

Deve essere immediatamente chiarito che il ricorso di primo grado è puntuale nel denunciare la mancata esclusione dell'aggiudicatario, per effetto dell'inadempimento della stessa all'obbligo di depositare la documentazione attestante il possesso dei requ

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

A parte ciò - pur dovendosi dare atto che l'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/1984, ha dato adito a non univoca interpretazione giurisprudenziale - deve essere affermato che la linea esegetica seguita dal giudice di primo grado appare la sola condivisibile, sulla base dei canoni grammaticale e logico che hanno condotto il Consiglio, già prima, ad identiche conclusioni

La conclusione che ne deriva è che - se aggiudicatario e secondo classificato erano obbligati, sin dalla partecipazione alla gara, a possedere i requisiti e ad essere in grado di dimostrarne il possesso, e se, d'altra parte, ove fossero stati sorteggiati, erano tenuti a rendere dimostrazione entro dieci giorni dalla richiesta, pena l'esclusione dalla gara e l'applicazione delle sanzioni consequenziali ulteriori - non vi è ragione per ritenere che il legislatore, nel chiamarli ad identica dimostrazione, ad aggiudicazione avvenuta, abbia poi inteso esonerarli dal termine perentorio fissato nella stessa norma di rinvio, in quanto nessun aggravamento deriva per tali soggetti dalla posizione conseguita (rispetto a quella in cui si sarebbero venuti a trovare se sottoposti al sorteggio di cui avevano corso l'alea come il resto dei partecipanti alla gara), mentre restano identiche, nelle due ipotesi, le esigenze di celerità e speditezza procedimentale e di tutela dei concorrenti

Avverso la sentenza di primo grado (Tar Sicilia, Catania, 04.01.2008 n. 47) propone appello il Consorzio per le Autostrade Siciliane, sottoponendo a sindacato l'interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater, ultimo periodo, della legge n. 109 del 1994, su cui si basa la decisione di accoglimento.

Secondo l'appellante gli adempimenti cui sono tenuti, aggiudicatario e concorrente che lo segue in graduatoria - invitati dall'Amministrazione a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (ove non compresi fra i concorrenti danneggiati) - non soggiacerebbero al termine perentorio di dieci giorni (contemplato dal primo periodo dello stesso comma, per il caso di accertamento a campione), cosicché non dovrebbe farsi luogo, in caso di mancato adempimento nel termine, alla esclusione dalla gara ed alla applicazione delle sanzioni ulteriori contemplate dalla norma.

Sotto differente profilo si sostiene che la ricorrente in primo grado avrebbe indirizzato le proprie censure all'adempimento ritardato della cessionaria piuttosto che a quello dell'aggiudicataria.

E', infine, dedotto che il ritardo nell'adempimento sarebbe stato, comunque, sanato con l'accettazione, da parte della stazione appaltante, della documentazione depositata

Qual è il parere del giudice di appello siciliano?

L'appello è infondato.

Del tutto erroneamente l'appellante desume, dalla formula normativa, la mancata fissazione di un termine per adempiere e tanto meno di un termine perentorio.

Al contrario, la proposizione principale dell'ultimo periodo dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 è nel senso che "la suddetta richiesta è, altresì, inoltrata ... all'aggiudicatario" (ed al concorrente che segue in graduatoria) con formula che rinvia al primo periodo dello stesso comma, in cui la "richiesta" si compone di una parte contenutistica (ovvero di "comprovare" il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativi dichiarati) e di altra parte, ingiuntiva, ("entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima") che ne integra in maniera essenziale, il precetto vincolativamente posto dallo stesso legislatore.

In tale contesto, l'espressione "medesima", enuncia, con sufficiente chiarezza, la volontà normativa di porre, a carico dell'aggiudicatario e del concorrente che immediatamente lo segue, un obbligo di adempimento, in tutto identico, per contenuto e termine, a quello imposto ai sorteggiati, con le relative misure sanzionatorie, in caso di inadempimento ("si applicano le suddette sanzioni").

Né potrebbe essere diversamente, in quanto il trattamento differenziato (solo per ciò che riguarda la fissazione del termine) - preteso dall'appellante - non avrebbe senso logico, in relazione al presupposto obbligo (della generalità dei concorrenti) di essere in possesso dei requisiti e della prova della loro sussistenza all'atto stesso della partecipazione alla gara.

