

L'escussione della provvisoria per mancata dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica e finanziaria richiesto dal bando di gara, in un primo tempo soltanto autocertificato

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Non esiste alcun margine di discrezionalità per le stazioni appaltanti: il rigore del meccanismo è per garantire credibilità ed affidabilità alla fase articolata sulle dichiarazioni auto certificate

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 460 del 29 gennaio

2003

(n.d.r.: cfr
bandi tipo dell'Autorità dei lavori pubblici di ottobre 2003*****)

Parole chiave:

appalti di lavori - escussione cauzione provvisoria - mancata dimostrazione requisito speciale, autocertificato in sede di partecipazione - art.10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n.109 - legittima l'indisponibilità della stazione appaltante a favorire l'integrazione di documenti presentati incompleti

Istituto del sorteggio - unitario contesto sanzionatorio avente sicuro carattere di inscindibilità, pur se articolato su tre distinte prescrizioni - esclusione del concorrente dalla gara - escussione della relativa

cauzione provvisoria - segnalazione del fatto all'Autorità. - applicazione della norma con profili indiscutibili di doverosità e di automaticità - non sono ammesse
attenuazione del carico di penalità - non esiste alcuna discrezionalità dell'amministrazione.

Decisione primo grado

TAR delle Marche, n. 1243 del 21 novembre 2001 depositata il 6 dicembre 2001.*****

Con la sentenza impugnata il TAR Marche ha respinto il ricorso dell'odierno appellante, diretto ad ottenere l'annullamento della nota n. 530 in data 22 dicembre 2000 della ASL n.5 della Regione Marche, che ha disposto la escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità sui lavori pubblici per i provvedimenti di cui all'art.4 , comma 7, della legge n.109 del 1994 e per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art.8, comma 7, della stessa legge

Esito del giudizio di appello:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge

Conseguenze operative:

L'analisi della norma di cui all'articolo 10 comma 1 quater fatta dal giudice di primo grado, sulla base anche dell'esperienza applicativa e degli orientamenti giurisprudenziale già consolidati, chiarisce bene il carattere automatico e non derogabile del meccanismo sanzionatorio ivi disciplinato. La sanzione non poggia su una previa disamina della non riconoscibilità dell'errore, ma su un dato oggettivo:

entro il termine perentorio ivi previsto, dieci giorni, il soggetto partecipante alla gara non è stato in condizione di asseverare in via documentale le affermazioni contenute nella sua dichiarazione auto certificata. E' questo l'unico profilo fattuale che la stazione appaltante deve verificare. Il particolare rigore del meccanismo si spiega proprio in ragione del fatto che **esso serve a garantire credibilità ed affidabilità alla fase articolata sulle dichiarazioni auto certificate** Esso deve essere interpretato in modo coerente con la sua funzione che è esattamente quella di eliminare nella massima misura possibile spazi discrezionali di interpretazione che inevitabilmente indebolirebbero l'affidabilità delle autocertificazioni. Il rigore dunque è funzione di una procedura che, come reciproco, intende valorizzare nella **maggiore misura possibile l'affidamento delle stazioni appaltanti sulla veridicità delle dichiarazioni dei partecipanti, e per questa via garantire il massimo di partecipazione alla gara.**

Se il punto è la immediata riconoscibilità dell'errore e se tale riconoscibilità è rimessa alla verifica di dati oggettivi e documentali, nel caso di cui ci occupiamo l'errore non era riconoscibile e la documentazione è pervenuta in ritardo. Ogni diverso comportamento da parte della stazione appaltante, che ha correttamente applicato la norma de qua, avrebbe costituito una palese violazione della par condicio tra i partecipanti

Importante evoluzione della norma

E' ancora assolutamente troppo presto per azzardare qualsiasi tipo di commento, ci limitiamo solo ad sottolineare, a braccio, l'"anomalia" appena scoperta.....assolutamente in tema con le due sentenze appena commentate

Ancora un volta una sorpresa dall'autorità dei lavori pubblici: dopo la Legge 3/2003 sull'autocertificazione, viene ripristinato il sorteggio (su tutti i partecipanti) di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i.

Affinchè tutto resti come prima, bisogna che tutto cambi: ritorna il rischio della polizza provvisoria per la (auto) dimostrazione dei requisiti generali (non solo sul primo e secondo) e speciali (sui sorteggiati)

Ecco qui dopo l'introduzione dell'obbligo delle Soa per lavori sopra di 150.000 e la relativa "archiviazione" di tutte le noie dell'articolo 10 comma 1 quater della Merloni (persino i giudici amministrativi avevano tirato un sospiro di sollievo!), né le amministrazione né gli assuntori cauzioni potranno dire che tutta la precedente esperienza in materia di escussione della polizza provvisoria per mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale, sia stata vana!

