

Ritardi eccezionali per forza maggiore evitano escussione cauzione provvisoria ex art 48 (TAR Sent. N. 02248/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Oramai non vi sono dubbi: è perentorio il termine di cui all'articolo 48, comma 1., del codice dei contratti

la mancata produzione, nei termini assegnati, del certificato previsto di esecuzione dei lavori di cui all'art.18 comma6 e dall'art.12 commi 5 e 7 del D.P.R. 34/2000 comporta, automaticamente, l'esclusione, incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza

L'articolo 48 del codice dei contratti (conosciuto anche come art. 10 comma 1 quater della Merloni) non distingue tra inadempimento formale (mero ritardo nel produrre la documentazione richiesta) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti), in rapporto a conseguenze - esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza - che conseguono automaticamente alla scadenza del termine prescritto, da ritenere perentorio.

La natura perentoria del termine previsto dall'art.10 comma 1 quater, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa qui condivisa, si desume dall'interesse pubblico perseguito, nonché dall'espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo di automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro tale termine. Ne consegue che il termine medesimo è posto a garanzia della corretta speditezza procedimentale della gara e a tutela dei terzi (in particolare, dell'impresa collocata al secondo posto); pertanto, la qualificazione del termine in questione come meramente sollecitatorio sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica

l'impresa non ambisce all'aggiudicazione della gara, quanto a scongiurare gli effetti ulteriori connessi all'esclusione dalla stessa (incameramento della cauzione, segnalazione all'Autorità di Vigilanza -con potenziale rischio di irrogazione di ulteriori sanzioni- e impossibilità di partecipazione ad altre gare indenne dalla stessa Provincia anno l'anno seguente)

passaggio tratto dalla sentenza numero 2248 del 29 novembre 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

GIURISPRUDENZA SEGNALATA PRESENTE NEL COMMENTO

sentenza numero 12597 del 18 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

sentenza numero 3136 del 22 luglio 2010 pronunciata dal Tar Puglia, Bari

sentenza numero 3211 dell' 1 marzo 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

decisione numero 2482 dell' 8 maggio 2002 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 5786 del 12 ottobre 2002 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 5324 del 14 settembre 2006 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 6101 del 17 dicembre 2008 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 5689 del 23 settembre 2009 pronunciata dal Consiglio di Stato

Venendo al merito del ricorso, con la prima censura parte ricorrente lamenta la violazione di legge in relazione all'art.10 comma 1-quater L.109/94 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria. Con la seconda censura, lamenta l'illegittimità della esclusione, siccome nessuna previsione della lex specialis qualificava come perentorio il termine di cui all'art.10 comma 1 quater L.109/94.

Entrambe le doglianze sono prive di pregio.

L'impresa ricorrente, sorteggiata ai fini dell'accertamento dei requisiti dichiarati, adduce di aver presentato la dichiarazione: tuttavia risulta non debitamente e documentalmente contrastato quanto dall'Amministrazione sostenuto, e posto a fondamento dell'impugnata esclusione. Ed invero, malgrado il certificato richiesto sia elencato nella nota di trasmissione, l'Amministrazione non lo ha rinvenuto al momento all'interno del relativo plico. Ciò posto, considerato che "Il verbale di gara pubblica fa piena prova fino a querela di falso sia della sua provenienza che delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti" (Consiglio Stato , sez. IV, 12 maggio 2008 , n. 2188), nessun altro approfondimento istruttorio era esigibile da parte dell'Amministrazione a fronte di quella che palesemente è derubricabile come una dimenticanza (omessa allegazione del documento richiesto, quantunque richiamato nella nota di accompagnamento) dello stesso onerato: che non ha posto in essere alcun mezzo idoneo ad inficiare quanto asseverato dalla stazione appaltante in sede di gara. Né a differenti conclusioni può indurre la successiva trasmissione, oltre il termine previsto dalla normativa richiamata, della documentazione non riscontrata dalla P.A..

Ciò in quanto, in tema di gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, il termine per la produzione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 10 comma 1-quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, in sede di verifica a campione dei requisiti del 10% delle imprese partecipanti sorteggiate, è di natura perentoria, in ragione delle esigenze di celerità di svolgimento della gara pubblica; pertanto, la mancata produzione di documentazione idonea, dotata di valore legale, comprovante i requisiti di qualificazione nel termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, implica decadenza e obbligo per la stazione appaltante

di disporre l'esclusione e le misure sanzionatorie previste (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 18 ottobre 2010 , n. 12597; cfr. anche T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 22 luglio 2010 , n. 3136)

La giurisprudenza qui condivisa ha infatti affermato che “è legittima l'esclusione da una gara d'appalto, in caso di omessa produzione della documentazione attestante la capacità ex art. 10 quater, l. n. 109 del 1994, non potendo detta omissione essere annoverata tra le mere irregolarità, tanto più, ove, come nella fattispecie, il bando prescriveva l'esclusione in caso di carente o mancata produzione della suddetta documentazione” (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 22 aprile 2010 , n. 1485).

La natura perentoria del termine previsto dall'art.10 comma 1 quater, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa qui condivisa, si desume dall'interesse pubblico perseguito, nonché dall'espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo di automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro tale termine. Ne consegue che il termine medesimo è posto a garanzia della corretta speditezza procedimentale della gara e a tutela dei terzi (in particolare, dell'impresa collocata al secondo posto); pertanto, la qualificazione del termine in questione come meramente sollecitatorio sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 01 marzo 2010 , n. 3211)

Sulla natura perentoria del termine cit. è per altro da registrare un orientamento ormai granitico della giurisprudenza del Consiglio di Stato appare (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 8.5.2002, n. 2482, 18.10.2002, n. 5786, 4.5.2004, n. 2721, 23.1.2007, n. 328; Cons. St., sez. VI, 14.9.2006, n. 5324).

