

Qual è il parere dell'Autorità, relativamente all'applicazione dell'articolo 48 del codice dei contratti ed in particolare a) se il termine di dieci giorni prescritto vada inteso in senso non perentorio, consentendo in tal modo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta dell'integrazione documentale necessaria; b) se, in caso di eventuali irregolarità formali riscontrate in sede di procedimento di verifica, la stazione appaltante possa adottare il provvedimento di esclusione senza segnalare all'Autorità le motivazioni delle irregolarità riscontrate, salvo il caso di false dichiarazioni inoltre, è corretto affermare che la comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, non possa comprendere anche i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38.?

In relazione al primo quesito proposto, concernente la natura del termine di dieci giorni prescritto dall'articolo 48 entro il quale gli offerenti sorteggiati devono comprovare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, esso va considerato un termine perentorio. La natura perentoria del termine sarebbe rinvenibile non solo nella specifica finalità che l'articolo 48 persegue, ma anche dall'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla disposizione stessa e dalle sanzioni a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti nel termine previsto. Peraltro, sulla perentorietà di tale termine anche la giurisprudenza amministrativa ha assunto una posizione consolidata, sostenendo che se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel termine e non fosse previsto alcun momento finale, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi sine die la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità di chiudere definitivamente l'attività di verifica dei requisiti e di poter procedere successivamente alla apertura delle offerte. Ciò contrasterebbe, peraltro, con il principio di economicità del procedimento di cui all'articolo 1 della legge n. 241/1990 e all'articolo 2 del Codice medesimo. Attesa la natura perentoria del termine, l'eventuale documentazione presentata dopo il suo inutile decorso deve essere considerata come non prodotta, in quanto in presenza di un termine perentorio il mero ritardo è equiparato all'inadempimento definitivo.

Quanto al secondo quesito proposto, concernente l'obbligatorietà, a seguito del procedimento di verifica effettuato, della comunicazione all'Autorità dell'avvenuto provvedimento di esclusione nei confronti dei concorrenti che non siano in possesso dei requisiti di ordine speciale, la sua soluzione è rinvenibile nell'atto di regolazione che l'Autorità ha emesso con determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008. In esso l'Autorità ha sancito l'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ex articolo 48 e la sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, non essendo rinvenibile nella scelta del legislatore la volontà di lasciare alla stazione appaltante margini discrezionali in ordine alla realizzazione del controllo e alla comunicazione dell'eventuale esito negativo all'Autorità medesima. Conseguentemente, sussiste in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di comunicare all'Autorità i provvedimenti di esclusione emessi ai sensi dell'articolo 48 del Codice, entro dieci giorni dall'avvenuta esclusione. La mancata comunicazione ovvero il ritardo della stessa saranno sanzionati ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del Codice, mentre nei confronti dell'operatore economico escluso verrà instaurato un procedimento in contraddittorio al termine del quale saranno eventualmente comminate dall'Autorità la sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione dalle gare, graduata a seconda della gravità da un minimo di un mese ad un massimo di dodici mesi, previsto nelle ipotesi di dichiarazione scientemente falsa. La medesima determinazione esclude dalla comunicazione le sole irregolarità meramente formali, che risultano dallo svolgimento del procedimento di gara e che comportano un provvedimento di non ammissione più che di esclusione.

In sede di interpretazione dell'istituto del sorteggio di cui all'articolo 48 del codice dei contratti, il parere numero 14 del 6 febbraio 2009 emesso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ci insegna che:

< L'articolo 48, comma 1, del Codice prevede che la stazione appaltante, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richieda ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il

possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. In caso di ritardata od omessa comprova, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla gara, procedendo, altresì, all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, del Codice e dell'eventuale sospensione dalla partecipazione alle gare.