Infatti l'Autorità dei llpp ha ben pensato di rimettere in pista il "famigerato" istituto del sorteggio di cui alla norma che, semplicemente, qui di seguito riportiamo:

Art. 10 (Soggetti ammessi alle gare) (...)

1-quater. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione

del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione

Tale "invenzione" la si legge nelle (neo) istruzioni per la compilazione dei bandi di gara di affidamento di lavori (tutta la documentazione è pubblicata sul sito dall'Autorità lavori pubblici)

"(...)

Qualora il modello di bando sia utilizzato per indire un pubblico incanto, è accompagnato da un disciplinare di gara e da un modello di domanda di ammissione alla gara e di dichiarazione a corredo dell'offerta; qualora sia utilizzato per indire una licitazione privata, è accompagnato da un modello di lettera di invito, da un modello di domanda di ammissione alla gara e dichiarazione a corredo della domanda e da un modello di dichiarazione a corredo dell'offerta. Anche questi modelli prevedono opzioni collegate con quelle previste nel modello di bando e sono stati predisposti tenendo conto che ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 il possesso dei requisiti generali e speciali va attestato con dichiarazione sostitutiva. **Ciò ha comportato la necessità di prevedere una fase di verifica a campione della veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, sia nel caso del pubblico incanto che della licitazione privata; tale verifica deve essere svolta in ogni caso per l'aggiudicatario e per il secondo in graduatoria (...)**

"Asburgicamente" ricordiamo che la Legge 16 gennaio 2003, n. 3 "Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione" (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 15 del 20 Gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 5) ha così disposto:

"(...)

Capo II - NORME DI SEMPLIFICAZIONE

Art. 15. (Modifiche al testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445)

Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, sono apportate le seguenti modificazioni:

dopo l'articolo 19 è inserito il seguente:

“Art. 19-bis.(L). (Disposizioni concernenti la dichiarazione sostitutiva)

La dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, di cui all'articolo 19, che attesta la conformità all'originale di una copia di un atto o di un documento rilasciato o conservato da una pubblica amministrazione, di un titolo di studio o di servizio e di un documento fiscale che deve obbligatoriamente essere conservato dai privati, può essere apposta in calce alla copia stessa”;

dopo l'articolo 77 è inserito il seguente:

“Art. 77-bis.(L). (Applicazione di norme)

Le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, **ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture**, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78”.

Ora nulla quaestio
se ci si ferma
ai lavori superiori a euro 20.658.276

“Disciplinare di gara europea per il lavori:

(...) 2. Procedura di aggiudicazione (...) La commissione di gara oppure il soggetto deputato all'espletamento della gara, il giorno fissato al punto IV.3.7.2) del bando per l'apertura delle offerte, in seduta pubblica, sulla base della documentazione contenuta nelle offerte presentate, procede a (...)

(caso di appalti di importo superiore a euro 20.658.276)

f) a sorteggiare un numero di concorrenti, pari al..... per cento del numero dei concorrenti ammessi arrotondato all'unità superiore, ai quali, ai sensi dell'art. 10 comma 1-quater, della legge n. 109/94 e s. m. - tramite fax inviato al numero indicato alla lettera n) della dichiarazione di cui al punto 3 dell'elenco dei documenti da inserire nella busta "A - Documentazione" - viene richiesto di esibire, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, la documentazione attestante il possesso della prescritta cifra d'affari in lavori

La commissione di gara oppure il soggetto deputato all'espletamento della gara, il giorno fissato per la seconda seduta pubblica, secondo quanto previsto al punto IV.3.7.2) del bando, procede:

a) all'esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti generali e speciali;

(caso di appalti di importo superiore a euro 20.658.276)

b) all'esclusione dalla gara dei concorrenti che non abbiano trasmesso la documentazione di prova della veridicità della dichiarazione del possesso del requisito speciale, contenuto nella busta "A - Documentazione", ovvero la cui dichiarazione non sia confermata;

c) alla comunicazione di quanto avvenuto agli uffici della stazione appaltante cui spetta provvedere all'escussione della cauzione provvisoria, alla segnalazione, ai **sensi dell'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/94** e s. m. e dell'art. 27, comma 1, del D.P.R. 34/2000, del fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai fini dell'inserimento dei dati nel casellario informatico delle imprese nonché all'eventuale applicazione delle norme vigenti in materia di dichiarazioni non veritiere."

