



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 6257/12, proposto da Costruzioni Zinzi S.r.l. e da Aice Consulting S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, assistiti e difesi dagli avv. ti Galli e Paoletti Gualandi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza della Croce Rossa, 2/C;

contro

la Presidenza del consiglio dei ministri, in persona del presidente *pro tempore*,
il Commissario *pro tempore* delegato ex O.P.C.M. 3861/2010 ed ex O.P.C.M. 3995/2012, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge;

per l'annullamento

- del provvedimento 22 giugno 2012, prot. 02057-cd/2012, con cui, in esito alla verifica effettuata ex art. 48, I comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è stata comunicata alla Costruzioni Zinzi S.r.l. relativamente alla procedura aperta per l'affidamento della "progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di ampliamento della casa circondariale di Taranto":

a) la non ammissione del concorrente alla successiva fase di gara; b) l'escussione dalla cauzione provvisoria; c) la conseguente segnalazione della circostanza all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11 e per l'eventuale inserimento di iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 7, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006;

- di tutti gli atti e i verbali di gara relativi al procedimento di verifica;

- del provvedimento 22 febbraio 2012, prot. 00113 - cd/2012, con cui in esito al sorteggio di cui all'art. 48, comma 1, del d.lgs. n.163/2006, è stato richiesto alle imprese odierne ricorrenti di trasmettere la documentazione a comprova dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa dichiarati ai fini della partecipazione alla gara;

- per quanto occorrer possa, dei punti 6.2 lett. k) e 10.3 del disciplinare di gara, nella parte in cui richiedono ai concorrenti, e ai soggetti da questi incaricati della progettazione esecutiva, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica dichiarati nella documentazione amministrativa, nonché dei medesimi atti nella parte in cui sanzionano con l'esclusione la mancata produzione della documentazione che non confermi il possesso dei requisiti indicati nel bando di gara, in quanto in contrasto con l'art. 13, comma 4 del d.lgs. 11 novembre 2011, n. 180 e con l'art., 43, comma 1 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;

- per quanto occorrer possa del punto 10.3 del disciplinare di gara nella parte in cui elenca la documentazione

idonea ai fini della comprova dei requisiti autodichiarati ai fini della partecipazione alla gara;
-del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara e del provvedimento di conseguimento di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, la consegna dei lavori in via d'urgenza e l'eventuale stipula del contratto di appalto, qualora *medio tempore* intervenuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del consiglio dei ministri e del Commissario delegato ex O.P.C.M. 3861/2010;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2013 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con il D.P.C.M. 13 gennaio 2010 è stato dichiarato lo stato di emergenza, conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, e con la successiva O.P.C.M. 19 marzo 2010, n. 3861, sono state emesse le relative disposizioni urgenti di protezione civile.

1.2. È stato così nominato un Commissario delegato, che ha predisposto un Piano d'interventi per la realizzazione di nuove infrastrutture carcerarie, e per la riorganizzazione, l'adeguamento e il potenziamento delle infrastrutture già esistenti; è stato altresì stabilito che lo stesso commissario, nell'espletamento del suo incarico, avrebbe potuto derogare a un'ampia serie di disposizioni.

1.3. Con il bando di gara 19 settembre 2011, è stata quindi avviata, in particolare, la procedura aperta per l'affidamento, secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per l'ampliamento della casa circondariale di Taranto (corrispettivo complessivo di € 10.287.437,98, di cui € 178.245,25 per spese per la progettazione esecutiva).

1.4. Trattandosi appunto di appalto per progettazione e costruzione, il disciplinare di gara ha richiesto ai concorrenti il possesso di attestazione SOA nella categoria OG1, classifica VI, e OG11 classifica IV per attività di progettazione ed esecuzione; peraltro, nel caso di possesso di attestazione di sola costruzione, ovvero di attestazione per progettazione e costruzione di classifica insufficiente, è consentito, ex art. 53, III comma, del d.lgs. 163/2006, d'indicare o associare un progettista, tra quelli indicati all'art. 90, I comma, lett d), e) ed f) f bis), g) e h) del ripetuto d. lgs. 163/06, così come previsto dall'art. 92, VI comma, del d.P.R. 207/2010.