La disposizione, come più volte evidenziato dall'Autorità (cfr. deliberazione n. 139 del 9 maggio 2007, pareri n. 107 del 15 novembre 2007 e n. 112 del 9 aprile 2008, determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008) mira ad evitare che lo svolgimento della gara, in presenza di dichiarazioni mendaci ovvero in caso di mancata prova dell'effettivo possesso dei requisiti, possa essere falsato dalla partecipazione di soggetti che non siano in possesso dei requisiti minimi richiesti per concorrere e, partecipando, rischierebbero di alterare l'esito della gara medesima.

Ne consegue che la norma assolve la funzione di garantire sia l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente in ordine agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, sia la speditezza del procedimento, consentendo alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di quei partecipanti privi dei requisiti di ordine speciale, che, con offerte inappropriate, potrebbero influenzare la determinazione della soglia di anomalia>

Si legga anche

Importante è possedere i requisiti richiesti e solo su questi l'amministrazione può fare il sorteggio

La ratio della norma in esame _ art. 48 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i., mutuata dall'articolo 10, comma 1-quater della legge 109/1994 e s.m., mira ad evitare che lo svolgimento della gara, in presenza di dichiarazioni mendaci ovvero in caso di mancata prova dell'effettivo possesso dei requisiti, possa essere falsato dalla partecipazione di soggetti che non siano in possesso dei requisiti minimi richiesti per concorrere all'appalto e che, partecipando, rischierebbero di alterare l'aggiudicazione

Con la deliberazione numero 139 del 9 maggio 2007, l'autorità dei contratti pubblici ci insegna che:

La norma, pertanto, assolve in generale alla funzione di garantire l'affidabilità dell'offerta, di cui il primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara.

Quanto sopra, tuttavia, deve essere comunque rapportato ai requisiti minimi prescritti dal bando di gara, essendo necessario e sufficiente, ai fini della comprova dei requisiti, dimostrarne il possesso in relazione allo specifico affidamento, risultando inconferente il fatto che il concorrente abbia dichiarato di possedere requisiti in misura maggioritaria rispetto a quelli effettivamente dimostrati.

L'aver effettuato una dichiarazione che contiene elementi sovrabbondanti rispetto ai requisiti minimi prescritti dal bando non comporta fattispecie censurabile sotto il profilo della veridicità della dichiarazione stessa, tenuto conto che "il raffronto fra la dichiarazione e l'accertamento della veridicità deve essere condotto nel merito alla stregua dei requisiti specificamente indicati nel bando" (Cons. di Stato, sez. V, 7.10.2003 n. 4278).

§§§§§§§§§§§§§§§§

L'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria: _ l'escussione della garanzia provvisoria e la segnalazione all'Autorità): non potendosi porsi in dubbio che costituisce un elementare onere di diligenza, a carico del concorrente, quello di tenere pronta la documentazione che dovrà presentare alla Stazione appaltante, senza attendere l'esplicita richiesta, atteso che si tratta di documenti noti sin dal momento di indizione della gara

Deve essere accolto un ricorso, presentato da un'aggiudicataria provvisoria il provvedimento con cui l'Ente locale ha comunicato alla ricorrente la decadenza dall'aggiudicazione in questione per non aver osservato il termine di 10 giorni ex art. 48 Codice Appalti per la produzione della richiesta documentazione? la comunicazione via fax, che utilizza di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che documentano sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente, essendo garantita da protocolli universalmente accettati, è uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione?

Circa la perentorietà del termine di 10 giorni, fissato dall'art. 48 d. lgs. 163/06, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale prevalente (formatosi sull'interpretazione dell'art. 10, 1° comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, che recava la stessa norma, limitatamente agli appalti di lavori pubblici) secondo cui esso va inteso come perentorio in quanto, se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel termine e non fosse previsto alcun momento finale, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi sine die la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità - inaccettabile - di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti. Questa, invero, appare al Collegio l'unica interpretazione ragionevole, alla luce del principio di economicità del procedimento introdotto dall'art. 1 della l. 241/90 e riaffermato (con l'aggiunta del corollario principio di tempestività) dall'art. 2 dello stesso codice degli appalti. Com'è noto, infatti, la perentorietà di un termine può derivare o dalla dichiarazione espressamente contenuta nella legge oppure essere desunta implicitamente dalla "ratio legis" e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento, in un arco di tempo prefissato, è indirizzato a soddisfare. Quest'ultimo è appunto il caso del termine di 10 giorni fissato dall'art. 48 d. lgs. 163/06, per le esigenze di immediato esaurimento del tratto procedimentale, esposte sopra. Essendo il termine perentorio, è irrilevante che la ricorrente abbia successivamente comprovato, presentando tardivamente la relativa documentazione, i requisiti richiesti. La relativa censura va dunque disattesa