.....in quanto tale opportunità (!) era già prevista dal regolamento *****:

Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34

Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, a norma dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109

(...)Art. 1 (Ambito di applicazione)

3. Fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 3, commi 6 e 7, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente Regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

(...)

Art. 3 (Categorie e classifiche)

(...)

6. Per gli appalti di importo a base di gara superiore a lire 40.000.000.000 (Euro 20.658.276), l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 18, commi 3 e 4, ed è **soggetto a verifica secondo l'articolo 10, comma 1-quater, della Legge.**

7. Per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione Europea la qualificazione di cui al presente regolamento non è condizione obbligatoria per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, nonché per l'affidamento dei relativi subappalti. Ai sensi dell'articolo 8, comma 11-bis, della Legge per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea l'esistenza dei requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare di appalto è accertata in base alla documentazione prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi. La qualificazione è comunque consentita, alle stesse condizioni richieste per le imprese italiane, anche alle imprese stabilite negli Stati aderenti alla Unione Europea.

Ma veramente non si riesce a coglierne il significato nel disciplinare di gara relativa all' AFFIDAMENTO DI SERVIZI TECNICI

“(...)

2. Procedura di aggiudicazione

(nel caso di aggiudicazione in base al ribasso più alto ovvero al prezzo più basso)

La commissione di gara oppure il soggetto deputato all'espletamento della gara, il giorno fissato al punto IV.3.7.2) del bando per l'apertura delle offerte, in seduta pubblica, sulla base della documentazione contenuta nella busta "A - Documentazione", procede a:

a) verificare la correttezza formale delle offerte e della documentazione ed in caso negativo ad escludere dalla gara i concorrenti cui esse si riferiscono;

b) verificare che non hanno presentato offerte concorrenti che, in base alla dichiarazione di cui al punto 2 dell'elenco dei documenti contenuti nella busta "A - Documentazione", sono fra di loro in situazione di controllo ed in caso positivo ad escluderli entrambi dalla gara;

c) verificare che i consorziati - per conto dei quali i consorzi stabili i cui all'art. 17, comma 1, lettera g-bis) della legge n. 109/94 e s. m. hanno indicato che concorrono - non abbiano presentato offerta in qualsiasi altra forma ed in caso positivo ad escludere il consorziato dalla gara;

d) a sorteggiare un numero di concorrenti, pari al..... per cento del numero dei concorrenti ammessi arrotondato all'unità superiore, ai quali, ai sensi dell'art. 10 comma 1-quater, della legge n. 109/94 e s. m. - tramite fax inviato al numero indicato nella dichiarazione di cui al punto 2 dell'elenco dei documenti da inserire nella busta "A - Documentazione" - viene richiesto di esibire, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, la documentazione attestante il possesso dei prescritti requisiti.

La commissione di gara oppure il soggetto deputato all'espletamento della gara [] ove lo ritenga necessario, e senza che ne derivi un aggravio probatorio per i concorrenti [] richiede alla amministrazione aggiudicatrice di effettuare, ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000, con riferimento eventualmente ai medesimi concorrenti individuati con il sorteggio sopra indicato oppure individuati secondo criteri discrezionali, di procedere ad ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni, contenute nella busta "A - Documentazione".

La commissione di gara oppure il soggetto deputato all'espletamento della gara, il giorno fissato per la seconda seduta pubblica, secondo quanto previsto al punto IV.3.7.2) del bando, procede:

a) all'esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risulti confermato il possesso dei prescritti requisiti;

b) alla comunicazione di quanto avvenuto agli uffici della stazione appaltante cui spetta provvedere all'escussione della cauzione provvisoria, alla segnalazione, ai sensi dell'art. 10,

comma 1-quater della legge n. 109/94 e s. m. del fatto all’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai fini dell’inserimento dei dati nel casellario informatico delle imprese nonché all’eventuale applicazione delle norme vigenti in materia di dichiarazioni non veritiere.”

Di *****

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1224/02, proposto **** srl, rappresentata e difesa dall'avvocato*****e, ed elettivamente domiciliata in Roma, Via del Casaletto, n.151, villino C int. 6,

contro

Unità Sanitaria Locale n. 5 Azienda Sanitaria di Jesi (AN), rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** , elettivamente domiciliata in Roma alla via Paolucci De' ***** n.9, presso lo studio del primo;

per l'annullamento

della sentenza del TAR delle Marche, n. 1243 del 21 novembre 2001 depositata il 6 dicembre 2001.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Vista la costituzione in giudizio della Unità Sanitaria Locale n. 5 di Jesi..

