

L'incameramento della cauzione in caso di mancata documentazione dei requisiti di qualificazione è un processo automatico e obbligatorio per la stazione appaltante. Quindi si può procedere all'escussione anche se questa sanzione non è prevista in modo esplicito dal bando di gara \_l'estensione dell'obbligo di prestare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti alla gara (non più solo dell'aggiudicatario), ne ha comportato un mutamento nella funzione, che non è più solo di garanzia della stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. Pertanto la sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte

Appalto integrato: verifica inerente le abilitazioni e i requisiti di capacità tecnica del progettista esterno e trasmissione da parte dell'impresa interessata di della relativa documentazione in fotocopia semplice: è legittima l'escussione della cauzione provvisoria?...si può affermare che l'iter procedurale adottato – esclusione dalla procedura nel corso della seduta della commissione di gara del 19 giugno 2007, e, a mesi di distanza (18 luglio 2007), escussione della cauzione – avrebbe spezzato l'unicità e la contemporaneità delle sanzioni recate dal menzionato art. 48 e, comunque, ingenerato il legittimo affidamento privato sulla intervenuta definizione della vicenda mediante la sola esclusione? la circostanza che la certificazione volta ad attestare il possesso del requisito non sia stata resa nella forma dovuta nel sub-procedimento di verifica davanti alla stazione appaltante è di per sé sola sufficiente a giustificare l'esclusione.?

Le censure, per le quali residua l'attualità dell'interesse ad agire con riferimento all'atto di incameramento della cauzione, sono affidate ad un unico motivo di gravame: violazione del bando e del disciplinare di gara – violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. 163/06 – violazione dei principi generali in materia di gare – eccesso di potere per carenza dei presupposti di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06 – contraddittorietà dell'azione amministrativa nel comminare dapprima la sola esclusione e successivamente con separati atti le ulteriori sanzioni di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06 e per aver di fatto mutato il titolo dell'esclusione – difetto di istruttoria ed illogicità – carenza di adeguata motivazione sulla ritenuta mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati in sede di gara – eccesso di potere per sviamento o irragionevolezza\_ **è lecita l'escussione della garanzia provvisoria in quanto risulta connaturale al rango della fonte ed alla vasta platea delle fattispecie da regolare la mancata indicazione nell'art. 48 del d. lgs. 163/06 delle modalità specifiche con cui provvedere all'attestazione: valgono, invero, al riguardo, non solo i generali canoni inerenti le prove documentali, ma, soprattutto, le prescrizioni di gara, che nella specie (sezione 7 del disciplinare) richiedevano, al fine del controllo sul possesso dei requisiti, la produzione di originali o copie conformi e, infine, le specifiche richieste formulate dall'amministrazione nelle singole procedure.** E non vi è dubbio che la comunicazione del 18 aprile 2007, n. 9376, in atti, che ha avviato il procedimento di verifica in capo alla ricorrente (ove l'art. 48 del d. lgs. 163/06 è stato ulteriormente richiamato), invitava la società a produrre documentazione "in originale o in copia conforme". La dicitura è stata inoltre qui riportata in grassetto e sottolineata\_ **l'amministrazione ha accertato che nella fattispecie la società non aveva comprovato i requisiti del progettista nelle modalità previste dalla lex specialis e ribadite nell'avvio della fase di verifica. La obbligatorietà di dette modalità non poteva dare adito ad alcun dubbio. L'accertamento della non conformità era condizione, a un tempo, necessaria e sufficiente all'applicazione dell'art. 48 del d. lgs. *la produzione postuma di un documento, come d'ordinario nelle pubbliche gare,***

*non ha mai l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione, giacché ciò darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole poste a garanzia dell'imparzialità del procedimento e finirebbe con lo snaturare la stessa fisionomia delle pubbliche gare. In altre parole, si prosegue, un documento prodotto in copia informale in un procedimento che stabilisce la produzione in originale o in copia autentica è, semplicemente, un documento non prodotto, senza che sia possibile, per la stazione appaltante, indagare sulle ragioni di una tale difformità rispetto al prefigurato paradigma, pena lo stravolgimento della particolare struttura dei procedimenti concorsuali. Conseguentemente, in un tale contesto si ritiene non applicabile l'istituto della integrazione, che, per pacifica giurisprudenza, non si dà nel caso di documentazione mancante.*

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 11131 del 10 dicembre 2008, emessa dal Tar Lazio, Roma

