



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3567 del 2001, proposto dalla:
società Ico-Immobiliare Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Barberis, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via Valdagno n. 22;

contro

Comune di Roma (ora Roma Capitale), in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi, elettivamente domiciliato presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

del provvedimento del Sindaco del Comune di Roma (ora Roma Capitale) con il quale la società ICO- Immobiliare Costruzioni s.r.l. è stata esclusa dalle tre procedure di gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria e risistemazione nelle scuole Principe di Piemonte, Badaloni e Cecconi con contestuale applicazione delle sanzioni dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici (ora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici); nonché di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma (ora Roma Capitale);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2013 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ICO- Immobiliare Costruzioni s.r.l. (d'ora in poi soltanto ICO) ha partecipato alle numerose gare (oltre venti) indette dal Comune di Roma nel corso dell'anno 2000 e aventi ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria e di risistemazione di edifici scolastici comunali; tuttavia, per sole tre procedure di gara (concernenti le scuole Badaloni, Principe di Piemonte e Cecconi) la categoria di qualificazione richiesta ai fini della

partecipazione non era la OG1- esecuzione di opere di edilizia civile- bensì la OG2, in quanto edifici soggetti al vincolo di cui alla legge n. 1089 del 1939, qualificazione di cui la società non disponeva; e tuttavia la società ha partecipato anche alle predette ultime tre procedure, dichiarando la propria qualificazione per la sola categoria OG1.

Essendo stata sorteggiata per il controllo di cui all'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109 del 1994, relativamente alle sole due scuole Principe di Piemonte e Badaloni, la società, a seguito della verifica della mancanza della qualificazione richiesta dal bando di gara ai fini della partecipazione, è stata esclusa dall'amministrazione comunale da tutte e tre le gare di cui trattasi con la conseguente applicazione delle sanzioni ivi previste, ossia l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Con il ricorso in trattazione la ICO ha impugnato il provvedimento di cui sopra, non ancora formalmente comunicato, nella sola parte in cui è stata data applicazione alle sanzioni di legge, deducendone l'illegittimità con un unico complesso motivo di censura *per violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 e del d.P.R. n. 34 del 2000 ed eccesso di potere per violazione delle indicazioni di cui alla determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 15 del 2000, per illogicità e per manifesta irragionevolezza.*

La dichiarazione resa dalla ICO in ordine al possesso del requisito di partecipazione relativo alla categoria di qualificazione dei lavori difetterebbe del necessario intento fraudolento, atteso che la stessa ha dichiarato in modo puntuale di essere in possesso della qualificazione per la sola categoria OG1; e la stessa sarebbe incorsa nell'errore in quanto l'amministrazione ha bandito quasi contestualmente numerose procedure di gara aventi il medesimo oggetto e solo per le tre procedure di cui trattasi ha richiesto il possesso del requisito di qualificazione relativo all'OG2, senza indicare peraltro con esattezza la tipologia dei lavori ma utilizzando sempre una definizione tipica delle opere dell'edilizia civile e non evidenziando la presenza di lavori di restauro e di consolidamento.

L'insieme di tutte le circostanze sopra riportate concretizzerebbe la fattispecie dell'errore scusabile che avrebbe dovuto impedire non l'esclusione dalle gare, attesa la effettiva mancanza del requisito di partecipazione, ma l'applicazione delle conseguenti sanzioni e, comunque, l'amministrazione avrebbe in realtà dovuto procedere immediatamente all'esclusione della società dalla gare per l'evidente carenza del requisito di capacità tecnica senza attendere la successiva fase del controllo dei requisiti di cui all'articolo 10, comma 1 *quater*, della l. n. 109 del 1994; e le considerazioni di cui sopra varrebbero ancora di più con riferimento alla procedura di gara relativa ai lavori da effettuare presso la scuola Cecconi, nella quale in realtà la società non era proprio stata sorteggiata ai sensi della norma richiamata, con la conseguente mancanza del presupposto minimo necessario per l'applicazione delle sanzioni conseguenti.