Viste le memorie presentate dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti tutti gli atti di causa.

Visto il dispositivo n. 382/02 reso da questo Collegio in esito all'udienza del 9 luglio 2002.

Relatore alla pubblica udienza del 9 luglio 2002 il Consigliere Paolo De Ioanna

Uditi gli avvocati come da verbale d'udienza.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

Fatto.

1. Con la sentenza impugnata il TAR Marche ha respinto il ricorso dell'odierno appellante, diretto ad ottenere l'annullamento della nota n. 530 in data 22 dicembre 2000 della ASL n.5 della Regione Marche, che ha disposto la escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità sui lavori pubblici per i provvedimenti di cui all'art.4 , comma 7, della legge n.109 del 1994 e per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art.8, comma 7, della stessa legge. Sulla base infatti del bando di gara (punto 11), gara diretta all'affidamento in appalto dei lavori di adeguamento dell'Ospedale di Cingoli, tutta la documentazione da allegare alle offerte sarebbe dovuta pervenire alla ASL n.5 delle Marche , a pena di esclusione, non oltre il 10 ottobre 2000. La stazione appaltante, constata la carenza della documentazione comprovante il

requisito della capacità tecnica e finanziaria

richiesto dal bando, requisito in un primo momento solo auto certificato, escludeva la ditta dalla gara e provvedeva ad escutere la cauzione provvisoria, facendo applicazione dell'art.10, comma 1 quater, della legge n.109 del 1994. La **** srl, in data 7 febbraio 2001 informava la stazione appaltante della cessione del ramo d'azienda intercorsa, in data 24 maggio 2000, con la ditta **** di *****, e trasmetteva la documentazione, in precedenza non prodotta: copia del contratto di cessione del ramo di azienda; dichiarazione sulla consistenza dell'organico; attestazione sulla correttezza contributiva; modelli riepilogativi INPS ed INAIL. La parte ricorrente in primo grado deduceva un comportamento della stazione appaltante elusivo della ratio della disposizione richiamata , in quanto essa ben avrebbe potuto richiedere notizie integrative per consentire alla ditta **** di chiarire la situazione irregolare che traspariva dalla documentazione. In sostanza si delineerebbe, da parte della stazione appaltante, un comportamento ingiusto ed elusivo del principio volto a favorire la massima partecipazione alle gare pubbliche .

2. La ASL n.5 di Jesi osservava che l'errore commesso dalla ditta ricorrente non era facilmente desumibile da parte della Commissione di gara: infatti per averne piena contezza è stata necessaria la produzione di una documentazione aggiuntiva recante la cessione del ramo d'azienda , produzione avvenuta solo in data 7 febbraio 2001, molto dopo la decorrenza dei termini perentori previsti dal bando.

3. La sentenza di primo grado, respingendo il ricorso, ha fatto perno sul carattere automatico e non derogabile del meccanismo disciplinato dall'art. 10, comma 1 quater della legge 11 febbraio 1994, n.109. La ditta **** ha proposto appello. La ASL n.5 di Jesi resiste. La causa è stata trattenuta in decisione nella pubblica udienza del 9 luglio 2002.

Diritto.

1. E' provato in atti che la ditta ****, richiesta ai sensi della indicata norma della legge n.109/1994, di comprovare documentalmente, nei termini ivi previsti, il possesso dei requisiti auto certificati, non è stata in condizione di farlo. La sanzione stabilita per tale inadempienza è disciplinata dalla legge in modo da eliminare ogni ragionevole margine di discrezionalità nel comportamento delle stazioni appaltanti: esse devono procedere all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza per i provvedimenti ivi previsti.

2. L'appellante deduce l'erronea applicazione della procedura sanzionatoria de qua fatta dalla stazione appaltante, erroneità non rilevata nella sentenza impugnata, sotto il profilo della mancanza di alcun elemento comportamentale che configuri atteggiamenti fraudolenti o collusivi o diretti ad alterare il regolare andamento della gara: ora, secondo

l'appellante, in mancanza di tali elementi, verrebbero meno i presupposti di ordine sostanziale per l'applicazione della procedura sanzionatoria. Inoltre, l'appellante deduce che l'errore commesso in sede di presentazione dei documenti richiesti, sarebbe comunque stato del tutto riconoscibile dalla stazione appaltante, la quale avrebbe dovuto richiedere chiarimenti ed integrazioni documentali, prima di passare alla fase sanzionatoria, escludendo la **** dalla gara (alla quale chiede di essere riammessa) e poi escutendo la cauzione provvisoria.

