

Sorteggio dei requisiti di ordine speciale di cui all'articolo 48 del codice dei contratti: deve essere considerata nulla l'annotazione (e quindi anche la conseguente escussione della garanzia provvisoria) al Casellario informatico disposta dall' Authority sulla base di una segnalazione inviata da una Stazione Appaltante che però non ha provveduto ad escludere l'impresa dalla procedura ad evidenza pubblica a seguito di una violazione definitivamente accertata rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, così come attestato dalla certificazione Agenzia delle Entrate ?

Nel merito risulta fondata la doglianza con cui è stata contestata la legittimità della gravata annotazione in quanto assunta sulla base della comunicazione della stazione appaltante ed in assenza della previa adozione da parte di quest'ultima di un provvedimento di esclusione. _Al riguardo è sufficiente richiamare l'art.48 del D.lgvo n.163/2006, il cui primo comma 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, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento"_In tale contesto, quindi, nella fattispecie in esame è palese l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante e di riflesso della resistente Autorità, atteso che è stata effettuata la contestata annotazione in assenza della previa adozione di un provvedimento di esclusione, che nella dinamica procedimentale di cui alla richiamata disposizione ne costituisce un presupposto essenziale..

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 2773 dell' 1 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

< In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione con cui le resistenti amministrazioni hanno prospettato l'improcedibilità del proposto gravame atteso che, come si evince dalla nota del 21 gennaio 2008 dell'intimata Autorità, versata agli atti, la suddetta Autorità ha provveduto alla cancellazione della contestata annotazione..

La sollevata eccezione non è suscettibile di favorevole esame in quanto la cancellazione ha efficacia ex nunc, e quindi in relazione al periodo antecedente la data in cui è stata effettuata, ben può ritenersi sussistente un interesse in capo all'odierna ricorrente ad ottenerne l'annullamento.

Nel merito risulta fondata la doglianza con cui è stata contestata la legittimità della gravata annotazione in quanto assunta sulla base della comunicazione della stazione appaltante ed in assenza della previa adozione da parte di quest'ultima di un provvedimento di esclusione.

Al riguardo è sufficiente richiamare l'art.48 del D.lgvo n.163/2006, il cui primo comma 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, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”

In tale contesto, quindi, nella fattispecie in esame è palese l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante e di riflesso della resistente Autorità, atteso che è stata effettuata la contestata annotazione in assenza della previa adozione di un provvedimento di esclusione, che nella dinamica procedimentale di cui alla richiamata disposizione ne costituisce un presupposto essenziale.

Ciò premesso, il proposto gravame va accolto con assorbimento dell'altra doglianza dedotta.>

A cura di Sonia Lazzini

Si legga anche

Qual è la corretta interpretazione del secondo comma dell'articolo 48 del codice dei contratti? E' legittimo affermare che soltanto se tutti e due le imprese, prima e seconda, non sono in grado di dimostrare il reale possesso dei requisiti, allora la Stazione Appaltante deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione?.

L'art. 48 del Codice dei Contratti pubblici prevede il controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando, in due distinte occasioni. Una prima verifica è effettuata a campione sul 10% dei concorrenti, scelti con sorteggio, prima dell'apertura delle buste delle offerte (comma 1). Il secondo controllo avviene dopo la conclusione della gara e riguarda soltanto l'aggiudicatario e il secondo classificato (comma 2). Se, in esito a questo controllo, l'offerta dell'aggiudicatario viene eliminata, l'aggiudicazione spetta al soggetto che segue immediatamente in graduatoria, e solo se anche quest'ultimo non dovesse comprovare il possesso dei requisiti dichiarati in gara si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione. Pertanto la stazione appaltante è tenuta a rideterminare la soglia di anomalia solo quando entrambi i concorrenti (cui è rivolta la richiesta di cui al comma 2 del citato art. 48) siano risultati sprovvisti di tali requisiti; mentre, qualora la carenza emersa sia limitata ad una sola delle imprese, e in specie alla aggiudicataria, il contratto spetta al concorrente che segue in graduatoria

Merita di segnalare la sentenza numero 44 del 16 gennaio 2008 emessa dal Tar Piemonte in tema di applicazione dell'articolo 48 del Codice dei Contratti, per il quale solo in caso sia il primo che il secondo non siano in grado di dimostrare il reale possesso dei requisiti di ordine speciale, la Stazione Appaltante deve rideterminare la soglia di anomalia e predisporre una nuova aggiudicazione (non basta quindi che il primo classificato non dimostri quanto richiesto) :

