

Appalto integrato: in fase di sorteggio se l'impresa si dimentica di allegare anche i documenti relativi al progettista con cui ha fatto un'Ati, sono legittimi (e dovuti) gli atti di esclusione, di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità in caso di inadempimento alla norma di cui all'articolo 48 del codice dei contratti, esiste una presunzione di responsabilità assoluta

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso contro la determinazione con la quale il ministero della difesa ha disposto l'incameramento e l'escussione della cauzione prestata per la partecipazione alla gara d'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento per l'Arsenale militare di La Spezia; può essere invocato l'errore scusabile? c'è possibilità di integrazione postuma?

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, assolve ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione dei requisiti dichiarati. Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto, ogni volta che non risulti allegata e/o depositata la documentazione comprovante la possidenza, in capo all'impresa concorrente ed ai soggetti ad essa associati, dei requisiti dichiarati in gara; produzione documentale che deve avvenire nei termini di legge (10 giorni dalla richiesta). È stato chiarito in giurisprudenza, che in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 10 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 - ora l'art. 48 del D.Lvo n. 163/2006 - non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza conseguono automaticamente una volta scaduto il termine fissato nella legge. Del tutto irrilevante, dunque, la regolarizzazione postuma della documentazione non potendosi ammettere la sanatoria retroattiva di adempimenti soggetti a termini perentori nell'ambito del procedimento di gara ed afferenti, pertanto, a situazioni che, una volta definite, devono considerarsi irretrattabili.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3682 del 6 aprile 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

Ecco il motivo del ricorso

In fatto consta che la ditta ricorrente era stata sorteggiata per la verifica dei requisiti dichiarati. In sede di produzione documentale essa ha, però, dimenticato di allegare anche i documenti relativi al progettista con il quale in ATI aveva partecipato alla gara. A ciò ha provveduto successivamente, scaduti i termini di rito, non appena resasi conto dell'omissione in cui era incorsa.

A motivo del ricorso invoca l'errore scusabile, l'abnormità e gravità della sanzione applicata, l'erronea applicazione del bando di gara, la possidenza dei requisiti richiesti dal bando ancorché tardivamente comprovata.

Ecco il parere del giudice amministrativo

< Il ricorso è infondato.

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, assolve ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione dei requisiti dichiarati (Consiglio Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto, ogni volta che non risulti allegata e/o depositata la documentazione comprovante la possidenza, in capo all'impresa concorrente ed ai soggetti ad essa associati, dei requisiti dichiarati in gara; produzione documentale che deve avvenire nei termini di legge (10 giorni dalla richiesta).

In altre parole, la escussione della cauzione "deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito" (Cons. Stato, Sez. V. 29 aprile 2003, n. 2190), senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua possidenza che sia stata, però, comprovata tardivamente rispetto ai termini legali, ovvero in difformità alle regole della lex specialis, atteso che a fronte di un comportamento dovuto nessun rilievo può assumere il carattere psicologico della violazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 gennaio 2008, n. 184).

E' stato chiarito in giurisprudenza, che in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 10 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 - ora l'art. 48 del D.Lvo n. 163/2006 - non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza conseguono automaticamente una volta scaduto il termine fissato nella legge.

Sotto questo profilo ben può dirsi, indipendentemente da una specifica previsione di bando sul punto, che si è in presenza, nel caso di specie, di una ipotesi di eterointegrazione legale delle regole di bando con norma imperativa.

Del tutto irrilevante, dunque, la regolarizzazione postuma della documentazione non potendosi ammettere la sanatoria retroattiva di adempimenti soggetti a termini perentori nell'ambito del procedimento di gara ed afferenti, pertanto, a situazioni che, una volta definite, devono considerarsi irretrattabili.

Ne consegue, per quanto sopra argomentato, che le impugnate determinazioni sono immuni dai rubricati vizi.>

Si legga anche

Mancata comprova dei requisiti di ordine speciale (fatturato insufficiente): è legittima l'escussione della cauzione provvisoria? qual è la funzione della cauzione provvisoria? l'amministrazione deve tener conto dell'elemento psicologico su cui si basa l'inadempimento?

Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere alla esclusione del concorrente dalla gara ed alla escussione della cauzione provvisoria: quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente; essa rappresenta una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente: da ciò deriva che l'escussione della cauzione è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 184 del 14 gennaio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

Vediamo i fatti:

< Con sentenza n. 7798 del 13 giugno 2002 questo Tribunale, infatti, ha respinto il ricorso proposto dalla ricorrente avverso il provvedimento di esclusione. Tale decisione è stata, poi, confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 2236 del 2007(***) sicché, per un verso, la determinazione di escludere la deducente dalla gara stessa appare legittima e, per l'altro, le doglianze relative ai vizi della disposta esclusione, qui riproposte, si palesano inammissibili in quanto coperte dal giudicato.

2. Rimane, quindi, da esaminare il primo motivo con cui viene censurato, per vizi propri, il provvedimento di incameramento della cauzione.>

I motivi del ricorso

< In proposito, la ricorrente deduce la violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera di invito, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, assumendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare la mancanza del fatturato richiesto per la partecipazione alla gara, trattandosi di errore facilmente riconoscibile e risultante dalla domanda di partecipazione.

A dire della ricorrente, l'erroneità della dichiarazione, consistente nell'aver evidenziato il fatturato globale del triennio anziché il fatturato medio, avendo indicato nella domanda di partecipazione che "l'importo medio del fatturato realizzato per i servizi di pulizia (...) nel triennio 1998/1999/2000 ammonta complessivamente a Lit. 17.283.750.942", è scaturita dalla poca chiarezza del bando; ma tale inesattezza era facilmente riscontrabile dalla Stazione appaltante già nella fase di prequalifica.>

Il giudicato:

< Il Consiglio di Stato, invero, in particolare con riferimento alla circostanza sopra evidenziata, ha rilevato che la ricorrente, da un evento meramente fattuale - vale a dire dall'aver superato positivamente la fase di prequalificazione sulla base della documentazione attestante il possesso dei requisiti richiesti dalle prescrizioni del bando - vuol far discendere effetti sostanziali e, cioè

l'impossibilità di essere esclusa dalla gara in una fase successiva. Ma tale prospettazione non tiene conto del fatto che l'istante, comunque, era priva del requisito del fatturato richiesto, sicché, sebbene tale carenza sia stata accertata in sede di aggiudicazione definitiva, la conclusione non poteva che essere l'esclusione dalla gara e la conseguente escussione della cauzione. Peraltro non può ritenersi che la Stazione appaltante abbia consumato il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti in sede di prequalifica, poiché, prima dell'aggiudicazione definitiva, era prevista, al capo V della lettera di invito, la verifica dei requisiti (cfr. Cons. Stato, sent. n. 2236 del 2007).>

Ed infatti:

< Non può poi trascurarsi che nel caso di specie la lettera di invito, al punto "esito verifiche", prevedeva l'escussione della cauzione in caso di insussistenza anche di uno solo dei requisiti richiesti. Sicché, per concludere, anche se la giurisprudenza citata dalla ricorrente esclude l'applicabilità alle gare aventi ad oggetto la prestazione di servizi delle disposizioni previste in materia di LL.PP., laddove stabiliscono l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria e sanzionano con l'escussione della medesima la mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda, deve osservarsi che tale previsione è espressamente richiamata dalla lettera di invito.>

Ma non solo

< va precisato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogni volta che, non risultando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della lex specialis, alla esclusione dell'impresa dalla procedura. In altre parole, la escussione della cauzione "deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito" , senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua difformità da quanto dichiarato senza, cioè, che possa assumere rilievo il carattere psicologico della violazione, che, peraltro, nel caso di specie, neanche viene in rilievo, atteso che, nella sentenza di questo Tribunale sopra richiamata (pagg. 9 e 10), si afferma esplicitamente che "dagli atti depositati in giudizio ...si evince, mediante semplici operazioni aritmetiche e sulla base delle indicazioni contenute nel bando di gara, che la ricorrente non aveva i requisiti per essere ammessa alla gara medesima, perché il proprio fatturato relativo al triennio 1998/2000 è pari a 1,5 dell'importo posto a base dell'appalto per il lotto n. 3, come in precedenza chiarito. Tale circostanza costituisce un elemento sufficiente per l'esclusione della gara".>

Per una miglior comprensione della fattispecie, si legga la decisione numero 2236(***) del 10 maggio 2007 emessa dal Consiglio di Stato a cui si riferiscono i fatti emarginati:

< REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2236/2007

Reg.Dec.