3. L'appello non è fondato e deve essere respinto. L'analisi della norma de qua fatta dal giudice di primo grado, sulla base anche dell'esperienza applicativa e degli orientamenti giurisprudenziale già consolidati, chiarisce bene il carattere automatico e non derogabile del meccanismo sanzionatorio ivi disciplinato. La sanzione non poggia su una previa disamina della non riconoscibilità dell'errore, ma su un dato oggettivo:

entro il termine perentorio ivi previsto, dieci giorni, il soggetto partecipante alla gara non è stato in condizione di asseverare in via documentale le affermazioni contenute nella sua dichiarazione auto certificata. E' questo l'unico profilo fattuale che la stazione appaltante deve verificare. Il particolare rigore del meccanismo si spiega proprio in ragione del fatto che esso serve a garantire credibilità ed affidabilità alla fase articolata sulle dichiarazioni auto certificate. Esso deve essere interpretato in modo coerente con la sua funzione che è esattamente quella di eliminare nella massima misura possibile spazi discrezionali di interpretazione che inevitabilmente indebolirebbero l'affidabilità delle autocertificazioni. Il rigore dunque è funzione di una procedura che, come reciproco, intende valorizzare nella maggiore misura possibile l'affidamento delle stazioni appaltanti sulla veridicità delle dichiarazioni dei partecipanti, e per questa via garantire il massimo di partecipazione alla gara.

4. Nel caso che ci occupa, il punto cruciale sta nel fatto che l'errore commesso dalla ditta partecipante non era affatto riconoscibile, non era di ordine formale, non era auto evidente ed era anzi di tale natura da poter essere eliminato solo con dichiarazioni ulteriori, che se richieste avrebbero vulnerato irrimediabilmente proprio quel carattere automatico ed inderogabile che deve caratterizzare questa procedura. Il successivo svolgimento dei fatti, dimostra proprio questo assunto: solo il successivo invio documentale del 7 febbraio 2002, a termini largamente scaduti, consente di comprendere esattamente l'operazione negoziale della intervenuta cessione del ramo d'azienda, che sembrava riconfigurare i requisiti tecnico economici inizialmente richiesti dal bando. E ciò a prescindere dalla circostanza che l'esclusione dalla gara aveva comunque una sua base ben fondata nella carenza dei requisiti documentativi relativi ai versamenti INPS e INAIL.

5. Le considerazioni prima svolte sulla natura del meccanismo sanzionatorio applicato dalla stazione appaltante, tolgono ogni rilevanza alle considerazioni dirette a dimostrare la carenza di profili comportamentali fraudolenti o collusivi: si tratta infatti

di profili che non sono assolutamente considerati nel meccanismo in questione, la cui soglia applicativa scatta sulla base della sola verifica di elementi del tutto oggettivi e fattuali, che prescindono, ed anzi devono prescindere, da valutazioni di ordine diverso. Se il punto è la immediata riconoscibilità dell'errore e se tale riconoscibilità è rimessa alla verifica di dati oggettivi e documentali, nel caso di cui ci occupiamo l'errore non era riconoscibile e la documentazione è pervenuta in ritardo. Ogni diverso comportamento da parte della stazione appaltante, che ha correttamente applicato la norma de qua, avrebbe costituito una palese violazione della par condicio tra i partecipanti.

6. Per le ragioni svolte, l'appello deve essere respinto. Sussistono giusti motivi per compensare interamente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Spese di lite
interamente compensate tra le parti.

Ordina che la Pubblica Amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 9 luglio 2002, con la partecipazione di:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere estensore.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 29 gennaio 2003

*****TAR delle Marche, n. 1243 del 21 novembre 2001 depositata il 6 dicembre 2001.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLE MARCHE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.110 del 2001 proposto dalla s.r.l. ****, con sede in Rieti, in persona del suo rappresentante legale pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, elettivamente domiciliato in Ancona, presso l'avv. *****, alla P.zza del Plebiscito, n.55;

contro

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. n.5 di JESI, in persona del suo Di-rettore Generale pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, elettivamente domiciliato in Ancona, alla Piazza Cavour

n.2, presso l'avv. *****;