Premesso che in alcun modo è riferibile alla disposizione dell'art. 48 del d. lgs. 163/06 né l'obbligo che i tre atti (**esclusione dalla gara, escussione della fideiussione e segnalazione all'Autorità di vigilanza**) siano adottati contestualmente né la regolazione, a fini decadenziali, della relativa tempistica, osserva il Collegio che, contrariamente a quanto sembra ritenere la società quando lamenta la frammentarietà dell'iter procedurale, l'unitarietà del meccanismo ivi previsto non è documentale, bensì funzionale e teleologica, esso dispiegandosi in provvedimenti che, pur dotati ontologicamente di autonoma rilevanza ed effetti, derivano da un unico presupposto di fatto – il decorso del termine perentorio senza che il concorrente abbia presentato l'intera documentazione richiesta – e tendono alla tutela dell'attività contrattuale dell'amministrazione. Al più, può porsi la questione di quali di essi debba essere individuato quale presupposto giuridico (come nella recente statuizione di questo Tribunale, III, 1° aprile 2008, n. 2773, che, esaminando la dinamica procedimentale in argomento, ha ritenuto illegittima un'annotazione conseguente alla segnalazione, poiché adottata senza il presupposto essenziale del provvedimento di esclusione dalla procedura); tale questione, peraltro, evidenzia il segnalato carattere di autonomia di ciascuno dei provvedimenti contemplati dall'art. 48.

**L'andamento dell'applicazione della disposizione nella fattispecie non risulta, comunque, né connotato da significativi ritardi né idoneo ad ingenerare un legittimo affidamento sulla mancata adozione dei provvedimenti ivi previsti conseguenti all'esclusione, trattandosi, in materia, per pacifica giurisprudenza, di atti dovuti da parte dell'amministrazione (ex multis, C. Stato, V, 7 marzo 2001, n. 1344; V, 29 aprile 2003, n. 2190; IV, 14 aprile 2006, n. 2153; VI, 14 settembre 2006, n. 5324; Tar Lazio, Roma, III, 11 giugno 2008, n. 5762), con effetti di cui il concorrente a procedura pubblica, che ha sottoscritto con la domanda di partecipazione l'accettazione delle relative regole, non può non essere ritenuto a conoscenza. Di talché un affidamento sulla mancata adozione di poteri sanzionatori in fattispecie in cui essi notoriamente si rendono concretamente esercitabili non potrebbe mai definirsi legittimo ovvero giuridicamente rilevante.**

In particolare, comunque: il 17 aprile 2007 la ricorrente è stata estratta ai fini della sottoposizione a verifica; il 18 aprile 2007 la società è stata richiesta della documentazione; il 23 maggio 2007 la verifica è stata riscontrata negativamente; il 4 giugno 2007 è stato comunicato alla società l'esito negativo della verifica; il 19 giugno 2007 è stata dichiarata l'esclusione dalla gara della società; il 18 luglio 2007 l'amministrazione si determinava all'incameramento della cauzione; il 18 settembre 2007

l'amministrazione dava comunicazione alla società della predetta determinazione, della già attivata escussione della cauzione e della già avvenuta segnalazione all'Autorità

Ma ancora più importante è sapere che:

Una più ampia considerazione meritano le doglianze sub b).

Il Collegio non ignora che la problematica dell'applicazione delle misure di cui all'art. 48 diverse dall'esclusione dalla gara, ove cioè si discuta esclusivamente della legittimità della escussione della fideiussione e della segnalazione all'Autorità, ha dato adito a qualche interpretazione giudiziale consentanea a quella formulata in ricorso.

In tale ambito, si sostiene, ad esempio, che le sanzioni accessorie extraprocedimentali possano trovare giustificazione nell'ipotesi di avvenuto adempimento seppure tardivo dell'obbligo documentale, solo nel caso di riscontro dell'effettivo mancato possesso dei requisiti desunti dalle certificazioni esibite tardivamente rispetto al termine imposto dall'organo di gara, il cui mancato rispetto comporta di per sé l'esclusione dalla gara (Tar Marche, Ancona, 23 marzo 2001, n. 302).