N. 10122 Reg.Ric.

ANNO 2002

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

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla società La ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Osvaldo Fassari, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dell'avv. Pietro Marsili, via dei Due Macelli, n. 60

contro

la società Ferrovie dello Stato s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Francesco Molè e dall'avv. Paolo Carbone, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 15,

per l'annullamento

della sentenza n. 7798/2002 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III ter, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata;

Vista la memoria prodotta dalla parte resistente a sostegno della propria difesa;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2007, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. Quici per delega dell'avv. Molè e l'avv. Fassari;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante ha impugnato innanzi al TAR Lazio la nota delle Ferrovie dello Stato s.p.a., con la quale le è stata comunicata l'esclusione dalla gara relativa al lotto 3 dell'appalto di servizi di pulizia degli immobili ricadenti nella giurisdizione Business Unit Centro Servizi di Gruppo delle Ferrovie dello Stato s.p.a., deducendo i seguenti vizi:

- la ALFA non poteva essere esclusa dalla gara sul presupposto che l'importo medio del fatturato nel triennio 1998/2000, risultante dai suoi bilanci, non sarebbe stato pari ad 1,5 volte il valore annuo del lotto 3, ai sensi del punto 14 lett. B3 del bando di gara. La ALFA aveva già dichiarato, in sede di richiesta di ammissione alla gara, importi anche minori di quelli verificati successivamente dalla società appaltante, e il requisito, poi risultato mancante, era stato positivamente esaminato al momento della valutazione delle domande di partecipazione, tant'è che la stessa ha partecipato alla gara. Non essendo, quindi, stata esclusa in sede di prequalificazione alla gara, la società non poteva essere esclusa dopo aver partecipato alla gara, a

meno che i requisiti dichiarati in precedenza non fossero stati “conformi a realtà”; il che non è. L'esclusione, inoltre, della ALFA inficia tutta la gara, giacché la sua offerta ha concorso a determinare la soglia di anomalia, sicché in subordine l'intera gara deve essere annullata.

- la motivazione addotta per l'esclusione è “del tutto apparente ed inconferente”, perché la stazione appaltante avrebbe dovuto chiarire il perché del mutamento di interpretazione della clausola del bando in esame, la quale dapprima aveva consentito la partecipazione della ALFA alla gara, e successivamente ha invece comportato la sua esclusione. Il tutto in contrasto con l'affidamento in un esito favorevole della gara.

2.- Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso, escludendo anche l'applicabilità nella specie del provvedimento del 24 luglio 1997 dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, con il quale è stato precisato che l'impresa, qualora non disponga del fatturato minimo necessario per la partecipazione alla gara, può dimostrare in altro modo la propria capacità finanziaria.

3.- Appella la ricorrente, riproponendo le medesime censure di primo grado, con qualche riferimento alle argomentazioni di cui alla sentenza impugnata.

4.- Resiste la appellata, chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

5.- Il ricorso, trattenuto in decisione all'udienza del 13 marzo 2007, è infondato.

La società ALFA, che era risultata prima classificata nella graduatoria delle offerte per il lotto 3 dell'appalto di servizi di pulizia, alla cui gara, indetta dalle Ferrovie dello Stato, aveva partecipato a seguito di verifica positiva dei requisiti previsti dalle prescrizioni del bando (cd. “operazioni di prequalifica”), è stata esclusa dalla Commissione di gara, riunita per l'espletamento delle verifiche prima della aggiudicazione definitiva, perché “l'importo medio del fatturato nel triennio 1998/2000, risultante dai bilanci, non è pari a 1,5 volte il valore annuo del lotto 3 - £ 9.867.540.000-, così come esplicitamente prescritto al punto 14 lettera B3 del bando di gara”.

