

Sorteggio dei requisiti di ordine speciale: la legge non richiede il mendacio doloso in quanto non ha importanza l'elemento psicologico dell'inadempimento

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5324 del 14 settembre 2006, ancora in tema di sorteggio dei requisiti speciali, ci insegna che:

<I lavori scorporabili erano di importo rilevante, pari a circa la metà del valore complessivo dei lavori messi a bando, circostanza che rende impensabile che potessero essere eseguiti senza il possesso dei requisiti occorrenti per la loro esecuzione.

Né la legge richiede il mendacio doloso ; può ammettersi che , nella specie, si sia trattato di un errore di valutazione della ditta concorrente alla gara, ma ciò è irrilevante circa l'esclusione: infatti C. Stato, sez. V, 08-05-2002, n. 2482 ha ritenuto che l'art. 10, 1° comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, in tema di appalti di lavori pubblici, non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), con la conseguenza che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'autorità conseguono automaticamente una volta scaduto il termine in essa indicato (dieci giorni richiesti dalla norma per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa).>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4812/2001 proposto dall'ISTITUTO UNIVERSITARIO NAVALE, rappresentato e difeso dall'Avv. Gherardo Marone con domicilio eletto in Roma, viale Angelico n. 38, presso studio Napolitano;

contro

l'IMPRESA **, rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Abbamonte con domicilio eletto in Roma via degli Avignonesi n. 5;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sede di Napoli Sez. I n. 1361/2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Impresa **;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 4 aprile 2006 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro. Uditi, altresì, l'avv. Marone e l'avv. Tedeschini per delega dell'avv. Andrea Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

L'Istituto Universitario Navale indiceva un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di adeguamento alla normativa antincendio (per un importo a base d'asta di lire 2.090.589.722) della sede di Via Acton.

Le lavorazioni erano così suddivise : categoria prevalente OG11 (impianti tecnologici); categorie scorporabili: OS4 (impianti elettromeccanici trasportatori) per lire 314.128.780 e OS8 (barriere al fuoco e finiture di opere generali di natura tecnica) per lire 654.344.988.

Trattandosi di lavorazioni di particolare contenuto tecnologico il bando precisava che le categorie scorporabili OS4 e OS8 non erano subappaltabili e ciò ai sensi dei richiamati articoli 73 e 74 del d.p.r. n. 554 del 1999 e dell'art. 13, comma 7, della legge n. 109 del 1994 che testualmente prescrive. "qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino oltre ai

lavori prevalenti opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali e qualora ciascuna di tali opere superi altresì il valore del 15 per cento dell'importo totale dei lavori, esse non possono essere affidate in subappalto e sono eseguite esclusivamente dai soggetti affidatari. In tali casi, i soggetti che non siano in grado di realizzare le predette componenti sono tenuti a costituire, ai sensi del presente articolo, associazioni temporanee di tipo verticale.”

Il disciplinare di gara precisava poi che i concorrenti non in possesso dell'attestato SOA dovevano dichiarare di possedere i requisiti di cui all'art. 31, comma 1, lettere a), b), c), e d) del d.p.r. n. 34 del 2000 e cioè, per quanto qui interessa, di aver eseguito nel quinquennio antecedente alla gara “lavori appartenenti alla categoria prevalente di importo non inferiore al 40% di quello da affidare”.

Il medesimo disciplinare prescriveva inoltre che le imprese concorrenti dovessero indicare le lavorazioni (appartenenti alla categoria prevalente) che intendevano affidare in subappalto.

La Commissione di gara, nella seduta del 28 dicembre 2000, verificava la regolarità formale della documentazione presentata dalle ditte concorrenti ed escludeva, tra le altre l'ATI *** – Costruzioni, in quanto priva dei requisiti richiesti per le lavorazioni OS4 e OS8 e la ditta ** per avere dichiarato di voler subappaltare lavori rientranti nelle categorie OS4 e OS8.