In altro caso, pur rilevandosi che, dinanzi all'inosservanza dell'obbligo imposto dall'art. 10 comma 1 quater l. 109/94 (di attestazione dei requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto) l'amministrazione non ha poteri discrezionali, ma è vincolata dalla verifica dell'inadempimento in questione, senza che possa attribuirsi rilievo alle due ipotesi di assoluta mancanza di prova e di difformità di quella fornita dalle modalità prescritte – non distinguendosi tra inadempimento formale, per errore o altro e inadempimento sostanziale, mancanza dei requisiti per partecipare alla gara – e che l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità, pur essendo figure tra loro autonome, derivano dall'unico presupposto del decorso del termine perentorio senza che l'intera documentazione richiesta sia stata presentata, si sostiene, tuttavia, che il ritardo può essere valutato dall'amministrazione in termini di non imputabilità all'impresa in ipotesi eccezionali, quando si tratti di impedimento derivante da un fatto del tutto estraneo alla volontà del concorrente e da costui non evitabile con la diligenza del caso (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 11 agosto 2004, n. 2101)

Ma il Collegio, in disparte l'osservazione che la fattispecie in esame non rientra nella seconda ipotesi considerata, ritiene che le suddette impostazioni della problematica ed altre analoghe non siano condivisibili, perché, necessitando di impingere nel merito della verifica, si pongono in contrasto con il regime pacificamente individuato connaturale alla norma.

Per quanto qui di stretto interesse, la giurisprudenza amministrativa:

- non distingue tra inadempimento formale, per errore od altro, ed inadempimento sostanziale, mancanza dei requisiti (ex multis, C. Stato, VI, 14 settembre n. 5324; V, 23 gennaio 2007, n. 328). Non rileva, in proposito, neanche lo stato psicologico del concorrente (C. Stato, IV, 12 gennaio 2005, n. 42; 14 aprile 2006, n. 2153; Tar Lazio, Roma, III, 14 gennaio 2008, n. 184); in particolare, all'amministrazione non è consentito di ridurre l'entità della misura sanzionatoria in ragione dell'apprezzamento della gravità dell'omissione (C. Stato, 12 gennaio 2005, n. 42);

- mette in evidenza una priorità procedimentale direttamente correlata alla particolare struttura del procedimento concorsuale, in quanto, ammettendosi la diversa ipotesi, dovendosi, cioè, approfondire le ragioni dell'inadempimento ovvero consentire la sanatoria della documentazione oltre il termine perentorio, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara, cosa che comporterebbe l'impossibilità di prevedere il momento finale di chiusura della verifica sub-procedimentale (ex multis, C. Stato, V, 23 gennaio 2007, n. 328);

- considera unitariamente i tre provvedimenti contemplati dall'art. 48 (esclusione; escussione; segnalazione) e li inquadra come atti tutti dovuti (si richiama, sul punto, per economia espositiva, la giurisprudenza citata al punto che precede);

- afferma che l'estensione dell'obbligo di prestare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti alla gara (non più solo dell'aggiudicatario), ne ha comportato un mutamento nella funzione, che non è più solo di garanzia della stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. Pertanto la sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte (C. Stato, IV, 7 giugno 2005, n. 2933; Tar Campania, Napoli, 27 marzo 2002, n.1653; Tar Lazio, Roma, III, 11 giugno 2008, n. 5762).

**Accedere alla tesi della ricorrente postulerebbe indi proprio l'opposto di quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza, ovvero la necessità di indagare sulla portata dell'inadempimento dell'obbligo e sull'elemento psicologico, nonché, a monte, di decontestualizzare le singole misure di cui all'art. 48, rendendo alcune dovute (esclusione) ed altre discrezionali. Inoltre, un siffatto indirizzo, si ritiene, non potrebbe, tra l'altro, in proiezione, non avere influenza anche sugli esiti della gara, e, in particolare, sulla valutazione della dovutezza dell'esclusione, con pericolo di grave alterazione dell'intero meccanismo della procedura.**

La censura va, conseguentemente, respinta.

A cura di Sonia Lazzini

N.

Reg. Sent.

Anno

N.

Reg. Gen.

Anno

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**

**PER IL LAZIO**

## **Sezione Seconda**

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso n. 10551/07, proposto da ALFA Lavori s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Silvia Felicetti, presso lo studio del quale elettivamente domicilia in Roma, v.le Mazzini, n. 25;

### **CONTRO**

Comune di Roma, in persona del Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Rossi, con il quale elettivamente domicilia presso gli uffici dell'Avvocatura comunale in Roma, via del Tempio di Giove, n. 21;

### **E NEI CONFRONTI DI**

BETA s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo ATI, in persona del legale rappresentante *p.t.*, non costituita in giudizio;