Merita di essere segnalata la sentenza numero 20241 del 27 novembre 2008, emessa dal Tar Campania, Napoli dalla quale, in tema di perentorietà di entrambi di termini di cui all'articolo 48 del codice dei contratti, apprendiamo che:

< Di contro, s'osserva che, pur non ignorando il Collegio che il menzionato disposto normativo - come emerso anche nella fase cautelare del presente giudizio - ha dato luogo a difformi pronunce in ordine al carattere perentorio ovvero ordinatorio del termine in questione, deve ribadirsi l'assunto di cui sopra per cui tale termine abbia in entrambi i casi carattere perentorio, anche se la disposizione in questione non lo qualifica espressamente tale. La perentorietà del termine si desume, nel caso di specie, sia dall'automaticità delle sanzioni a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni; sia dalla correlata esigenza di garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara; né potrebbe a ragione affermarsi che lo stesso appare eccessivamente breve specie allorché, come nel caso di specie, la documentazione deve essere preventivamente richiesta ad altro Ente: neppure un tale ragionamento può essere condiviso, non potendosi porsi in dubbio che

costituisce un elementare onere di diligenza, a carico del concorrente, quello di tenere pronta la documentazione che dovrà presentare alla Stazione appaltante, senza attendere l'esplicita richiesta, atteso che si tratta di documenti noti sin dal momento di indizione della gara. In conclusione non può condividersi l'assunto di parte ricorrente per cui va differenziata l'ipotesi dei controlli a campione (relativamente alla quale il termine dovrebbe ritenersi perentorio), da quella (ricorrente nel caso di specie) della richiesta della documentazione all'aggiudicatario ed al secondo classificato: ed, invero, se per il primo caso il termine è riconosciuto come perentorio, non si scorge perché dovrebbe essere considerato ordinatorio in relazione alla seconda fattispecie, atteso che contrariamente a quanto afferma l'impresa ricorrente, le esigenze di celerità e correttezza che si rinvengono per la prima ipotesi sono le stesse che ricorrono per la seconda; ed allora non possono ignorarsi i noti brocardi: "Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio", "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus".>

Per quanto concerne questo argomento, si legga anche

Il termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni, è da considerarsi perentorio (e non sollecitatorio): è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara

L'automaticità delle sanzioni per mancata prova dei requisiti entro il termine di dieci giorni, non può che orientare per la perentorietà del termine medesimo.

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 6528 del 21 ottobre 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori —art.10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n.109 – legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria – documentazione presentata dopo il termine dei 10 giorni – confermata la perentorietà del termine – il tipo di requisiti da comprovare sono noti – previsione anche nel bando – nessun ricorso alla *lex specialis*

Decisione primo grado

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 31 luglio 2002, n. 3279*****

Esito del giudizio di appello:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello, compensando le spese; per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado;

Conseguenze operative:

Anche se la disposizione dell'art. 10, comma 1 quater, non qualifica espressamente il termine come perentorio; tuttavia, la natura perentoria di un termine ben può desumersi da un'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla specifica disposizione: e l'automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni non può che orientare per la perentorietà del termine medesimo. Ciò non senza rilevare che il termine che ne occupa è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara; che la norma stessa prevede la richiesta documentale in prossimità dell'apertura delle buste contenenti le offerte (adempimento, questo, caratterizzato da ovvie esigenze di celerità); che la documentazione, per essere indicata nel bando o

nella lettera d'invito, è ben nota al concorrente e che è quindi configurabile un onere di premunirsi in maniera tempestiva per l'eventualità della richiesta stessa. Va ancora osservato che una qualificazione del termine come meramente sollecitatorio sarebbe in ogni caso incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica

Ma vi è di più

In merito all'utilizzo del fax quale strumento di comunicazione da e per la PA:

Di contro deve osservarsi che era onere dei concorrenti prestare attenzione e porre la massima diligenza nell'apprestare i loro apparecchi di ricezione dei fax, affinché fossero in perfetta efficienza. Ciò, del resto, è perfettamente conforme al codice degli appalti, che all'art. 77 (rubrica: Regole applicabili alle comunicazioni), co. 1, ha stabilito che "tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una combinazione di tali mezzi". Nella fattispecie, da gli atti di causa, emerge da un lato che l'amministrazione aveva inviato correttamente inviato il fax al numero in questione, con conseguente ricezione; e, dall'altro, che la ricorrente ha genericamente negato di aver ricevuto tempestivamente il fax, a causa di un non regolare funzionamento della stessa macchina. In ogni caso, il Collegio condivide quell'orientamento giurisprudenziale (cfr., in tal senso: Cons. St., VI, 2951/07), secondo cui la comunicazione via fax, che utilizza di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che documentano sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente sia, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente, essendo garantita da protocolli universalmente accettati, è uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. Non avrebbe alcun senso, altrimenti, la previsione del codice degli appalti sull'utilizzabilità, anche in via esclusiva, di tale mezzo di comunicazione che, comunque, è in linea col d.p.r. 445/00 che consente un uso generalizzato del fax, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3). Tanto è vero che "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale (articolo 43, comma 6)." Ne consegue che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, spettando semmai al destinatario l'onere di provare la mancata o, come nel caso di specie, la tardiva ricezione del fax a causa di un malfunzionamento dell'apparecchio. Tale prova contraria nel caso di specie non è stata fornita. Il fax era quindi idoneo a far decorrere il citato termine perentorio di 10 giorni. Anche le relative censure vanno dunque disattese>

A questo proposito si legga anche:

Essendo l'uso del fax espressamente previsto dalla lex specialis di gara ed avendo una partecipante indicato all'Amministrazione il proprio numero di fax per la ricezione di comunicazioni inerenti la gara, non può esservi dubbio sul fatto che la conoscenza dell'aggiudicazione acquisita via fax fosse idonea a far decorrere il termine per impugnare: il fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova, spettando semmai al destinatario l'onere di provare la mancata ricezione del fax a causa di un difetto di funzionamento dell'apparecchio.

Sull'uso del fax quale strumento di comunicazione in una procedura ad evidenza pubblica, merita di riportare il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2951 del 4 giugno 2007:

ma non solo

<Nè possono invocarsi, in caso di produzione tardiva, ragioni di grave impedimento al fine di evitare l'esclusione, configurandosi diversamente l'inaccettabile ipotesi di un'aggiudicazione provvisoria potenzialmente erronea ovvero e soprattutto di una stasi dei tempi di gara incompatibile con le previsioni del bando.

Ne deriva, in generale, che se entro il termine utile la documentazione non è fornita l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti>

Attenzione però perché occorre distinguere due diverse ipotesi

<Nel caso in cui, successivamente e quindi tardivamente, la documentazione sia invece comunque presentata, occorre verificare se questa compri o meno le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

Infatti, se la prova è positivamente fornita le vicende di gara (esclusione ed incameramento) restano sfavorevolmente definite, ma la concorrente ritardataria non sarà assoggettata a sanzione, non avendo fornito falsa dichiarazione.

Se invece, come nel caso all'esame, la concorrente fornisce tardivamente una documentazione insufficiente l'ordinamento reagisce anche sotto il profilo sanzionatorio, risultando tale ipotesi del tutto sovrapponibile a quella della mancata produzione dei documenti richiesti.