L'appellante non contesta di essere priva del requisito richiesto a pena di esclusione dalla gara. Essa ritiene che una volta superata positivamente la fase di prequalificazione sulla base di una verifica positiva della documentazione (presentata in tale fase) attestante il possesso dei requisiti richiesti dalle prescrizioni del bando, non poteva essere esclusa dalla gara in una fase successiva (prima della aggiudicazione definitiva), sebbene la stessa fosse risultata priva di un requisito, il cui possesso era richiesto, a pena di esclusione, dalla disciplina di gara, mai contestata.

La tesi appare speciosa, perché pretende di fare derivare effetti sostanziali (possesso di un requisito di cui si è sprovvisti) da una circostanza meramente fattuale, vale a dire dalla circostanza che la verifica della documentazione, presentata unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, si era conclusa (non importano le cause, se per disattenzione ovvero per insufficienza della documentazione) con un esito positivo non corrispondente alla realtà, quanto al possesso del requisito richiesto.

La questione da definire resta, però, una sola ed è relativa al possesso del requisito del fatturato richiesto in capo alla società partecipante, requisito che l'istante non ha neppure tentato di dimostrare di possedere.

D'altra parte, non è vero che la stazione appaltante avesse consumato in sede di prequalifica il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti dal bando, giacché, prima dell'aggiudicazione definitiva, era prevista la verifica dei requisiti di cui al capo V della lettera di invito.

Neppure può convenirsi con l'appellante, la quale sostiene che solo se i requisiti dichiarati non fossero stati conformi alla realtà, la stessa poteva essere esclusa, e che la stazione appaltante avrebbe dovuto chiarire il perché della diversa interpretazione della clausola del bando, che, in sede di prequalifica, aveva consentito la partecipazione alla gara, e poi invece aveva determinato la esclusione.

Ancora una volta l'appellante, piuttosto che dimostrare di possedere il requisito richiesto, al fine di evidenziare l'erroneità del presupposto che ha indotto la stazione appaltante ad escluderla dalla gara, continua a denunciare la presenza di vizi formali che giammai possono superare "la realtà", cioè che la stessa non ha il requisito del fatturato necessario per poter partecipare alla gara.

Una volta dichiarata legittima la sua esclusione, la stessa non ha motivo di reclamare la caducazione dell'intera gara in ragione del fatto che la sua offerta ha concorso alla determinazione della soglia di anomalia.

Resta invece da valutare il richiamo dell'interessata al provvedimento dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, che, a suo dire, le dovrebbe consentire di dimostrare, qualora non si disponga del fatturato minimo, in altro modo la propria capacità finanziaria.

Il richiamo è inutile, dal momento che – come precisato dal TAR – la legittimità dei requisiti previsti dal bando non è stata mai messa in dubbio.

In ogni caso, la questione è inammissibile perché il ricorso di primo grado non contiene alcuna deduzione in ordine alla previsione del requisito del fatturato, mentre dalla sentenza impugnata risulta che la ricorrente "ha depositato in giudizio" il menzionato provvedimento dell'Autorità, del quale malamente viene affermata la rilevanza, e se ne invoca l'applicazione.

L'appello va, pertanto, respinto.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe. Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, il 13 marzo 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Carmine Volpe Consigliere

Giuseppe Romeo Consigliere est.

Luciano Barra Caracciolo Consigliere

Lanfranco Balucani Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

GIUSEPPE ROMEO GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....10/05/2007

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria>

A cura di Sonia LAzzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO - ROMA

SEZIONE PRIMA BIS

Registro Sentenze:

Registro Generale: 1081/2009

nelle persone dei Signor

ELIA ORCIUOLO Presidente

ELENA STANIZZI Cons.