### **PER L'ANNULLAMENTO**

previa sospensione, della determinazione dirigenziale 18 luglio 2007, n. 69, conosciuta il successivo 21 settembre, con la quale il Comune di Roma, in relazione all'appalto integrato per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria degli edifici di proprietà comunale siti in via Padre Romualdo Fortunato, n. 30/40, lotto I, Municipio XII, ha incamerato in danno della ricorrente, esclusa dalla gara, il deposito cauzionale; della nota 18 settembre 2007, n. RC/21777, successivamente conosciuta, con la quale il fatto è stato segnalato alla competente Autorità; di ogni altro atto del procedimento, ivi compresi, all'occorrenza e per quanto di interesse, il bando, il disciplinare di gara e il verbale del 23 maggio 2007, successivamente conosciuto.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata amministrazione;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 19 novembre 2008, la dr.ssa Anna Bottiglieri; uditi l'avv. Felicetti per la società ricorrente e l'avv. Rossi per il Comune resistente.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## **FATTO**

La società ALFA Lavori partecipava alla procedura concorsuale indetta dal Comune di Roma per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria degli edifici di proprietà comunale meglio indicati in epigrafe e veniva sottoposta a verifica inerente le abilitazioni e i requisiti di capacità tecnica del progettista esterno.

La società trasmetteva la relativa documentazione in fotocopia semplice.

Per tale motivo, la stazione appaltante dichiarava l'esclusione della società dalla gara; l'appalto veniva poi provvisoriamente aggiudicato.

Siffatte determinazioni restavano inoppugnate.

Con successivi provvedimenti (18 luglio 2007, n. 69 e 18 settembre 2007, n. RC/21777), il Comune di Roma incamerava il deposito cauzionale versato dalla società e segnalava il fatto alla competente Autorità di vigilanza.

Delle predette misure, senza contestare l'aggiudicazione, la società domanda l'annullamento, sostenendone l'illegittimità per non conformità al disciplinare (che prevederebbe, per l'ipotesi, la sola esclusione dalla procedura) e, in ogni caso, per carenza dei presupposti di cui all'art. 48, d.lgs. 163/06 (mancata verifica d'ufficio del possesso dei requisiti, di cui gli atti trasmessi fornirebbero più che un ragionevole indizio, facendo escludere la fattispecie delle dichiarazioni mendaci), con richiesta di risarcimento del danno.

Si è costituita in resistenza l'intimata amministrazione.

Con ordinanza 19 dicembre 2007, n. 5913, la domanda di sospensione interinale degli effetti degli atti impugnati incidentalmente proposta è stata accolta.

Con statuizione 12 marzo 2008, n. 2302 la Sezione ha posto a carico dell'amministrazione resistente un incombente istruttorio, adempiuto in data 30 ottobre 2008.

Entrambe le parti costituite hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 19 novembre 2008 il ricorso è stato, indi, trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. Viene all'odierno esame del Collegio la questione inerente la legittimità di due provvedimenti con i quali il Comune di Roma, nell'ambito di procedura concorsuale avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria di edifici di proprietà comunale, previamente dichiarata l'esclusione della società dalla gara con provvedimento rimasto inoppugnato, in applicazione dell'art. 48 del d. lgs. 163/06, ha incamerato il deposito cauzionale versato dalla società ricorrente e ha inoltrato segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Ciò in quanto, in sede di sottoposizione a verifica sulle abilitazioni e i requisiti di capacità tecnica del progettista esterno, la società aveva trasmesso documentazione di comprova in fotocopia semplice.

2. E' d'uopo immediatamente dare atto che va dichiarata la parziale improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse da parte della ricorrente a contestare la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Invero, come risulta dalla nota 7 maggio 2008, n. 26162, in atti, l'Autorità, nelle more del giudizio, ha dichiarato il non doversi procedere.

3. Le censure, per le quali residua l'attualità dell'interesse ad agire con riferimento all'atto di incameramento della **cauzione**, sono affidate ad un unico motivo di gravame: violazione del bando e del disciplinare di gara – violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. 163/06 – violazione dei principi generali in materia di gare – eccesso di potere per carenza dei presupposti di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06 – contraddittorietà dell'azione amministrativa nel comminare dapprima la sola esclusione e successivamente con separati atti le ulteriori sanzioni di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06 e per aver di fatto mutato il titolo dell'esclusione – difetto di istruttoria ed illogicità – carenza di adeguata motivazione sulla ritenuta mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati in sede di gara – eccesso di potere per sviamento o irragionevolezza.

Delle stesse è opportuno dare partitamente conto.

4. Questo il primo gruppo di censure.

La società afferma che alla fattispecie verificatasi poteva, al più, conseguire la sola esclusione della gara, in effetti avvenuta, giammai l'applicazione della sanzione dell'incameramento della **cauzione**.