La giurisprudenza ha sufficientemente chiarito, con riferimento alla perentorietà del termine indicato nella primo periodo del comma, come sia irrilevante che la norma non lo qualifichi espressamente come tassativo a pena di esclusione dalla gara, essendo la natura perentoria e decadenziale insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza (in questo senso, oltre la citata decisione n. 109/2007 cui si rifà la sentenza impugnata, cfr. le ivi citate C.G.A. ord. 18 febbraio 2005, n. 84; 27 gennaio 2005, n. 124; 24 dicembre 2002, n. 684; 31 maggio 2002, n. 291; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133; sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528).

È stato anche precisato che il breve e perentorio termine accordato dalla legge, ai fini dell'accertamento a campione, poggia sul presupposto che la generalità degli aspiranti, all'atto stesso della partecipazione alla gara, devono essere, non soltanto in possesso dei requisiti prescritti, ma anche in grado di comprovarli, senza che la comodità accordata dall'ordinamento, di rendere dichiarazione sostitutiva, li esoneri dall'obbligo di renderne dimostrazione, a richiesta dell'Amministrazione.

Una volta però chiarito tale presupposto, è anche evidente che il concorrente che si è, poi, collocato al primo o al secondo posto in graduatoria, è anche venuto a trovarsi, come la generalità dei concorrenti, nella condizione di potere essere sorteggiato per l'accertamento a campione

Questa evenienza è stata espressamente prevista dal legislatore, come emerge dalla clausola "se gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati", che condiziona la richiesta, ad aggiudicazione avvenuta.

Sotto differente profilo, nessuna causa esimente può desumersi dalla circostanza che l'Amministrazione abbia accettato la documentazione prodotta con ritardo, in quanto il sistema delle scadenze, su cui si basa la disposizione, non consente che possa farsi ricorso a cause giustificative, una volta che si sia compiuto, come nel caso in esame, l'effetto decadenziale.

Pur non potendosi negare, in radice, che eventi eccezionali non dipendenti dall'obbligato, consentano, se opportunamente e tempestivamente apprezzati la proroga del termine, non è invece dato alla stazione appaltante di sanare, a posteriori, la decadenza già verificatasi, mediante la mera accettazione della produzione effettuata con ritardo.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto, dovendosi condividere la sentenza appellata sul punto della natura assorbente della censura relativa alla illegittimità della mancata applicazione delle misure sanzionatorie alla aggiudicataria inadempiente all'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti nel termine perentorio di 10 giorni dalla richiesta dell'Amministrazione, attesa fra l'altro la specifica tutela, accordata dalla disposizione della quale doveva farsi applicazione, alla posizione del secondo graduato (nella specie, la ricorrente in primo grado).

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 233
del 15 aprile 2009 , emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

N.
233/09

N.

252

ANNO
2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 252 del 2008, proposto dal

CONSORZIO AUTOSTRADE SICILIANE (C.A.S.),

in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto in Palermo, via F. Cordova, 76, presso la Segreteria del Consiglio di Giustizia Amministrativa;

contro

la società GAMMA. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto in Palermo, via Domenico Trentacoste n. 89, presso *****,

e nei confronti

delle società BETA 95 s.r.l. ed ALFA s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentati in carica, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, sez. I, n. 47/08 del 4 gennaio 2008;

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. GAMMA.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 settembre 2008 il Consigliere *****; udito, altresì, l'avv. ***** , su delega dell'avv. ***** , per la Soc. GAMMA.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Autostrade Siciliane (C.A.S.) ha indetto - con bando del 13 settembre 2006, pubblicato sulla GURI n. 218 del 19 settembre 2006 - una **gara** per l'affidamento dei lavori di realizzazione degli impianti di segnaletica stradale di un tratto dell'Autostrada Siracusa, alla quale hanno partecipato, fra gli altri, la soc. GAMMA. s.r.l., classificatasi seconda in graduatoria, e la soc. BETA 95, che veniva dichiarata aggiudicataria dei lavori, con deliberazione commissariale n. 153/Comm del 6 dicembre 2006, che approvava gli atti e le operazioni di **gara** iniziate con verbale del 6 novembre 2006 e concluse nella seduta del 29 novembre 2006.