Ne consegue, per quanto qui rileva, da un lato che la violazione del termine comporta comunque quel legittimo incameramento della cauzione che la Società ha invano contestato col ricorso introduttivo; dall'altro che la presa in considerazione da parte della Stazione appaltante della documentazione tardivamente prodotta non sana in alcun modo l'inadempimento posto in essere dalla partecipante.>

Ma l'emarginata decisione risulta importante anche per le affermazioni in merito allo scopo che la cauzione provvisoria riveste per quanto concerne le procedure ad evidenza pubblica:

<Come ben chiarito dal T.A.R., la cauzione provvisoria del partecipante alla gara d'appalto ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si presentasse poi a stipulare il relativo contratto.

Successivamente, però, in virtù del citato art. 10, comma 1 quater, la cauzione ha assunto l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o lettera di invito.

Ne deriva che nell'attuale sistema la cauzione sta a garantire, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara.

In conclusione il mezzo in rassegna va disatteso proprio perché la cauzione rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento – qui fattualmente ammesso - di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.>

A cura di Sonia LAzzini

**Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici di lavori
, servizi e forniture**

Parere n. 14

del 29/1/2009

PREC 280/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ASL n. 4 di Matera – Appalto mediante procedura aperta per il servizio di brokeraggio.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 maggio 2008, è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale l'ASL n. 4 di Matera ha rappresentato di aver chiesto alla ditta ALFA S.p.A. di comprovare i requisiti ex articolo 48 del Codice dei contratti pubblici e che la medesima ha trasmesso la documentazione richiesta entro il termine di dieci giorni prescritto.

In sede di valutazione della documentazione prodotta l'ASL avrebbe, tuttavia, riscontrato alcune irregolarità in ordine alla dimostrazione di alcuni dei requisiti dichiarati e, conseguentemente, deciso di sospendere il procedimento, al fine di acquisire preventivamente un parere dell'Autorità in ordine a due profili concernenti l'interpretazione dell'articolo 48 del Codice:

a) se il termine di dieci giorni prescritto vada inteso in senso non perentorio, consentendo in tal modo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta dell'integrazione documentale necessaria;

b) se, in caso di eventuali irregolarità formali riscontrate in sede di procedimento di verifica, la stazione appaltante possa adottare il provvedimento di esclusione senza segnalare all'Autorità le motivazioni delle irregolarità riscontrate, salvo il caso di false dichiarazioni.

In sede di contraddittorio documentale la ditta ALFA S.p.A. ha contestato la legittimità della eventuale provvedimento di esclusione che la stazione appaltante potrebbe emettere nei propri confronti, sostenendo che la comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, non possa comprendere anche i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38.

Dal suo canto, la stazione appaltante ha ribadito la posizione già espressa in sede di presentazione dell'istanza.

Ritenuto in diritto

Al fine di fornire una risposta ai due quesiti posti dalla ASL n. 4 di Matera, occorre prioritariamente definire l'inquadramento giuridico della disposizione di cui all'articolo 48 e precisarne la *ratio*.

L'articolo 48, comma 1, del Codice prevede che la stazione appaltante, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richieda ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. In caso di ritardata od omessa comprova, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla gara, procedendo, altresì, all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità ai fini

dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, del Codice e dell'eventuale sospensione dalla partecipazione alle gare.

La disposizione, come più volte evidenziato dall'Autorità (*cfr. deliberazione n. 139 del 9 maggio 2007, pareri n. 107 del 15 novembre 2007 e n. 112 del 9 aprile 2008, determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008*) mira ad evitare che lo svolgimento della gara, in presenza di dichiarazioni mendaci ovvero in caso di mancata prova dell'effettivo possesso dei requisiti, possa essere falsato dalla partecipazione di soggetti che non siano in possesso dei requisiti minimi richiesti per concorrere e, partecipando, rischierebbero di alterare l'esito della gara medesima.