- il RESPONSABILE del procedimento, dipendente dell'Azienda U.S.L. suddetta geom. **** **, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento n.530 del 22.12.2000, a firma del Funzionario dell'Azienda U.S.L. intimata responsabile del procedimento, relativo alla gara pubblica indetta dall'Azienda Sanitaria per l'affidamento in appalto dei lavori d'adeguamento alle norme di sicurezza e di prevenzione incendi da realizzare nell'Ospedale di Cingoli, con cui è stata disposta l'escussione della cauzione provvisoria costituita dalla società ricorrente in occasione della partecipazione alla gara suddetta a titolo di sanzione per la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, con contestuale segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici;

- di tutti gli atti antecedenti e successivi e comunque connessi, ivi compreso il presupposto provvedimento d'esclusione dalla gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.5 di Jesi;

Vista l'ordinanza 21 febbraio 2001, n.85, d'accoglimento del-l'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza istruttoria 26 maggio 2001 n.627;

Visti gli atti prodotti in adempimento;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 21 novembre 2001, il Presidente *****;

Uditi l'avv. C.Gianfelice per la parte ricorrente e l'avv. ***** per l'Azienda sanitaria resistente;

Visto il dispositivo n.47, pubblicato in data 23 novembre 2001, ai sensi dell'art.23/bis, VI comma, della L. 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto con l'art.4 della L. 21 luglio 2000, n.205;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato il 9.2.2001, depositato in pari data, la s.r.l.

*** di Rieti ha impugnato l'epigrafato provvedimento dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.5 di Jesi con cui è stata disposta l'escusione della cauzione provvisoria di L.15.400.000 costituita per la partecipazione al pubblico incanto indetto dall'Amministrazione per l'affidamento in appalto dei lavori relativi all'adeguamento dell'Ospedale di Cingoli.

L'escusione del deposito cauzionale ha trovato motivo nella di-sposta esclusione della ditta dal procedimento di scelta del contraente a causa della mancata dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica e finanziaria richiesto dal bando di gara, in un primo tempo soltanto autocertificato.

La parte ricorrente ha esteso l'impugnativa anche al presupposto provvedimento d'estromissione dalla gara, anche se poi, in sede di conclusioni, ha invocato l'annullamento della sola determinazione d'incameramento della cauzione.

In sostanza, a seguito di richiesta di comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, ai sensi dell'art.10, I comma, della legge 11 febbraio 1994, n.109, la società ricorrente nel termine assegnato all'uopo dalla stazione appaltante non è stata in grado di dimostrare il possesso dei requisiti suddetti, in quanto dalla documentazione trasmessa all'Azienda sanitaria non risultavano sussistenti in capo alla società concorrente **** pregresse esperienze lavorative adeguate a quelle richieste per comprovare il possesso dei requisiti tecnici suddetti, dal momento che la certificazione relativa alla Ditta individuale **** di **** non poteva essere presa in considerazione, in quanto sodalizio estraneo alla ragione sociale della concorrente principale ****.

Avverso i provvedimenti oggetto d'impugnativa viene dedotta la violazione dell'art.10, comma 1/quarter, della legge 11 febbraio 1994, n.109, nonché eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta.

La parte ricorrente ammette d'aver indotto in errore la stazione appaltante, dal momento che nel trasmettere la documentazione atte-stante la pregressa esperienza lavorativa e la capacità organizzativa e finanziaria della ditta individuale **** di **** si è astenuta dal documentare il collegamento esistente tra tale impresa e la società **** che formalmente ha partecipato alla gara, poichè ha per mero errore omesso di trasmettere copia del con-tratto di cessione di ramo d'azienda intervenuta tra la suddetta ditta individuale e la s.r.l. Elettroservizi che poi in data 24.5.2000 ha mu-tato la propria ragione sociale in **** s.r.l.

Tuttavia, in relazione a tali circostanze la parte deducente denun-cia nell'operato dell'Azienda sanitaria intimata un comportamento in-giusto ed elusivo dello spirito della norma cui ha inteso dare applica-zione con l'esclusione dalla gara e con l'escussione della cauzione, ben potendo richiedere notizie integrative per consentire all'impresa di chiarire la situazione irregolare che traspariva dalla documentazione da quest'ultima trasmessa, la cui incompletezza poteva essere facil-mente riferita ad un'erronea allegazione documentale.

L'indisponibilità dimostrata dalla stazione appaltante a favorire l'integrazione di documenti presentati incompleti per errore commes-so in sede di trasmissione, integra, secondo la parte ricorrente, un comportamento ingiusto ed elusivo del principio preordinato a favori-re la massima partecipazione alle pubbliche gare.