GIUSEPPE ROTONDO Primo Ref. , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella Camera di Consiglio del **18 Febbraio 2009**

Visto il ricorso 1081/2009 proposto dalla *SOC ALFA SRL* rappresentata e difesa da:
FRONZONI AVV. JACOPO con domicilio eletto in ROMA - *L.GO MESSICO, 7 presso*
TESAURO AVV. PAOLO;

contro

MINISTERO DELLA DIFESA e AUTORITY per la VIGILANZA sui CONTRATTI
PUBBLICI di LAVORI, SERVIZI e FORNITURE, rappresentati e difesi da: AVVOCATURA
DELLO STATO con domicilio eletto in ROMA - VIA DEI PORTOGHESI, 12;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

del provvedimento del Ministero della Difesa, Direzione Generale dei Lavori e del Demanio - 3° Reparto - 7ª Divisione - I Sezione del 27/11/2008 prot. M_D/GGEN/03/519528/371/100/08, nella parte in cui viene disposto l'incameramento e l'escussione della cauzione; del provvedimento del Ministero della Difesa Direzione Generale dei Lavori e del Demanio - 3° Reparto - 7ª Divisione 1ª Sezione del 27/11/2008 prot. M_D/GGEN/03/519528/371/100/08, con il quale la determinazione impugnata viene trasmessa all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici per l'adozione degli eventuali ulteriori provvedimenti; di tutti gli altri atti ad essi preordinati consequenziali e/o comunque connessi;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimare;

Udito il relatore Primo Ref. GIUSEPPE ROTONDO, nessuno presente per le parti in causa;

In *limine*, il Collegio dà atto che sussistono i presupposti per la definizione in forma semplificata della controversia ai sensi dell'art. 9 della L. n. 295/2000, e di tale possibilità è stato dato avviso in udienza.

Con il ricorso in esame, la ricorrente impugna:

-la determinazione con la quale il ministero della difesa ha disposto l'incameramento e l'escussione della cauzione da lei prestata per la partecipazione alla gara d'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento per l'Arsenale militare di La Spezia;

-la nota di comunicazione dell'incameramento all'autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

In fatto consta che la ditta ricorrente era stata sorteggiata per la verifica dei requisiti dichiarati.

In sede di produzione documentale essa ha, però, dimenticato di allegare anche i documenti relativi al progettista con il quale in ATI aveva partecipato alla gara. A ciò ha provveduto

successivamente, scaduti i termini di rito, non appena resasi conto dell'omissione in cui era incorsa.

A motivo del ricorso invoca l'errore scusabile, l'abnormità e gravità della sanzione applicata, l'erronea applicazione del bando di gara, la possidenza dei requisiti richiesti dal bando ancorché tardivamente comprovata.

Il ricorso è infondato.

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, assolve ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione dei requisiti dichiarati (Consiglio Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto, ogni volta che non risulti allegata e/o depositata la documentazione comprovante la possidenza, in capo all'impresa concorrente ed ai soggetti ad essa associati, dei requisiti dichiarati in gara; produzione documentale che deve avvenire nei termini di legge (10 giorni dalla richiesta).

In altre parole, la escussione della cauzione "deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito" (Cons. Stato, Sez. V. 29 aprile 2003, n. 2190), senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua possidenza che sia stata, però, comprovata tardivamente rispetto ai termini legali, ovvero in difformità alle regole della *lex specialis*, atteso che a fronte di un comportamento dovuto nessun rilievo può assumere il

carattere psicologico della violazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 gennaio 2008 , n. 184).

E' stato chiarito in giurisprudenza, che in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 10 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 - ora l'art. 48 del D.Lvo n. 163/2006 - non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza conseguono automaticamente una volta scaduto il termine fissato nella legge.

Sotto questo profilo ben può dirsi, indipendentemente da una specifica previsione di bando sul punto, che si è in presenza, nel caso di specie, di una ipotesi di eterointegrazione legale delle regole di bando con norma imperativa.

Del tutto irrilevante, dunque, la regolarizzazione postuma della documentazione non potendosi ammettere la sanatoria retroattiva di adempimenti soggetti a termini perentori nell'ambito del procedimento di gara ed afferenti, pertanto, a situazioni che, una volta definite, devono considerarsi irretrattabili.

Ne consegue, per quanto sopra argomentato, che le impugnate determinazioni sono immuni dai rubricati vizi.

Il ricorso in esame, pertanto, non è meritevole di accoglimento.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione 1[^] bis, **respinge**, nei sensi in motivazione, il ricorso in esame.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese di giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00).