Peraltro, immediatamente dopo il sorteggio, la società avrebbe comunicato all'amministrazione di non essere in possesso del requisito relativo alla categoria OG2, dando atto, altresì, in modo spontaneo, del proprio errore anche relativamente alla procedura di gara relativa alla scuola Cecconi.

Il Comune di Roma (ora Roma Capitale) si è costituito in giudizio in data 3.4.2001, depositando memoria difensiva, con la quale ha dedotto, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, trattandosi di un provvedimento che, per dichiarazione della stessa interessata, non le era stato ancora formalmente comunicato e, nel merito, genericamente la sua infondatezza.

Con l'ordinanza n. 2361/2001 del 5.4.2001, ritenuta la sussistenza del *fumus boni juris*, è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati.

Il Comune di Roma (ora Roma Capitale) si è costituito in giudizio con il patrocinio di un nuovo difensore in data 15.4.2011.

La ricorrente, in vista dell'udienza di trattazione del merito, ha depositato documentazione concernente la vicenda

in data 11.1.2013, e in particolare copia della comunicazione dell'Autorità di vigilanza di cui al prot. n. 69605 del 27.12.2001 avente ad oggetto l'apertura del procedimento sanzionatorio, e memoria conclusiva in data 18.1.2013, con la quale ha più diffusamente argomentato i motivi di censura di cui al ricorso introduttivo e ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Roma Capitale ha depositato memoria conclusiva in data 10.1.2013, con la quale ha insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 6.2.2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

DIRITTO

1- In via preliminare deve essere trattata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di cui alla memoria di costituzione dell'amministrazione comunale in quanto l'oggetto dell'impugnazione consisterebbe in un provvedimento che, per dichiarazione della stessa ricorrente, non le era stato ancora formalmente comunicato alla data di presentazione del ricorso.

L'eccezione è destituita di fondamento atteso che, dalla documentazione in atti, emerge come la ricorrente sia stata esclusa dalla partecipazione alle gare sin dalla data del 28.2.2001 per la scuola Badaloni e Cecconi e dalla data del 13.3.2001 dalla scuola Principe di Piemonte ed è in copia agli atti la determinazione dirigenziale del Segretariato generale del Comune di Roma, con la quale l'amministrazione comunale ha disposto l'incameramento della cauzione per tutte e tre le gare; è, altresì, comprovato in atti che l'amministrazione ha effettivamente provveduto alla comunicazione di legge all'Autorità di vigilanza la quale, conseguentemente, ha dato avvio al relativo procedimento.

Da quanto esposto consegue che, alla data di presentazione del ricorso, notificato in data 14.3.2001 e depositato in data 23.3.2001, pertanto, la ricorrente, dopo avere riscontrato la richiesta di produzione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione di cui alla nota fax del 12.2.2001 con la lettera del 14.2.2001, era già stata formalmente esclusa dalle tre gare interessate.

Né la mera circostanza della mancata comunicazione formale da parte dell'amministrazione dei relativi provvedimenti di applicazione delle sanzioni alla data di presentazione del ricorso costituisce circostanza idonea a determinare la dedotta inammissibilità.

2- In via ulteriormente preliminare deve osservarsi che, con riferimento all'articolo 10 della legge n. 109 del 1994, deve riconoscersi l'autonoma lesività del provvedimento di escussione della cauzione, indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, e ciò in quanto l'interesse ad agire può effettivamente sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non anche avverso il provvedimento di esclusione (cfr. da ultimo, nei termini, T.A.R. Venezia, sez. I, 13 marzo 2009, n. 608).

3- Nel merito il ricorso è fondato per le considerazioni che seguono.