La ditta **, che all'atto di partecipazione alla gara aveva dichiarato di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 31 d.p.r. n. 34 del 2000 e di voler subappaltare, in caso di aggiudicazione, i lavori di scavo e di cablaggio elettrico, veniva ammessa alla gara e poi invitata a provare il possesso dei requisiti finanziari e tecnico-organizzativi a seguito del sorteggio di cui all'art. 10 comma 1 quater della legge n. 109/1994.

Nella seduta del 11 gennaio 2001, la Commissione di gara, verificata l'assenza dei certificati di esecuzione di lavori per le categorie OS4 e OS8 da parte della ditta **, la escludeva dalla gara e, successivamente procedeva all'escussione della cauzione ed alla denuncia del fatto all'Autorità per i lavori pubblici.

Avvero tali provvedimenti – limitatamente alla comminatoria delle sanzioni la ditta ** adiva il Tar Campania che, con la sentenza impugnata, accoglieva in parte il ricorso, annullando i provvedimenti dell'amministrazione in quanto la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere sin dall'inizio la ditta **, che non poteva considerarsi responsabile di alcun mendacio.

Il Tar rigettava la domanda risarcitoria.

Appella l'Istituto Universitario navale.

Resiste l'originaria ricorrente.

DIRITTO

L'appello è fondato.

La condotta della stazione appaltante non è affetta da vizi di legittimità.

In particolare dal raffronto delle dichiarazioni di partecipazione alla gara della ditta ** e delle ditte * e **, riunite in ATI, risulta che queste ultime, avendo dichiarato in modo puntuale le qualificazioni possedute da ciascuna, avevano evidenziato, sin dall'inizio, avendo scelto di concorrere in ATI, di non possedere la qualificazione richiesta per eseguire i lavori scorporabili.

La ditta **** invece veniva esclusa per aver dichiarato di voler subappaltare categorie scorporabili, quindi per un motivo di evidente contrasto dell'offerta con le disposizioni di legge che vietano il subappalto dei lavori scorporabili.

La ditta **, non concorrente in ATI, ha reso una dichiarazione unica di tono più generico che non permetteva di concludere in alcun modo con certezza circa il mancato possesso del requisito di capacità tecnica richiesto per eseguire i lavori scorporabili ed ha dichiarato di voler subappaltare lavori non scorporabili con ciò lasciando intendere di voler eseguire direttamente le lavorazioni scorporabili.

Ne consegue che l'amministrazione non era nella condizione di escludere la ditta **, non essendo la sua domanda prima facie inammissibile.

La dichiarazione della ditta ** di aver eseguito lavori della categoria OG11 per un importo di lire 853489087 è stata resa successivamente a seguito dell'invito a comprovare i requisiti formulato ai sensi dell'art. 10 comma 1 quater dalla stazione appaltante.

Né può dirsi che la ditta ** non fosse in grado di comprendere la necessità di possedere i requisiti di capacità tecnica anche per i lavori scorporabili, che non sono subappaltabili ai sensi dell'art. 13 , comma 7 della legge n. 109 del 1990, ma sono tuttavia eseguibili o mediante costituzione di un'apposita ATI verticale o in via diretta , sempre che la ditta partecipante alla gara possedga le relative capacità tecniche .

I lavori scorporabili erano di importo rilevante, pari a circa la metà del valore complessivo dei lavori messi a bando, circostanza che rende impensabile che potessero essere eseguiti senza il possesso dei requisiti occorrenti per la loro esecuzione.

Né la legge richiede il mendacio doloso ; può ammettersi che , nella specie, si sia trattato di un errore di valutazione della ditta concorrente alla gara, ma ciò è irrilevante circa l'esclusione: infatti C. Stato, sez. V, 08-05-2002, n. 2482 ha ritenuto che l'art. 10, 1° comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, in tema di appalti di lavori pubblici, non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), con la conseguenza che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'autorità conseguono automaticamente una volta scaduto il termine in essa indicato (dieci giorni richiesti dalla norma per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa).

Ne consegue la legittimità della condotta dell'amministrazione ed, in riforma della sentenza impugnata , il rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese possono essere compensate per le alterne vicende della lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 4 aprile 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI -
DEPOSITATA IN SEGRETERIA il.....14/09/2006.....