Il Consorzio provvedeva quindi, a norma dell'art. 10 della l. 109/94, ad invitare l'impresa BETA 95 srl a produrre le documentazioni per le quali aveva depositato in **gara** le dichiarazioni sostitutive (nota del 7 dicembre 2006, prot. n. 28112).

Con altra nota prot. n. 28116/Ap, in pari data, analoga richiesta veniva rivolta alla seconda classificata.

In data 20 dicembre 2006 la ALFA s.r.l. comunicava al Consorzio committente l'avvenuta cessione del compendio aziendale della soc. BETA 95 s.r.l. ed, in conseguenza, l'avvenuta cessione dell'appalto. Alla comunicazione veniva allegata copia del contratto di cessione.

Nella medesima data, presso i locali della Direzione Lavori si presentava l'ALFA s.r.l. per la consegna dei lavori.

Queste ultime operazioni venivano sospese dalla D.L. in attesa di direttive da parte del Consorzio committente.

Con verbale del 3 gennaio 2007, avveniva la consegna dei lavori alla presenza del rappresentante della BETA 95; con nota del 4 gennaio 2007, il Consorzio committente sollecitava alla BETA 95 l'invio della documentazione già precedentemente richiesta, specificando che anche la documentazione resa dall'impresa ALFA s.r.l. doveva essere prodotta in originale o copia autentica entro il termine perentorio di sette giorni dal ricevimento dell'invito, a pena di decadenza dall'aggiudicazione, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria.

La documentazione in questione veniva quindi trasmessa con nota dell'8 gennaio 2007 a firma congiunta del rappresentante della BETA 95 srl e di quello della ALFA srl.

La soc. *****, successivamente, con atto notificato il 13 febbraio 2007 e depositato il seguente 26 febbraio, ha impugnato, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sezione staccata di Catania:

A - la deliberazione del Commissario straordinario del Consorzio per le Autostrade Siciliane, n. 153/Comm del 6 dicembre 2006, di aggiudicazione all'impresa BETA 95 srl dell'appalto dei lavori per la realizzazione degli impianti di segnaletica stradale del tratto Cassibile-***** - lotti 3 *****, 4 Noto, 5 *****, nell'autostrada Siracusa - Gela;

B - occorrendo, la nota 20 dicembre 2006, con la quale la ALFA srl ha comunicato al Consorzio per le Autostrade Siciliane che, "a seguito di cessione del complesso aziendale della società BETA 95 srl, l'appalto in oggetto viene ceduto automaticamente alla sottoscritta società".

Il ricorso poggiava sui motivi che seguono:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 comma 1 quater della legge n. 109/94, come recepito dalla L.R. n. 7/02 - Eccesso di potere per sviamento;

II) Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni di cui agli artt. 51 e 116 del d.lgs 163/2006, con riferimento all'art. 15 comma 9 del DPR n. 34/2000 - eccesso di potere per difetto dei presupposti e per sviamento;

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 35 l. 109/94 - Eccesso di potere per difetto dei presupposti;

IV) Violazione e mancata applicazione dell'art. 51 d.lgs n. 106/2006 - Eccesso di potere per difetto di presupposti, con riferimento al processo verbale di consegna ai sensi dell'art. 129 comma 1 Reg. n. 554/1999;

V) Eccesso di potere per illegittimità derivata.

Nel giudizio si costituivano le contropartite che proponevano anche ricorso incidentale per impugnare, a loro volta, la mancata esclusione della soc. *****, sulla denuncia che essa indebitamente aveva partecipato alla **gara** in quanto era scaduta l'attestazione SOA di cui era in possesso. Anche la stazione appaltante si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto o la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

Il giudice adito, con sentenza n. 180/2008 della Sezione III, disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso principale, ha respinto il ricorso incidentale (ritenuto irricevibile per mancato deposito dell'originale notificato, con la prova dell'avvenuta notificazione) ed ha accolto quello principale sulla base della dedotta violazione del termine di cui all'art. 10 comma 1 quater della l. 109/94.