In punto di fatto dall'esame della documentazione in atti emerge che:

- nell'anno 2000 erano state bandite da parte del Comune di Roma prima 12 e poi 9 procedure di gara per la manutenzione straordinaria di edifici scolastici comunali nell'arco di pochi mesi;
- i bandi di gara relativi alle scuole Principe di Piemonte, Badaloni e Cecconi, indicavano nell'oggetto dell'appalto lavori di "*manutenzione straordinaria scuola ...*" e nella categoria prevalente richiesta la "*categoria OG2 ..*"; solo per la scuola Cecconi nell'oggetto è altresì indicato "*ed adeguamento alle normative vigenti dell'edificio comunale...*";
- le dichiarazioni rese dalla ICO ai fini della partecipazione recavano l'indicazione "*l'impresa ICO Immobiliare srl iscritta all'ANC matr. 8289103 categoria OG1 per un importo di L. 9.000.000,00*";

- la ICO è stata effettivamente sorteggiata ai sensi dell'articolo 10, comma 1 *quater*, della l. n. 109 del 1994 esclusivamente per le due procedure di gara aventi ad oggetto i lavori da svolgersi nelle scuole Principe di Piemonte e Cecconi.

Il richiamato articolo 10, rubricato "*Soggetti ammessi alle gare.*", disponeva che "*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. ...*".

Il sorteggio previsto dalla norma è, pertanto, condizione necessaria per procedere all'esclusione dalla gara (nonché all'incameramento della cauzione oltre che alla segnalazione all'Autorità di vigilanza per l'eventuale irrogazione delle ulteriori misure di competenza di questa) del concorrente che risulti incontrovertibilmente non in possesso dei requisiti richiesti, atteso che le predette misure sono espressamente comminate soltanto a carico del concorrente la cui indebita partecipazione alla gara sia stata accertata secondo la procedura di verifica a campione dalla stessa disposizione puntualmente disciplinata.

Affinché le sanzioni possano essere legittimamente irrogate è, dunque, necessario il positivo accertamento, nei modi e nei termini dalla norma prescritti, del fatto dalla stessa punito, restando così esclusa la possibilità di un esercizio del potere sanzionatorio al di fuori dei limiti normativamente stabiliti (cfr. nei termini, Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2512 e sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ne consegue che, quanto alla procedura relativa alla scuola Cecconi, il ricorso è fondato per l'assorbente considerazione, secondo cui le sanzioni di cui trattasi sono state applicate in mancanza del previo sorteggio di cui sopra nonché del relativo conseguente procedimento.

Per quanto attiene, invece, alle sanzioni comminate relativamente alle altre due procedure di gara, il ricorso deve essere accolto sulla base della diversa censura incentrata essenzialmente sull'errore in cui è incorsa la ricorrente nel ritenere sufficiente il possesso anche per le dette procedure del requisito di classificazione OG1 nonché sulla mancanza di un intento fraudolento al riguardo da parte della stessa.

Dall'esposizione in fatto che precede emerge come debba ritenersi che, effettivamente, sussistessero nello specifico elementi, puntualmente indicati, che possono averla indotta in errore in ordine al requisito di partecipazione richiesto dalla *lex specialis* di gara e che, comunque, nel suo operato, non sia rinvenibile un chiaro intento fraudolento, essendosi limitata a dichiarare, in modo chiaro ed espresso, il possesso della qualificazione per la categoria ritenuta necessaria ai fini della partecipazione alle procedure di gara di cui trattasi e avendo provveduto, comunque, a comunicare all'amministrazione, immediatamente dopo al sorteggio e alla conseguente richiesta di comprovare i requisiti, la mancanza di qualificazione per la categoria richiesta dagli atti di gara.

E, infatti, l'articolo 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109 del 1994 (e oggi l'articolo 48 del d.lgs. n. 163 del 2006) deve essere interpretato secondo un criterio logico tenendo conto della circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve; nel caso in cui, pertanto, la dichiarazione sia il frutto di una oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la

partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti.

E, infatti, nel caso in cui l'impresa non abbia dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma abbia solo errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non avrebbe senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara (cfr. nei termini, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 6 marzo 2009, n. 2341).

Il ricorso deve, pertanto, essere accolto siccome fondato nel merito con la conseguenza che i provvedimenti impugnati devono essere annullati siccome illegittimi.

Si ritiene, tuttavia, che, nel caso di specie, considerate le peculiarità della concreta fattispecie in esame, sussistano giustificati motivi per disporre tra le parti costituite la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)