

Consiglio di Stato

Sentenza n. 1227 del 2003.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Reg.Dec.

N. 3480 Reg.Ric.

ANNO 2002

Disp. Vo N. 500/2002

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Euro Ambiente Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Vaiana e Fabrizio Genco ed elettivamente domiciliata in Roma via Flaminia n. 79 (presso lo studio dell'avv. Maria Stefania Masini);

contro

l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in persona del suo legale rappresentante pro tempore, non costituitosi; per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio- Roma

- Sezione III - n.9454 del 2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato ;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 3/12/2002 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro;

Uditi, altresì, l'avv. Masini per delega dell'avv. Vaiana e l'avv. Genco;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 27 e 28 marzo 2001 la società Euro Ambiente Costruzioni a r.l., premesso di essere aggiudicataria di gara indetta dal Comune di Bagheria per l'esecuzione di lavori e di avere stipulato il relativo contratto poi rescisso per aver ella prodotto una dichiarazione di iscrizione all'ANC, ctg. G/6 per l. 750.000.000 a fronte dell'effettiva iscrizione per l. 300.000.000, ha impugnato la decisione 15 /11/2000 n. 250/00 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con cui le è stata comminata la sanzione pecuniaria di l. 55.000.000 ex artt. 4 co.7 e 10 co. 1 quater, della legge n. 109/1994 , per aver esibito un certificato d'iscrizione all'ANC recante un importo difforme dall'estratto inviato dal Provveditorato Generale delle opere pubbliche.

A sostegno dell'impugnativa ha dedotto :

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 8, 10 della legge 11/2/1994 n. 109, incompetenza.

L'irrogata sanzione non è riferibile alle norme richiamate, che difatti riguardano la fase antecedente all'aggiudicazione o soggetti diversi dai partecipanti, sicché non sono applicabili alla fattispecie, in cui era già stipulato il contratto, poi rescisso.

Del resto il richiamo all'art. 4, co., 7 operato dall'art. 10, co.1 quater, conferma che i provvedimenti dell'Autorità sono diretti a sanzionare i soggetti che senza giustificato motivo non forniscano gli elementi richiesti , mentre i concorrenti sono soggetti alla sanzione della sospensione della partecipazione a procedure di affidamento dei lavori, irrogabile non dell'Autorità, ma del Comitato centrale dell'ANC (a cui appunto, nella specie, il Comune di Bagheria ha inoltrato nota di denuncia) e, dopo il 1 gennaio 2000. dalle stesse stazioni appaltanti.

2) Eccesso di potere per difetto di motivazione e travisamento dei fatti.

Non è stato dato conto del percorso logico-giuridico seguito, specie ai fini della quantificazione della sanzione in relazione alla responsabilità dell'impresa; in particolare, non è stata valutata appieno la circostanza "attenuante" del possesso del requisito, giacché il Comitato Centrale dell'ANC ha disposto la modifica dell'iscrizione per la ctg G/6 da l. 300.000.000 a l. 750.000.000 come risulta dalla nota prot. 8141 del Ministero dei lavori pubblici - Provveditorato opere pubbliche per la Sicilia, inoltrata alla ricorrente in data 6/6/2000.

Nell'interesse dell'Amministrazione intimata l'Avvocatura dello Stato si è costituita in giudizio ed ha depositato una relazione dell'Autorità in cui eccepita l'irricevibilità del ricorso, se ne contesta l'infondatezza nel merito.

Il Tar ha respinto il ricorso.

Con l'appello l'Euro Ambiente ha riproposto le censure già dedotte in primo grado.

DIRITTO

1. L'appello merita il rigetto.

2. In primo luogo deve essere rilevata la tempestività del ricorso di primo grado.

2.1. Il disposto dell'art. 4 comma 7 della legge n. 109/1994 è superato, implicitamente, dall'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dalla legge n. 205/2000, che, al comma 1 lett. d), include nei giudizi soggetti alle disposizioni del rito speciale (o abbreviato), quelli aventi ad oggetto i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, prevedendo la riduzione a metà di tutti i termini processuali tranne di quelli per la proposizione del ricorso.

2.2. Nel merito dell'appello va rilevato che l'art. 10 della legge Merloni (introdotto nella versione c.d. Merloni ter di cui alla legge 18 novembre 1998 n. 415) disciplina i soggetti ammessi alle gare prevedendo nella prima parte i soggetti ammessi e poi al comma 1 quater prevedendo il sistema della verifica a sorteggio, prima dell'apertura delle buste delle offerte, dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico finanziaria. La verifica negativa è seguita dall'esclusione dalla gara, dall'incameramento della cauzione e dalla segnalazione del fatto all'Autorità per i lavori pubblici per i provvedimenti di cui all'art. 4 comma 7 nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 8 comma 7. Identica richiesta di verifica dei requisiti è inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati. In caso di verifica negativa si applicano le medesime sanzioni e si procede alla nuova aggiudicazione, previa rideterminazione della soglia di anomalia dell'offerta.

2.3. Conviene riportare per intero il dettato dell'art. 10, comma 1 quater della legge Merloni:

"1 - quater . I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, 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 10 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."

2.4 L'art. 4 comma 7 della legge Merloni prevede l'irrogazione della sanzione del pagamento di una somma fino al l. 50 milioni per il caso di rifiuto od omissione senza giustificato di fornire informazioni ed esibire i documenti da parte di soggetti che ne siano richiesti dall'Autorità, ovvero l'irrogazione della sanzione del pagamento di una somma fino a l. 100 milioni per il caso in cui vengano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri. L'art. 8 comma 7 della legge Merloni prevede la sanzione (che non interessa nella specie essendo demandata ad un diverso procedimento di competenza di diverso soggetto) della sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori , sanzione che, fino al 31/12/1999, veniva irrogata dal Comitato centrale dell'ANC e, successivamente, viene irrogata dalle stazioni appaltanti.