Al riguardo, opina la ricorrente che l'amministrazione si sarebbe autolimitata sia con la sezione 7 del disciplinare di gara, che, per la fase di verifica dei requisiti, e per l'ipotesi

di inosservanza del d.p.r. 445/00, ha previsto esclusivamente l'esclusione, sia con la comunicazione del 4 giugno 2007, che ha preannunciato la sola esclusione. Né potrebbe ritenersi che il potere esercitato discenda direttamente dall'art. 48 del d. lgs. 163/06, in quanto la norma non prescrive che il possesso dei requisiti venga attestato a mezzo di documentazione in originale o in copia conforme.

Prosegue la ricorrente che l'*iter* procedurale adottato – esclusione dalla procedura nel corso della seduta della commissione di gara del 19 giugno 2007, e, a mesi di distanza (18 luglio 2007), escussione della **cauzione** – avrebbe spezzato l'unicità e la contemporaneità delle sanzioni recate dal menzionato art. 48 e, comunque, ingenerato il legittimo affidamento privato sulla intervenuta definizione della vicenda mediante la sola esclusione.

Infine, secondo la società, sarebbe stato mutato il titolo dell'esclusione: la comunicazione del 4 giugno 2007, richiamata nel *fax* del 19 giugno 2007, ha accertato l'inosservanza del d.p.r. 445/00; l'escussione, forzatamente, ha applicato l'art. 48 del d. lgs. 163/06.

**4.1.** Nessuna delle doglianze coglie nel segno.

**4.2.** Non può ritenersi che con la *lex specialis* o con gli atti del procedimento antecedenti a quelli qui in contestazione l'amministrazione abbia abdicato all'esercizio dei poteri di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06.

Il punto IV.2.1. del bando di gara prevedeva espressamente e inequivocabilmente che il possesso dei requisiti progettuali sarebbe stato sottoposto a verifica secondo la procedura di cui all'art. 48 del d. lgs. 163/06.

La sezione 7 del disciplinare, invocato dal ricorrente, in perfetta sintonia, è rubricato "*Controllo sul possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/06*".

Parimenti, la nota 4 giugno 2007 richiamava l'art. 48 del d. lgs. 163/06, e comunicava, comunque, ai sensi dell'art. 7 della l. 241/90, che la società era in procinto di essere esclusa dalla gara "...con l'assunzione dei conseguenti adempimenti di legge..."..

Appare, pertanto, irrilevante che, in senso discorsivo, tali due ultimi atti facciano in seguito riferimento alla sola esclusione dalla procedura.

Del resto, da un lato, la partecipazione a gara pubblica postula una conoscenza particolarmente qualificata dallo specifico ambito professionale esercitato dei meccanismi di funzionamento della procedura concorsuale, che non è onere dell'amministrazione ribadire minuziosamente in ogni atto.

Dall'altro, ancora più a monte, sul piano generale delle fonti, le norme riprodotte nel bando relative alle procedure pubblicistiche dell'evidenza pubblica sono norme imperative, come tali destinate comunque a trovare naturalmente applicazione secondo il



loro peculiare e specifico ambito precettivo. In altri termini, le clausole del bando che tali norme riproducono non possono considerarsi, generalizzando il principio dell'autolimitazione, espressione di un potere di regolamentazione autonoma: e dunque non può ammettersi che in forza del richiamo si alteri, oltretutto in sede ermeneutica, la portata precettiva delle norme riprodotte (Tar Lombardia, Brescia, 26 marzo 2001, n. 140).

Vieppiù, l'incameramento della **cauzione** in caso di mancata documentazione dei requisiti di qualificazione è un processo automatico e obbligatorio per la stazione appaltante. Quindi si può procedere all'escussione anche se questa sanzione non è prevista in modo esplicito dal bando di gara ([C. Stato, V, 7 marzo 2001, n. 1344](#)).

Tanto chiarito, risulta connaturale al rango della fonte ed alla vasta platea delle fattispecie da regolare la mancata indicazione nell'art. 48 del d. lgs. 163/06 delle modalità specifiche con cui provvedere all'attestazione: valgono, invero, al riguardo, non solo i generali canoni inerenti le comprovate documentali, ma, soprattutto, le prescrizioni di gara, che nella specie (sezione 7 del disciplinare) richiedevano, al fine del controllo sul possesso dei requisiti, la produzione di originali o copie conformi e, infine, le specifiche richieste formulate dall'amministrazione nelle singole procedure. E non vi è dubbio che la comunicazione del 18 aprile 2007, n. 9376, in atti, che ha avviato il procedimento di verifica in capo alla ricorrente (ove l'art. 48 del d. lgs. 163/06 è stato ulteriormente richiamato), invitava la società a produrre documentazione "*in originale o in copia conforme*". La dicitura è stata inoltre qui riportata in grassetto e sottolineata.