2. Avverso l'anzidetta sentenza propone appello il Consorzio per le Autostrade Siciliane, sottoponendo a sindacato l'interpretazione dell'art. 10, comma 1 quater, ultimo periodo, della legge n. 109 del 1994, su cui si basa la decisione di accoglimento.

Secondo l'appellante gli adempimenti cui sono tenuti, aggiudicatario e concorrente che lo segue in graduatoria - invitati dall'Amministrazione a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (ove non compresi fra i concorrenti danneggiati) - non soggiacerebbero al termine perentorio di dieci giorni (contemplato dal primo periodo dello stesso comma, per il caso di accertamento a campione), cosicché non dovrebbe farsi luogo, in caso di mancato adempimento nel termine, alla esclusione dalla **gara** ed alla applicazione delle sanzioni ulteriori contemplate dalla norma.

Sotto differente profilo si sostiene che la ricorrente in primo grado avrebbe indirizzato le proprie censure all'adempimento ritardato della cessionaria piuttosto che a quello dell'aggiudicataria.

E', infine, dedotto che il ritardo nell'adempimento sarebbe stato, comunque, sanato con l'accettazione, da parte della stazione appaltante, della documentazione depositata.

3. Si è costituita la soc. GAMMA. resistendo all'impugnazione e, successivamente, la causa, chiamata alla pubblica udienza del 25 settembre 2008, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Deve essere immediatamente chiarito che il ricorso di primo grado è puntuale nel denunciare la mancata esclusione dell'aggiudicatario, per effetto dell'inadempimento della stessa all'obbligo di depositare la documentazione attestante il possesso dei requisiti, nel termine perentorio di 10 giorni dalla richiesta.

3. A parte ciò - pur dovendosi dare atto che l'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/1884, ha dato adito a non univoca interpretazione giurisprudenziale - deve essere affermato che la linea esegetica seguita dal giudice di primo grado appare la sola condivisibile, sulla base dei canoni grammaticale e logico che hanno condotto il Consiglio, già prima, ad identiche conclusioni (C.G.A., dec. n. 109 del 2 marzo 2007).

Del tutto erroneamente l'appellante desume, dalla formula normativa, la mancata fissazione di un termine per adempiere e tanto meno di un termine perentorio.

Al contrario, la proposizione principale dell'ultimo periodo dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 è nel senso che "la suddetta richiesta è, altresì, inoltrata ... all'aggiudicatario" (ed al concorrente che segue in graduatoria) con formula che rinvia al primo periodo dello stesso comma, in cui la "richiesta" si compone di una parte contenutistica (ovvero di "comprovare" il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativi dichiarati) e di altra parte, ingiuntiva, ("entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima") che ne integra in maniera essenziale, il precetto vincolativamente posto dallo stesso legislatore.

In tale contesto, l'espressione "medesima", enuncia, con sufficiente chiarezza, la volontà normativa di porre, a carico dell'aggiudicatario e del concorrente che immediatamente lo segue, un obbligo di adempimento, in tutto identico, per contenuto e termine, a quello imposto ai sorteggiati, con le relative misure sanzionatorie, in caso di inadempimento ("si applicano le suddette sanzioni").

Né potrebbe essere diversamente, in quanto il trattamento differenziato (solo per ciò che riguarda la fissazione del termine) - preteso dall'appellante - non avrebbe senso logico, in relazione al presupposto obbligo (della generalità dei concorrenti) di essere in possesso dei requisiti e della prova della loro sussistenza all'atto stesso della partecipazione alla **gara**.

La giurisprudenza ha sufficientemente chiarito, con riferimento alla perentorietà del termine indicato nella primo periodo del comma, come sia irrilevante che la norma non lo qualifichi espressamente come tassativo a pena di esclusione dalla **gara**, essendo la natura perentoria e decadenziale insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza (in questo senso, oltre la citata decisione n. 109/2007 cui si rifà la sentenza impugnata, cfr. le ivi citate C.G.A. ord. 18 febbraio 2005, n. 84; 27 gennaio 2005, n. 124; 24 dicembre 2002, n. 684; 31 maggio 2002, n. 291; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio

2003, n. 4133; sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528).