Da ciò la prospettata illegittimità dell'esclusione dal procedimento di scelta del contraente della società ricorrente ed ancor più della di-sposta escussione della cauzione provvisoria, tenuto conto che dopo la contestazione dell'addebito la società ricorrente ha dato compiuta di-mostrazione del possesso dei requisiti tecnici, organizzativi e finanzia-ri richiesti dal bando.

In data 20.2.2001, si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria U.S.L. n.5 di Jesi il cui difensore ha confutato gli assunti invalidatori prospettati con il ricorso, in relazione alla mancata dimostrazione da parte della società **** del possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara nel termine assegnato dalla stazione appal-tante e neppure nell'immediatezza della comunicazione delle ragioni dell'esclusione avvenuta con lettera del 5.12.2000.

Viene negata l'asserita rilevabilità dell'errore commesso dalla dit-ta ricorrente in sede di trasmissione dei documenti preordinati a com-provare il possesso di requisiti in precedenza soltanto autodichiarati, poiché l'intervenuta acquisizione da parte della società **** del ramo d'azienda della ditta individuale **** non era affatto facilmente desumibile da parte della Commissione di gara, tanto è vero che per avere contezza di ciò è stata necessaria la produ-zione del contratto di cessione d'azienda, avvenuta tuttavia solo in data 6 febbraio 2001 a cura del legale di parte ricorrente, quando ormai la gara era stata definitivamente aggiudicata (23.11.2000).

Da ciò l'infondatezza delle censure dedotte con il ricorso, attesa la doverosità della disposta esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a fronte della mancata dimostrazione del possesso dei re-quisiti d'ammissione nel termine di 10 giorni richiesti dall'art.10, comma 1/quarter, della legge n.109 del 1994 che importa l'automatica sanzione dell'escussione del deposito cauzionale.

Con ordinanza cautelare 21 febbraio 2001, n.85, il Tribunale ha disposto la sospensione dell'esecuzione dell'impugnato provvedi-mento d'incameramento della cauzione.

Nell'imminenza della pubblica udienza di discussione della causa, il difensore dell'Amministrazione sanitaria resistente ha depositato una memoria conclusionale con cui ha diffusamente ribadito gli argomenti in precedenza assunti a confutazione delle censure di parte ricorrente, evidenziando nel contempo che, indipendentemente dalla tardività con cui la società ricorrente ha provveduto al deposito documentale imposto dal bando di gara, il che importa di per sé l'esclusione dal procedimento di scelta del contraente e la conseguente escusione della cauzione provvisoria, la certificazione esibita ben oltre il termine assegnato non comprova affatto il possesso dei requisiti di capacità finanziaria previsti dalla lettera d'invito e, quindi, a fronte di tale ulteriore circostanza, l'incameramento della cauzione risulta comunque giustificato.

Dopo l'avvenuto adempimento istruttorio da parte del funzionario incaricato della verifica formalizzata con il deposito della relativa relazione in data 3.9.2001, i difensori di parte ricorrente hanno prodotto ulteriore memoria in data 10.11.2001 con cui hanno, in sostanza, ribadito le proprie tesi e conclusioni.

Anche il difensore dell'Amministrazione ha insistito per il rigetto del ricorso con memoria del 9.11.2001, in relazione a quanto asserito riscontrato in sede di verifica.

DIRITTO

La legge 11 febbraio 1994 n.109, art. 10 comma 1 quater, prevede che, anteriormente alla apertura delle buste contenenti le offerte pre-sentate per la partecipazione a pubbliche gare per l'affidamento dei lavori pubblici, venga effettuata richiesta, ad un determinato numero di offerenti, scelti per sorteggio, di comprovare documentalmente, en-tro dieci giorni, il possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Per il caso che tale prova non avesse ad essere fornita : “i soggetti aggiudicatari procedono all’esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all’Autorità per i provvedimenti di cui - omissis”.

Il dettato normativo, testualmente riportato, configura un unitario contesto sanzionatorio avente sicuro carattere di inscindibilità, pur se articolato su tre distinte prescrizioni.

L'applicazione della norma assume inoltre profili indiscutibili di doverosità e di automaticità, senza che possa ammettersi al riguardo alcuna attenuazione del carico di penalità.

Ciò comporta che, alla scadenza del termine fissato dalla legge per le produzioni documentali probatorie, l'intero dettato normativo debba trovare piena attuazione e dunque che, nella specie, debba essere, fra l'altro, operato l'incameramento della cauzione.