1.5.1. Costruzioni Zinzi S.r.l. ha partecipato alla procedura, indicando Aice Consulting S.r.l. quale soggetto incaricato delle attività di progettazione; sorteggiata dalla stazione appaltante, ex art.48 del d. lgs. 163/2006, con nota 22 febbraio 2012 le è stato appunto richiesto di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando e dal disciplinare della gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

1.5.2. Dopo il deposito della relativa documentazione, il 22 giugno 2012 le è stato però comunicato che non era stata ammessa al prosieguo della gara, "a seguito dell'esame operato dalla Commissione Giudicatrice, sulla documentazione amministrativa a corredo dell'offerta, e sugli esiti degli accertamenti eseguiti sulla veridicità del contenuto delle dichiarazioni rese circa il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del D.lgs. n. 163/2006", poiché non era stato comprovato, "il requisito di cui al punto 5.5 lett. t) del Disciplinare di gara, in

osservanza dell'art. 263, comma 1, lett. a) del D.P.R. 207/2010 e del requisito di cui al punto 5.5 lett. x) del Disciplinare di gara in osservanza dell'art. 263, comma 1, lett. d) del D.P.R. n. 207/2010”.

1.5.3. A conclusione, era inoltre comunicata la decisione di escutere la cauzione provvisoria e segnalare la circostanza all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma II, e per l'eventuale inserimento di iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 7, comma 1, del menzionato d.lgs. 163/2006.

2.1. Compiuto negativamente il tentativo di composizione amministrativa, ex art. 243-bis del d.lgs. 163/06, la Zinzi ha presentato il ricorso in esame, ed il T.A.R., con ordinanza 31 agosto 2012, n.3017, ne ha disposto l'ammissione alla gara con riserva, rilevando, in particolare come dalla motivazione dell'esclusione non fosse possibile comprendere se la carenza fosse riconducibile alla concorrente Zinzi, ovvero alla progettista: dubbio che è stato fugato in corso di giudizio, risultando che a quest'ultimo si riferiva la stazione appaltante.

2.2. La ricorrente non è poi risultata vincitrice, ma conserva interesse all'accoglimento del ricorso, ad evitare il pregiudizio derivante dall'escussione della cauzione e dagli ulteriori provvedimenti prima ricordati.

2.3. Nel giudizio si sono costituiti, concludendo per la reiezione, la Presidenza del consiglio dei ministri, e il Commissario delegato.

3.1. Per il primo motivo di ricorso, la decisione della stazione appaltante di richiedere alle ricorrenti di comprovare i requisiti, dichiarati ai fini della partecipazione, contrasterebbe con il disposto dell'art. 13, III comma, della l. 11 novembre 2011, n. 180.

3.2. Tale legge, il cd. Statuto delle imprese, ha invero introdotto, tra le altre, una serie di previsioni finalizzate a favorire lo sviluppo dell'attività imprenditoriale delle micro, piccole e medie imprese: tra queste rientrano - per il combinato disposto dell'art. 5, I comma, lett. a), della stessa l. 180/11, e dell'art. 2 della raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 124 del 20 maggio 2003 - quelle che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni, oppure il cui totale del bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

3.3. Ebbene, il citato art. 13, IV comma, stabilisce, in termini generali che “La pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”, soggiungendo che, nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno.

3.4. La previsione vieta, quindi, alle stazioni appaltanti di controllare se il concorrente, rientrante nell'ambito soggettivo di applicazione della norma, possieda effettivamente i requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione alla gara, e ciò fino all'esito della stessa, se a quegli favorevole.

3.5. Orbene, in ciò seguendo parte ricorrente, non si vede perché tale norma speciale, evidentemente destinata a esonerare le imprese minori dall'onere economico che la dimostrazione dei requisiti comporta, non dovrebbe applicarsi anche nella fase di verifica, di cui all'art. 48 cit., e non dovrebbe riguardare anche le imprese di progettazione ex art. 53 cit., accumulate alle altre dall'onere economico suddetto.

4.1. Ora, parte ricorrente ha documentato che sia la Zinzi, sia la AICE Consulting, rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione della norma, avendo meno di 250 dipendenti ed un fatturato annuo al di sotto dei 50 milioni di euro.

4.2. Si deve allora riconoscere che la richiesta documentale, cui è seguita l'esclusione dalla procedura, era senz'altro indebita, e ciò costituisce un vizio affatto assorbente.

È irrilevante stabilire se la stazione appaltante abbia correttamente valutato gli elementi trasmessi: non potendo richiederli, essa non aveva, per conseguenza, il potere di apprezzarne il contenuto, né, tanto meno, di escludere conseguentemente dalla gara un partecipante.

5. Il ricorso va pertanto accolto, limitatamente al provvedimento che ha disposto l'esclusione di parte ricorrente dalla procedura di gara.

La relativa novità della questione conduce all'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio addì 10 aprile 2013 con l'intervento dei signori magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Alessandro Tomassetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2013

IL SEGRETARIO

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