È stato anche precisato che il breve e perentorio termine accordato dalla legge, ai fini dell'accertamento a campione, poggia sul presupposto che la generalità degli aspiranti, all'atto stesso della partecipazione alla **gara**, devono essere, non soltanto in possesso dei requisiti prescritti, ma anche in grado di provarli, senza che la comodità accordata dall'ordinamento, di rendere dichiarazione sostitutiva, li esoneri dall'obbligo di renderne dimostrazione, a richiesta dell'Amministrazione.

Una volta però chiarito tale presupposto, è anche evidente che il concorrente che si è, poi, collocato al primo o al secondo posto in graduatoria, è anche venuto a trovarsi, come la generalità dei concorrenti, nella condizione di potere essere sorteggiato per l'accertamento a campione.

Questa evenienza è stata espressamente prevista dal legislatore, come emerge dalla clausola "se gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati", che condiziona la richiesta, ad aggiudicazione avvenuta.

La conclusione che ne deriva è che - se aggiudicatario e secondo classificato erano obbligati, sin dalla partecipazione alla **gara**, a possedere i requisiti e ad essere in grado di dimostrarne il possesso, e se, d'altra parte, ove fossero stati sorteggiati, erano tenuti a rendere dimostrazione entro dieci giorni dalla richiesta, pena l'esclusione dalla **gara** e l'applicazione delle sanzioni consequenziali ulteriori - non vi è ragione per ritenere che il legislatore, nel chiamarli ad identica dimostrazione, ad aggiudicazione avvenuta, abbia poi inteso esonerarli dal termine perentorio fissato nella stessa norma di rinvio, in quanto

nessun aggravamento deriva per tali soggetti dalla posizione conseguita (rispetto a quella in cui si sarebbero venuti a trovare se sottoposti al sorteggio di cui avevano corso l'alea come il resto dei partecipanti alla **gara**), mentre restano indentiche, nelle due ipotesi, le esigenze di celerità e speditezza procedimentale e di tutela dei concorrenti.

Fermo quanto precede, è appena il caso di osservare che le oscillazioni giurisprudenziali sulla materia vanno, allo stato, componendosi sulla linea interpretativa sopra delineata (cfr. per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006 e giurisprudenza ivi richiamata).

5.. Sotto differente profilo, nessuna causa esimente può desumersi dalla circostanza che l'Amministrazione abbia accettato la documentazione prodotta con ritardo, in quanto il sistema delle decadenze, su cui si basa la disposizione, non consente che possa farsi ricorso a cause giustificative, una volta che si sia compiuto, come nel caso in esame, l'effetto decadenziale.

Pur non potendosi negare, in radice, che eventi eccezionali non dipendenti dall'obbligato, consentano, se opportunamente e tempestivamente apprezzati la proroga del termine, non è invece dato alla stazione appaltante di sanare, a posteriori, la decadenza già verificatasi, mediante la mera accettazione della produzione effettuata con ritardo.

6. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto, dovendosi condividere la sentenza appellata sul punto della natura assorbente della censura relativa alla illegittimità della mancata applicazione delle misure sanzionatorie alla aggiudicataria inadempiente all'obbligo di comprovare il possesso dei requisiti nel termine perentorio di 10 giorni dalla richiesta dell'Amministrazione, attesa fra l'altro la specifica tutela, accordata dalla disposizione della quale doveva farsi applicazione, alla posizione del secondo graduato (nella specie, la ricorrente in primo grado).

Sussistono tuttavia fondate ragioni per compensare interamente fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe;

Compensa interamente fra le parti le spese del giudizio;

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

Così deciso in Palermo, addì 25 settembre 2008, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio con l'intervento dei Signori: *****
Presidente, ***** , estensore, ***** , ***** , ***** , *****
componenti.

F.to: ***** , Presidente

F.to: ***** , Estensore

F.to: ***** , *****

Depositata in segreteria

il
15 aprile 2009

<https://www.diritto.it/deve-essere-immediatamente-chiarito-che-il-ricorso-di-primo-grado-e-puntuale-nel-de-nunciare-la-mancata-esclusione-dell-aggiudi-cataria-per-effetto-dell-inadempimento-della-stessa-all-obbligo-di-depos/>