la irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, ne chiedeva il rigetto con ogni conseguente statuizione in ordine alle spese di giudizio.

In data 30 maggio 2003 per l'udienza di discussione la ricorrente depositava memoria.

All'udienza del 13 giugno 2003, presenti i difensori delle parti Avv. Ester Daina per la ricorrente e Avv. Paolo M. Oberto per l'Amministrazione comunale resistente, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Devono essere esaminate preliminarmente le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso.

Tali eccezioni, basate sulla asserita natura consequenziale dell'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 10 comma 1 quater rispetto all'esclusione dell'impresa dalla gara, appaiono infondate. Invero, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare la natura autonoma degli atti di irrogazione delle sanzioni rispetto all'esclusione dalla gara pur se derivanti da uno stesso presupposto (l'omessa tempestiva dimostrazione del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara).

A tal riguardo il Consiglio di Stato ha recentemente affermato: "da un lato balza evidente che da un medesimo presupposto derivano tre conseguenze parallele ed autonome, nei loro contenuti, l'una dall'altra, e cioè l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità: di qui l'ulteriore corollario che la mancata impugnazione dell'atto di esclusione vale soltanto a rendere definitiva l'esclusione dalla gara della società interessata, senza che a questa sia precluso il diritto di contestare l'incameramento o di far valere le proprie ragioni innanzi all'Autorità" (C.S., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2482, Cons. Stato, VI Sez., 18 maggio 2001 n. 2780).

Alla luce dell'orientamento del Consiglio di Stato devono essere disattese le eccezioni preliminari di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso.

La difesa comunale, peraltro, eccepisce l'inammissibilità del ricorso anche per difetto di notifica all'impresa aggiudicataria. Tale eccezione è infondata. Invero, non si vede quale pregiudizio potrebbe subire la aggiudicataria dall'impugnazione odierna che, è bene ricordarlo, non si rivolge contro l'esclusione dalla gara ma soltanto avverso l'atto applicativo delle sanzioni. Ne consegue che non rivestendo l'aggiudicataria la posizione di controinteressata il ricorso non doveva alla stessa essere notificato.

Nel merito il ricorso è fondato con riferimento al primo motivo di ricorso.

Va, infatti, rilevata l'idoneità del certificato 17 gennaio 2001 a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Il bando, infatti, richiedeva l'esecuzione di lavori appartenenti alla categoria prevalente oggetto dell'appalto di importo non inferiore al 40% di quello da affidare. Nella specie, pertanto, posto che l'importo a base d'asta era fissato in €. 195.522,00 l'impresa avrebbe dovuto comprovare di avere effettuato lavori di categoria OS 24 per un importo pari a €.78.208,80. Orbene dal certificato prodotto dalla ricorrente e rilasciato dalla stessa Amministrazione appaltante risulta inequivocabilmente che la Ditta **** Costruzioni s.r.l. ha eseguito lavori di manutenzione del verde

pubblico per un importo pari a €. 88.720, 35 pari al 6% dell'importo complessivo annuo di £. 954.369.750 moltiplicato per i tre anni di durata del contratto. Inoltre dall'esame del certificato si evince come i lavori riguardassero esplicitamente nella citata percentuale la manutenzione del verde pubblico.

Da qui l'idoneità della documentazione prodotta e la conseguente illegittimità del provvedimento impugnato, che deve essere annullato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.-----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 13 giugno 2003, Depositata in Segreteria addì 11.7.03

Il Segretario A.Nalbone