**4.3.** Premesso che in alcun modo è riferibile alla disposizione dell'art. 48 del d. lgs. 163/06 né l'obbligo che i tre atti (esclusione dalla gara, escussione della fideiussione e segnalazione all'Autorità di vigilanza) siano adottati contestualmente né la regolazione, a fini decadenziali, della relativa tempistica, osserva il Collegio che, contrariamente a quanto sembra ritenere la società quando lamenta la frammentarietà dell'*iter* procedurale, l'unitarietà del meccanismo ivi previsto non è documentale, bensì funzionale e teleologica, esso dispiegandosi in provvedimenti che, pur dotati ontologicamente di autonoma rilevanza ed effetti, derivano da un unico presupposto di fatto – il decorso del termine perentorio senza che il concorrente abbia presentato l'intera documentazione richiesta – e tendono alla tutela dell'attività contrattuale dell'amministrazione. Al più, può porsi la questione di quali di essi debba essere individuato quale presupposto giuridico (come nella recente statuizione di questo Tribunale, III, 1° aprile 2008, n. 2773, che, esaminando la dinamica procedimentale in argomento, ha ritenuto illegittima un'annotazione conseguente alla segnalazione, poiché adottata senza il presupposto essenziale del provvedimento di esclusione dalla procedura); tale questione, peraltro, evidenzia il segnalato carattere di autonomia di ciascuno dei provvedimenti contemplati dall'art. 48.

L'andamento dell'applicazione della disposizione nella fattispecie non risulta, comunque, né connotato da significativi ritardi né idoneo ad ingenerare un legittimo affidamento sulla mancata adozione dei provvedimenti ivi previsti conseguenti all'esclusione, trattandosi, in materia, per pacifica giurisprudenza, di atti dovuti da parte

dell'amministrazione (*ex multis*, C. Stato, V, 7 marzo 2001, n. 1344; V, 29 aprile 2003, n. 2190; IV, 14 aprile 2006, n. 2153; VI, 14 settembre 2006, n. 5324; Tar Lazio, Roma, III, 11 giugno 2008, n. 5762), con effetti di cui il concorrente a procedura pubblica, che ha sottoscritto con la domanda di partecipazione l'accettazione delle relative regole, non può non essere ritenuto a conoscenza. Di talchè un affidamento sulla mancata adozione di poteri sanzionatori in fattispecie in cui essi notoriamente si rendono concretamente esercitabili non potrebbe mai definirsi legittimo ovvero giuridicamente rilevante.

In particolare, comunque: il 17 aprile 2007 la ricorrente è stata estratta ai fini della sottoposizione a verifica; il 18 aprile 2007 la società è stata richiesta della documentazione; il 23 maggio 2007 la verifica è stata riscontrata negativamente; il 4 giugno 2007 è stato comunicato alla società l'esito negativo della verifica; il 19 giugno 2007 è stata dichiarata l'esclusione dalla gara della società; il 18 luglio 2007 l'amministrazione si determinava all'incameramento della **cauzione**; il 18 settembre 2007 l'amministrazione dava comunicazione alla società della predetta determinazione, della già attivata escussione della **cauzione** e della già avvenuta segnalazione all'Autorità.

**4.4.** Con riferimento all'asserito tramutamento del titolo tra l'esclusione dalla comunicazione del 4 giugno 2007, riferita al d.p.r. 445/00, e l'escussione, ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 163/06, basti riferire, per escludere la correttezza del rilievo, che entrambi i provvedimenti non ingenerano alcun dubbio sulla individuazione del titolo del potere esercitato. In particolare, come già sopra riferito, con la citata comunicazione del 4 giugno 2007 l'amministrazione ha fatto presente che la società era in procinto di essere esclusa "*...con l'assunzione dei conseguenti adempimenti di legge, in quanto, a seguito della verifica dei requisiti progettuali ex art. 48 d. lgs. 163/08, è stato rilevato che la documentazione.....è stata presentata non firmata ed in copia non autenticata, secondo le modalità di cui al d.p.r. 445/2000, in contrasto, pertanto, con quanto previsto, a pena di esclusione, dagli atti di gara.*"