Essa infatti viene acquisita, ipso iure, al patrimonio del soggetto aggiudicatore, all'atto dell'inadempimento dell'offerente, per il che ogni eventuale omissione al riguardo comporterebbe un distoglimento di risorsa ormai pubblica e che, afferendo al soggetto pubblico, determinerebbe responsabilità di varia natura, finanche sotto il profilo penalistico in caso di omissione.

Non può pertanto ipotizzarsi alcuna scindibilità delle sanzioni istituite dalla legge e pertanto la pretesa della ricorrente di non essere sottoposta alle misure confiscatorie, non può trovare accoglimento, stante la rigidità del sistema sanzionatorio.

Va peraltro considerato ai fini di maggior completezza dell'esame del caso, che un punto di maggiore flessibilità del dettato potrebbe essere individuato nella qualificazione del termine di dieci giorni previsto per la produzione documentale a carico dell'impresa, come termine meramente ordinatorio e non perentorio, ciò che consentirebbe di evitare l'automatismo della sanzione nei casi in cui il mancato rispetto del termine prefissato avesse a dipendere da cause di forza maggiore o da difficoltà sopravvenute nel contesto dell'ottemperanza all'ordine di produzione documentale.

Ed invero, laddove i requisiti in oggetto, ove accertati come sussistenti in base a prova formalizzata dopo il termine sopra esposto, avessero a non avere rilevanza in ragione della scadenza di detto termine si avrebbe per conseguenza l'estromissione di un valido offerente dalla gara, con evidente nocumento per l'Amministrazione interessata alla promozione della più ampia possibile concorrenzialità nelle offerte.

Si pensi ad esempio al caso di gara ristretta a pochi offerenti ed alla possibile incidenza della tardiva (o lievemente incompleta) produzione della documentazione comprovativa, in capo a struttura imprenditoriale di particolare valore, ciò che comporterebbe l'estromissione di un offerente avente la potenziale idoneità alla proposta più vantaggiosa o più affidabile per l'Amministrazione.

Deve dunque ritenersi che il costruito normativo possa, sul punto, essere ricondotto a più appropriata razionalità, attraverso un processo interpretativo non altrimenti praticabile in altri comparti dispositivi della legge.

Ne deriva che ove fosse superato, per apprezzabili ragioni, il termine di dieci giorni per la produzione della riferita documentazione, come sembra essere nel caso di specie, ovvero venisse ad essere oggettivamente scusabile l'improprietà dell'inadempienza a fronte di sicure emergenze probatorie aliunde desumibili in forma certa, non debba essere incisa l'unitarietà delle sanzioni ricomprendente la cauzione, sibbene debba disporsi la ammissione della impresa alla gara e ciò non in considerazione di un "favor" di questa, ma nel superiore interesse della gara alla pluralità delle offerte.

Nè risponderebbe, il contrario avviso, ad alcun apprezzabile interesse pubblico se non quello, estremamente labile, della speditezza della gara, trattandosi di un momento incidentale della stessa e per la quale ha scarsa conferenza la somministrazione di termini perentori.

E' bensì vero che la difforme qualificazione circa la natura del termine, comporta l'apertura di fasi discrezionali nel giudizio circa la scusabilità dell'inadempimento, inconveniente questo cui potrà sopporre il prudente e motivato contegno della Amministrazione, ispirato comunque al dovuto rispetto dei canoni di sensatezza e nel rispetto della par condicio tra gli offerenti.

Una richiesta di scusabilità non è peraltro avanzata dalla odierna ricorrente che non sembra avere attuale interesse alla gara, essendo unicamente intesa ad evitare l'incameramento della cauzione come sembra dimostrato dalle conclusioni rassegnate, nonché dalle dichiarazioni di udienza.

Risultato questo non conseguibile, in ragione di quanto esposto, e che comporta un pieno giudizio di legittimità dell'operato amministrativo.

Dalla presente pronuncia discende la decadenza della misura cautelare disposta con ordinanza del 21.2.2001 n.285.

Sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche respinge il ricorso in epigrafe indicato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del 21 novembre 2001, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. ***** - Presidente, est

Dott. *****

- Consigliere

Dott. *****

- Consigliere

Publicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 6 DIC. 2001

Ancona, 6 DIC. 2001

IL SEGRETARIO GENERALE

<https://www.diritto.it/l-escussione-della-provvisoria-per-mancata-dimostrazione-del-possesso-del-requisito-di-capacita-tecnica-e-finanziaria-richiesto-dal-bando-di-gara-in-un-prim-tempo-soltanto-autocertificato/>