< Tale interpretazione della disposizione in esame, che appare la più corretta sia sotto il profilo letterale sia sotto il profilo della semplificazione e del non aggravamento del procedimento di gara, è stata recentemente avallata dal Consiglio di Stato con argomentazioni che il Collegio ritiene pienamente condivisibili, osservando come sia “decisivo il dato testuale della norma, che adopera la forma plurale, nel senso che “si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione” quando l'aggiudicatario provvisorio e il concorrente che segue in graduatoria “non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni”. Infatti, tra più

possibili interpretazioni di una norma, si deve seguire quella più conforme al suo dato letterale. Il legislatore ha distinto due fasi procedurali:

- *la prima è caratterizzata dalla verifica 'a campione' del possesso dei requisiti ed è finalizzata alla identificazione dell'aggiudicatario provvisorio;*
- *la seconda riguarda la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che segue in graduatoria e comporta l'attivazione di un eventuale subprocedimento (volto alla determinazione della nuova soglia di anomalia), caratterizzato dalla compresenza degli atti sanzionatori (che presuppongono distinti comportamenti imputabili sia all'aggiudicatario provvisorio che al concorrente che segue in graduatoria) e della determinazione della nuova soglia di anomalia.*

In tale seconda fase, anche per il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, non può ammettersi - per di più in difetto di una norma espressa - che il comportamento del concorrente che segue in graduatoria possa incidere sulla sfera giuridica dell'aggiudicatario provvisorio (specie in considerazione del fatto che, a seguito della avvenuta conoscenza del contenuto delle offerte, la scelta del medesimo concorrente andrebbe a beneficiare un altro, che avrebbe così tutto l'interesse a sollecitare la mancata prova della sussistenza dei requisiti, con una negativa incidenza sul principio del giusto procedimento, di per sé non evitabile unicamente con la possibilità di irrogare la sanzione nei confronti del concorrente secondo graduato).>

Di conseguenza:

< Nel caso di specie - come risulta dalla esposizione in fatto - il dirigente del settore contratti della Provincia di Cuneo, preso atto della rinuncia della aggiudicataria provvisoria, intervenuta dopo la richiesta di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, invece di procedere all'affidamento del contratto "al concorrente che segue in graduatoria" (art. 48, comma 2, del Codice dei contratti pubblici), cioè all'impresa ricorrente, determinava una nuova soglia di anomalia, ed aggiudicava definitivamente l'appalto alla ditta CHLATELLINO MAGGIORINO e FIGLIO S.r.l.. Applicando i principi sopra enunciati, la decisione deve conseguentemente ritenersi illegittima.

3. - La riconosciuta fondatezza della censura esaminata, pienamente soddisfatta delle pretese della società ricorrente, consente di ritenere assorbiti gli altri motivi del ricorso.>

Ed inoltre

Legittimata la possibilità da parte della Stazione appaltante di ritirare, in regime di autotutela, l'atto di escussione della garanzia provvisoria, automaticamente viene altresì ad essere privo di alcun valore, l'atto di segnalazione all'Autorità dei lavori pubblici.

I giudici amministrativi siciliani risultano ancora una volta impegnati per una controversia relativa alla dimostrazione dei requisiti di ordine speciale richiesti dalla Legge Merloni.

Con la sentenza numero 1003 del 6 luglio 2001, il Tar della Sicilia, Sezione Seconda di Palermo, esprime un importante parere che prende spunto da un ricorso presentato da un ditta che, sorteggiata per la verifica dei requisiti di capacità economica e finanziaria, viene esclusa dalla gara sia per il volume d'affari documentato risultato inferiore a quello dichiarato sia per la mancanza di dichiarazione di consistenza dell'organico.

Oltre all'esclusione dalla procedura, nella nota a firma del presidente della gara, viene predisposta l'escussione della garanzia provvisoria nonché la denuncia all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (incorrendo quindi a fattispecie prevista dall'art. 10, comma 1 quater, della legge 109/94 s.m.i.).

Avviene che, nelle more del giudizio, come espressione di autotutela, la stazione appaltante, nella persona del presidente della gara, dispone la revoca dell'impugnato provvedimento di escussione della cauzione.

Poiché i due procedimenti (quello di escussione della garanzia e quello di segnalazione all'Autorità centrale) previsti dalla normativa in oggetto, risultano essere attivati sulla base dei medesimi presupposti giuridici e di fatto, i giudici amministrativi decretano che, una volta ritirato il provvedimento di escussione della cauzione, è da ritenere che la stazione appaltante debba ritirare anche la connessa segnalazione fatta all'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici, facendo quindi venir meno l'interesse della ricorrente al proseguimento della causa in oggetto.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2773 dell' 1 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE DEL LAZIO

N. RS
Anno 2008

N. 9615 RGR
Anno 2007

-SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.9615 del 2007 proposto dalla srl **Impresa Ingegner Alberto ALFA**, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Tagliatela e Flavio Bindi presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Viale Castrense n.7;