**5.** Questo il secondo gruppo di censure.

La società espone che sotto l'aspetto sostanziale difetterebbero i presupposti legittimanti l'operatività del ridetto art. 48, in quanto l'amministrazione:

a) non avrebbe ottemperato all'obbligo di esaminare e verificare la documentazione prodotta, essendosi limitata ad accertarne la non conformità all'art. 445/00;

b) si sarebbe limitata ad una visione formale della questione, non richiedendo né consentendo la produzione di ulteriore documentazione tramite la quale la società sarebbe stata in grado di dimostrare l'effettivo possesso dei requisiti, istruttoria che non avrebbe comunque violato *la par condicio*, poiché dalla documentazione già prodotta era possibile desumere più che ragionevoli indizi in tal senso;

c) non avrebbe, quindi, considerato che il progettista indicato dalla società era pienamente in possesso dei requisiti richiesti dal bando e che le dichiarazioni non erano mendaci.

**5.1.** Neanche tali censure conducono all'esito sperato in ricorso.

**5.2.** Quanto alle doglianze *sub a)*, come è emerso da quanto sin qui già riferito, l'amministrazione ha accertato che nella fattispecie la società non aveva comprovato i requisiti del progettista nelle modalità previste dalla *lex specialis* e ribadite nell'avvio della fase di verifica. La obbligatorietà di dette modalità non poteva dare adito ad alcun dubbio. L'accertamento della non conformità era condizione, a un tempo, necessaria e sufficiente all'applicazione dell'art. 48 del d. lgs.

**5.3.** Una più ampia considerazione meritano le doglianze *sub b)*.

Il Collegio non ignora che la problematica dell'applicazione delle misure di cui all'art. 48 diverse dall'esclusione dalla gara, ove cioè si discuta esclusivamente della legittimità della escussione della fideiussione e della segnalazione all'Autorità, ha dato adito a qualche interpretazione giudiziale consentanea a quella formulata in ricorso.

In tale ambito, si sostiene, ad esempio, che le sanzioni accessorie extraprocedimentali possano trovare giustificazione nell'ipotesi di avvenuto adempimento seppure tardivo dell'obbligo documentale, solo nel caso di riscontro dell'effettivo mancato possesso dei requisiti desunti dalle certificazioni esibite tardivamente rispetto al termine imposto dall'organo di gara, il cui mancato rispetto comporta di per sé l'esclusione dalla gara ([Tar Marche, Ancona, 23 marzo 2001, n. 302](#)).

In altro caso, pur rilevandosi che, dinanzi all'inosservanza dell'obbligo imposto dall'art. 10 comma 1 *quater* l. 109/94 (di attestazione dei requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto) l'amministrazione non ha poteri discrezionali, ma è vincolata dalla verifica dell'inadempimento in questione, senza che possa attribuirsi rilievo alle due ipotesi di assoluta mancanza di prova e di difformità di quella fornita dalle modalità prescritte – non distinguendosi tra inadempimento formale, per errore o altro e inadempimento sostanziale, mancanza dei requisiti per partecipare alla gara – e che l'esclusione dalla gara, l'incameramento della **cauzione** e la segnalazione del fatto all'Autorità, pur essendo figure tra loro autonome, derivano dall'unico presupposto del decorso del termine perentorio senza che l'intera documentazione richiesta sia stata presentata, si sostiene, tuttavia, che il ritardo può essere valutato dall'amministrazione in termini di non imputabilità all'impresa in ipotesi eccezionali, quando si tratti di impedimento derivante da un fatto del tutto estraneo alla volontà del concorrente e da costui non evitabile con la diligenza del caso (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 11 agosto 2004, n. 2101)

Ma il Collegio, in disparte l'osservazione che la fattispecie in esame non rientra nella seconda ipotesi considerata, ritiene che le suddette impostazioni della problematica ed altre analoghe non siano condivisibili, perché, necessitando di impingere nel merito della

verifica, si pongono in contrasto con il regime pacificamente individuato connaturale alla norma.