Ne consegue che la norma assolve la funzione di garantire sia l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente in ordine agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, sia la speditezza del procedimento, consentendo alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di quei partecipanti privi dei requisiti di ordine speciale, che, con offerte inappropriate, potrebbero influenzare la determinazione della soglia di anomalia.

Così inquadrata la *ratio legis* della disposizione di cui all'articolo 48 del Codice è possibile delineare i profili interpretativi posti all'attenzione dell'Autorità.

In relazione al primo quesito proposto, concernente la natura del termine di dieci giorni prescritto dall'articolo 48 entro il quale gli offerenti sorteggiati devono comprovare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, esso va considerato un termine perentorio.

La natura perentoria del termine sarebbe rinvenibile non solo nella specifica finalità che l'articolo 48 persegue, ma anche dall'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla disposizione stessa e dalle sanzioni a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti nel termine previsto.

Peraltro, sulla perentorietà di tale termine anche la giurisprudenza amministrativa ha assunto una posizione consolidata, sostenendo che se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel termine e non fosse previsto alcun momento finale, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi *sine die* la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità di chiudere definitivamente l'attività di verifica dei requisiti e di poter procedere successivamente alla apertura delle offerte. Ciò contrasterebbe, peraltro, con il principio di economicità del procedimento di cui all'articolo 1 della legge n. 241/1990 e all'articolo 2 del Codice medesimo.

Attesa la natura perentoria del termine, l'eventuale documentazione presentata dopo il suo inutile decorso deve essere considerata come non prodotta, in quanto in presenza di un termine perentorio il mero ritardo è equiparato all'inadempimento definitivo (in tal senso *cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII sentenza n- 20241 del 27 novembre; Consiglio di Stato sez. IV sentenza n. 4098 del 20 luglio 2007; TAR Lazio, Roma, sez. III sentenza n. 5338 del 30 maggio 2008*).

Quanto al secondo quesito proposto, concernente l'obbligatorietà, a seguito del procedimento di verifica effettuato, della comunicazione all'Autorità dell'avvenuto provvedimento di esclusione nei

confronti dei concorrenti che non siano in possesso dei requisiti di ordine speciale, la sua soluzione è rinvenibile nell'atto di regolazione che l'Autorità ha emesso con determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008.

In esso l'Autorità ha sancito l'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ex articolo 48 e la sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, non essendo rinvenibile nella scelta del legislatore la volontà di lasciare alla stazione appaltante margini discrezionali in ordine alla realizzazione del controllo e alla comunicazione dell'eventuale esito negativo all'Autorità medesima.

Conseguentemente, sussiste in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di comunicare all'Autorità i provvedimenti di esclusione emessi ai sensi dell'articolo 48 del Codice, entro dieci giorni dall'avvenuta esclusione.

La mancata comunicazione ovvero il ritardo della stessa saranno sanzionati ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del Codice, mentre nei confronti dell'operatore economico escluso verrà instaurato un procedimento in contraddittorio al termine del quale saranno eventualmente comminate dall'Autorità la sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione dalle gare, graduata a seconda della gravità da un minimo di un mese ad un massimo di dodici mesi, previsto nelle ipotesi di dichiarazione scientemente falsa.

La medesima determinazione esclude dalla comunicazione le sole irregolarità meramente formali, che risultano dallo svolgimento del procedimento di gara e che comportano un provvedimento di non ammissione più che di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'articolo 48, comma , vada interpretato nei seguenti termini:

- il termine di dieci giorni previsto nella disposizione ha natura perentoria;
- l'attivazione del procedimento di verifica dei requisiti ex articolo 48, comma 1, è obbligatoria e si applica ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo;
- sussiste in capo alle stazione appaltanti, al termine del sub-procedimento di verifica dei requisiti di ordine speciale, l'obbligo di comunicare all'Autorità i provvedimenti di esclusione emessi nei confronti dei partecipanti che non abbiano comprovato i requisiti richiesti.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6.2.2009