CONTRO

a) l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

b) l'Agenzia delle Entrate di Perugia, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, sono domiciliate;

c) il comune di Castiglione del Lago, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

1) dell'annotazione nel casellario informatico della segnalazione con cui il Comune di Castiglione del Lago ha comunicato che in sede di verifica del possesso in capo alla società ricorrente dei requisiti per la partecipazione alla gara di appalto relativa ai lavori di realizzazione intersezione viaria tra la S.S. 72 e Via F.lli Rosselli è risultato che ricorrevano gli estremi previsti da norme di legge e di regolamenti che disciplinavano l'esclusione delle imprese che hanno commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse;

2) di tutti gli atti presupposti, e in particolare la citata comunicazione dell'amministrazione comunale nonché la certificazione prot. 18856 del 16/2/2007 dell'Agenzia delle Entrate di Perugia che attestava l'esistenza di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata Autorità e dell'Agenzia delle Entrate di Perugia;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con il proposto gravame la srl Impresa Ingegnere Alberto ALFA ha impugnato l'annotazione nel casellario informatico, disposta dalla resistente autorità sulla base della segnalazione inviata dal Comune di Castiglione del Lago, in cui è stato fatto presente che in sede di accertamenti dei requisiti in capo alla società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla citata amministrazione comunale per l'affidamento dei lavori di realizzazione dell'intersezione viaria tra la S.S. 72 e Via F.lli Rosselli classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria, è risultata a carico della stessa una violazione definitivamente accertata rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, così come attestato dalla certificazione prot. 18856 del 16/2/2007 dell'Agenzia delle Entrate di Perugia.

Il ricorso è affidato al seguente ed articolato motivo di doglianza:

Violazione e falsa applicazione degli artt.38 e 48 del D.lgvo n.163/2006 e della determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici del 6 maggio 2003, nonché dell'art.27 DPR 25.01..2000 n.34. Eccesso di potere manifesto per assenza dei

presupposti e difetto di istruttoria. Infondatezza e manifesta violazione del giusto procedimento.

Si sono costituite sia l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture sia l'Agenzia delle Entrate di Perugia prospettando l'improcedibilità del proposto gravame e contestando nel merito la fondatezza delle dedotte doglianze.

Alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame la srl Impresa Ingegner Alberto ALFA ha impugnato l'annotazione nel casellario informatico, disposta dalla resistente autorità sulla base della segnalazione inviata dal Comune di Castiglione del Lago, in cui è stato fatto presente che in sede di accertamenti dei requisiti in capo alla società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla citata amministrazione comunale per l'affidamento dei lavori di realizzazione dell'intersezione viaria tra la S.S. 72 e Via F.lli Rosselli classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria, è risultata a carico della stessa una violazione definitivamente accertata rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, così come attestato dalla certificazione prot. 18856 del 16/2/2007 dell'Agenzia delle Entrate di Perugia.

In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione con cui le resistenti amministrazioni hanno prospettato l'improcedibilità del proposto gravame atteso che, come si evince dalla nota del 21

gennaio 2008 dell'intimata Autorità, versata agli atti, la suddetta Autorità ha provveduto alla cancellazione della contestata annotazione..

La sollevata eccezione non è suscettibile di favorevole esame in quanto la cancellazione ha efficacia ex nunc, e quindi in relazione al periodo antecedente la data in cui è stata effettuata, ben può ritenersi sussistente un interesse in capo all'odierna ricorrente ad ottenerne l'annullamento.

Nel merito risulta fondata la doglianza con cui è stata contestata la legittimità della gravata annotazione in quanto assunta sulla base della comunicazione della stazione appaltante ed in assenza della previa adozione da parte di quest'ultima di un provvedimento di esclusione.

Al riguardo è sufficiente richiamare l'art.48 del D.lgvo n.163/2006, il cui primo comma 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, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione

provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”

In tale contesto, quindi, nella fattispecie in esame è palese l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante e di riflesso della resistente Autorità, atteso che è stata effettuata la contestata annotazione in assenza della previa adozione di un provvedimento di esclusione, che nella dinamica procedimentale di cui alla richiamata disposizione ne costituisce un presupposto essenziale.

Ciò premesso, il proposto gravame v'è accolto con assorbimento dell'altra doglianza dedotta.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.9615 del 2007, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, annulla la contestata annotazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 marzo 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con

l'intervento dei signori giudici:

Dr. Stefano BACCARINI	- Presidente
Dr. Giuseppe SAPONE	- Consigliere, estensore
Dr. Alessandro TOMASSETTI	- Consigliere
IL PRESIDENTE	IL GIUDICE ESTENSORE