Per quanto qui di stretto interesse, la giurisprudenza amministrativa:

- non distingue tra inadempimento formale, per errore od altro, ed inadempimento sostanziale, mancanza dei requisiti (*ex multis*, C. Stato, VI, 14 settembre n. 5324; V, 23 gennaio 2007, n. 328). Non rileva, in proposito, neanche lo stato psicologico del concorrente (C. Stato, IV, 12 gennaio 2005, n. 42; 14 aprile 2006, n. 2153; Tar Lazio, Roma, III, 14 gennaio 2008, n. 184); in particolare, all'amministrazione non è consentito di ridurre l'entità della misura sanzionatoria in ragione dell'apprezzamento della gravità dell'omissione (C. Stato, 12 gennaio 2005, n. 42);

- mette in evidenza una priorità procedimentale direttamente correlata alla particolare struttura del procedimento concorsuale, in quanto, ammettendosi la diversa ipotesi, dovendosi, cioè, approfondire le ragioni dell'inadempimento ovvero consentire la sanatoria della documentazione oltre il termine perentorio, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara, cosa che comporterebbe l'impossibilità di prevedere il momento finale di chiusura della verifica *sub-procedimentale* (*ex multis*, C. Stato, V, 23 gennaio 2007, n. 328);

- considera unitariamente i tre provvedimenti contemplati dall'art. 48 (esclusione; escussione; segnalazione) e li inquadra come atti tutti dovuti (si richiama, sul punto, per economia espositiva, la giurisprudenza citata al punto che precede);

- afferma che l'estensione dell'obbligo di prestare la **cauzione** provvisoria a tutti i partecipanti alla gara (non più solo dell'aggiudicatario), ne ha comportato un mutamento nella funzione, che non è più solo di garanzia della stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. Pertanto la sanzione dell'incameramento della **cauzione** provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte (C. Stato, IV, 7 giugno 2005, n. 2933; Tar Campania, Napoli, 27 marzo 2002, n.1653; Tar Lazio, Roma, III, 11 giugno 2008, n. 5762).

Accedere alla tesi della ricorrente postulerebbe indi proprio l'opposto di quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza, ovvero la necessità di indagare sulla portata dell'inadempimento dell'obbligo e sull'elemento psicologico, nonché, a monte, di decontestualizzare le singole misure di cui all'art. 48, rendendo alcune dovute (esclusione) ed altre discrezionali. Inoltre, un siffatto indirizzo, si ritiene, non potrebbe, tra l'altro, in proiezione, non avere influenza anche sugli esiti della gara, e, in particolare, sulla valutazione della dovutezza dell'esclusione, con pericolo di grave alterazione dell'intero meccanismo della procedura.

La censura va, conseguentemente, respinta.

**5.4.** Neanche le censure di cui alla lett. c) sono condivisibili.

Pacificamente irrilevante nella materia, come già sopra riferito, è ogni considerazione inerente l'inconfigurabilità del mendacio.

Quanto al resto, basti richiamare recentissima sentenza (C. Stato, V, 31 ottobre 2008, n. 5458) resa per il caso di esclusione da gara per mancata dimostrazione, con documentazione in originale o in copia autenticata, dell'effettuato svolgimento di un servizio. In tale ambito, è stato chiarito che la circostanza che la certificazione volta ad attestare il possesso del requisito non sia stata resa nella forma dovuta nel *sub*-procedimento di verifica davanti alla stazione appaltante è di per sé sola sufficiente a giustificare l'esclusione.

Nel prosieguo, la statuizione precisa che non trattasi di un vuoto formalismo (argomentazione pure utilizzata dalla odierna ricorrente), in quanto la produzione postuma di un documento, come d'ordinario nelle pubbliche gare, non ha mai l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione, giacché ciò darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole poste a garanzia dell'imparzialità del procedimento e finirebbe con lo snaturare la stessa fisionomia delle pubbliche gare. In altre parole, si prosegue, un documento prodotto in copia informale in un procedimento che stabilisce la produzione in originale o in copia autentica è, semplicemente, un documento non prodotto, senza che sia possibile, per la stazione appaltante, indagare sulle ragioni di una tale difformità rispetto al prefigurato paradigma, pena lo stravolgimento della particolare struttura dei procedimenti concorsuali. Conseguentemente, in un tale contesto si ritiene non applicabile l'istituto della integrazione, che, per pacifica giurisprudenza, non si dà nel caso di documentazione mancante.

**6.** Per tutto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono ragioni equitative per disporre la compensazione delle spese.

**P. Q. M.**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale**

**per il Lazio, Sezione Seconda,**

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1055/07, proposto da ALFA Lavori s.r.l., come in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, nella camera di consiglio del 19 novembre 2008.

Luigi TOSTI

Presidente

Silvestro Maria RUSSO

Consigliere

Anna BOTTIGLIERI

Primo Referendario, estensore

**Il Presidente**

**L'Estensore**

**R.n.**