2.5. L'appello sostiene, al primo motivo, che l'art. 10 quater è norma attinente una fase antecedente l'aggiudicazione, mentre l'art. 4 comma 7 della stessa legge Merloni riguarda i soggetti di cui al comma dello stesso articolo 4 ossia soggetti diversi dalle imprese partecipanti sicché l'irrogazione della sanzione pecuniaria sarebbe il frutto di una forzata estensione analogica del dettato normativo ad ipotesi e fattispecie del tutto differenti .

2.6. L'assunto del primo motivo di appello è infondato.

2.7. L'art. 10 comma 1 quater non si limita a disciplinare il controllo a campione nella fase antecedente l'aggiudicazione della gara, ma prevede un controllo mirato, successivo all'aggiudicazione, per il caso dell'aggiudicatario non estratto in precedenza.

2.8. Non può condividersi l'interpretazione sostenuta dall'appellante secondo la quale il controllo svolto entro dieci giorni dalla conclusione della gara sia comunque svolto in fase antecedente l'aggiudicazione.

2.9. In proposito basterà richiamare la lettera della norma (in claris non fit interpretatio) secondo la quale la richiesta di documentazione a comprova dei requisiti tecnici ed economico-finanziari va rivolta "all'aggiudicatario o al concorrente che segue in graduatoria" per concludere che il controllo predetto segue l'aggiudicazione perché rivolto nei confronti dell'aggiudicatario ed esitante, in caso di mancato riscontro dei requisiti, in una "nuova aggiudicazione".

2.10 Né la stipula del contratto può essere di ostacolo all'esperimento del controllo, poiché si tratta dell'esercizio di poteri pubblicistici di approvazione dell'attività negoziale, che possono intervenire anche ex post rispetto alla stipula, e che sono suscettibili di travolgerla.

2.11 Quanto poi alla circostanza per cui non sarebbe applicabile l'art. 4 comma 7 in quanto norma riferibile solo a soggetti estranei rispetto ai partecipanti alla gara, va rilevato che il richiamo della norma di cui all'art. 4 comma 7 della legge Merloni, operato dall'art. 10 comma 1 quater prima citato, è un richiamo fatto quoad poenam , sicché il precetto violato è quello dell'obbligo di fornire alla stazione appaltante prova del possesso dei requisiti di ammissione alla gara dichiarati, non quello, generico, dell'obbligo di fornire informazioni all'autorità, in tal senso, come è usuale

dovendosi interpretare il rinvio alla norma sanzionatoria, senza che ciò comporti violazione alcuna del principio di legalità della sanzione (applicabile anche in materia di sanzioni amministrative).

3. Con il secondo motivo di appello si sostiene l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio per eccesso di potere e travisamento dei fatti, non essendosi dall'Autorità tenuto conto che l'impresa Euro Ambiente Costruzioni s.r.l. al momento della partecipazione alla gara era in possesso del requisito, per avere ottenuto, a seguito di apposita istanza inoltrata al Comitato Centrale dell'ANC la modifica dell'iscrizione per la categoria G6 da lire 300.000.000 a lire 750.000.000, come risulta dalla nota di comunicazione prot. n. 8141 che il Ministero dei Lavori pubblici-Provveditorato alle opere pubbliche per la Sicilia di Palermo ha inoltrato in data 6/6/2000 all'impresa appellante.

3.1. Dunque la pretesa falsità della dichiarazione sarebbe consistita in un mero fatto materiale, risultando esistente la sostanza del requisito richiesto, non ancora formalizzato dalla immissione in banca dati. Tale circostanza si sarebbe dovuta valorizzare quantomeno al fine di attenuare la sanzione irrogata.

3.2. In proposito si deve ricordare che il requisito soggettivo dell'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, che legittima la partecipazione agli appalti di lavori pubblici, si acquista con il provvedimento di iscrizione rilasciato dal comitato centrale per l'albo dei costruttori e non al momento del rilascio del parere favorevole da parte del competente comitato regionale (C. Stato, sez. V, 13-06-1998, n. 830 nella specie vi è prova di tale parere favorevole all'atto della partecipazione alla gara, ma non della definitività dell'iscrizione cfr.. nota 6/6/2000).E' pacifico quindi che la dichiarazione rilasciata in ordine al possesso dei requisiti rilasciata all'atto della partecipazione alla gara non è riscontrata dall'effettiva iscrizione per categoria superiore, essendo in corso la formalizzazione all'atto della partecipazione alla gara. Si deve inoltre rilevare che sarebbe stato trasmesso con nota prot. 2510 del 24/1/200 un certificato ANC in copia conforme autenticato e risultato non veritiero (cfr. lettera del 21/3/2000 della Città di Bagheria al Ministero dei Lavori Pubblici); certificato sul quale l'appello non formula alcuna deduzione specifica. In punto di proporzionalità della sanzione, giova rilevare che, trattandosi di informazioni non veridiche sarebbe applicabile la sanzione fino a l. 100 milioni, applicata in misura equilibrata perché di poco superiore a quella prevista per il caso meno grave del mancato riscontro alla richiesta della stazione appaltante.

4. Ne consegue il rigetto dell'appello.

5. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 3/12/2002 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni RUOPPOLO Presidente

Sergio SANTORO Consigliere

Carmine VOLPE Consigliere

Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI Consigliere

Giancarlo MONTEDORO Consigliere Est.

Presidente

Consigliere Segretario