In altri termini, l'art. 10 comma 1 quater, l. n. 109 del 1994 non distingue tra inadempimento formale (mero ritardo nel produrre la documentazione richiesta) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti), in rapporto a conseguenze - esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza - che conseguono automaticamente alla scadenza del termine prescritto, da ritenere perentorio.

Né a differenti conclusioni potrebbe giungersi in ragione del recente orientamento giurisprudenziale di cui alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/12/2008 n.6101: come successivamente precisato dallo stesso giudice d'appello, quell'indirizzo potrebbe essere eccezionalmente ritenuto applicabile solo in presenza di ritardi, riconducibili a cause di forza maggiore tempestivamente segnalate alla stazione appaltante. In assenza - come anche nel caso di specie - di tali documentate circostanze, "il ritardo nella consegna delle certificazioni richieste non può viceversa non rivelarsi indice di segno negativo, in ordine alla richiesta affidabilità dell'impresa: affidabilità che costituisce - anche in termini di puntuale adempimento di tutte le prescrizioni di gara - requisito ulteriore e di autonoma rilevanza, rispetto a quelli specificamente richiesti dal bando. Appare d'altra parte evidente che non può addossarsi all'Amministrazione - in qualsiasi caso di superamento di un termine perentorio - la successiva distinzione fra omessa e ritardata consegna dei documenti richiesti, nonché la disamina dell'eventuale scusabilità dell'errore: quanto sopra, con indubbio aggravio procedurale e sacrificio dell'interesse pubblico al rapido espletamento delle procedure di gara" (Consiglio Stato , sez. VI, 23 settembre 2009 , n. 5689).

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

sentenza numero 12597 del 18 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

LA MANCATA DIMOSTRAZIONE DEI REQUISITI DI ORDINE SPECIALE IMPLICA L'ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA

Il termine per la produzione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, della L.n° 109/1994 (ora articolo 48 del codice dei contratti) , in sede di verifica a campione dei requisiti del dieci per cento delle imprese partecipanti sorteggiate, è di natura perentoria, in ragione delle esigenze di celerità di svolgimento della gara pubblica (Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n° 42; IV, 4 marzo 2003 n° 1189; Autorità di Vigilanza, 30 marzo 2000 n° 15).

La mancata produzione di documentazione idonea, dotata di valore legale, comprovante i requisiti di qualificazione nel termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, menzionato, implica decadenza e obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione e le misure sanzionatorie previste.

Con il ricorso in epigrafe è impugnata l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara pubblica, per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria dell'autorimessa del Palazzo di Giustizia di Caltanissetta, disposta dalla stazione appaltante, per difformità e inidoneità della dichiarazione, a firma del titolare, inerente l'organico medio annuo e il costo del lavoro, prodotta in sede di verifica a campione sul possesso dei requisiti.

Si è costituita l'amministrazione intimata, che ha domandato il rigetto del ricorso, per infondatezza, vinte le spese.

Alla pubblica udienza del 28 settembre 2010, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è passato in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è infondato.

Il Collegio ritiene dirimente, ai sensi dell'art. 64, comma secondo, del codice del processo amministrativo, il fatto, rimasto incontestato, fino all'ultimo scritto difensivo depositato da parte ricorrente il 22 settembre 2010, della tardività ed inidoneità della dichiarazione resa dal titolare della ditta, secondo quanto asserito dalla difesa comunale nella memoria del 18 febbraio 2002, ove si evidenzia "che il documento indicante l'organico medio annuo allegato alla dichiarazione del 05 luglio 2001, non sottoscritto per come

prescritto, è stato trasmesso successivamente al provvedimento di esclusione dalla gara, con raccomandata del 26 novembre 2001, circostanza, questa, che sta a dimostrare che di fatto la ricorrente ha riconosciuto la carenza di documentazione”.

Per orientamento giurisprudenziale consolidato, il termine per la produzione dei documenti richiesti ai sensi dell’art. 10, comma 1-quater, della L.n° 109/1994, in sede di verifica a campione dei requisiti del dieci per cento delle imprese partecipanti sorteggiate, è di natura perentoria, in ragione delle esigenze di celerità di svolgimento della gara pubblica (Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n° 42; IV, 4 marzo 2003 n° 1189; Autorità di Vigilanza, 30 marzo 2000 n° 15).

La mancata produzione di documentazione idonea, dotata di valore legale, comprovante i requisiti di qualificazione nel termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, ai sensi dell’art. 10, comma 1-quater, menzionato, implica decadenza e obbligo per la stazione appaltante di disporre l’esclusione e le misure sanzionatorie previste.

Per mera completezza, va rilevato che tutte le censure articolate in impugnativa sono infondate.

PER NON INCORRERE NELL’ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, IL DOCUMENTI PER LA DIMOSTRAZIONE DEI REQUISITI SPECIALI DEVONO ESSERE CONSEGNA IN ORIGINALE: NON SONO AMMESSE LE AUTOCERTIFICAZIONI

Il provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria, così come la segnalazione all’Autorità di Vigilanza e le sanzioni di legge, sono legittimi, in quanto atti dovuti e vincolati al presupposto acclarato della causa di esclusione (conforme, ex multis, T.A.R. Lombardia, Milano, 17 maggio 2010 n° 1549) .

Sostiene il ricorrente che, in sede di verifica a campione, sarebbe possibile, per l’impresa partecipante ad

una procedura di evidenza pubblica, autocertificare il possesso dei requisiti di qualificazione, ed in particolare, per quanto rileva in questa sede, il costo del personale.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

L'assunto è smentito dal quadro normativo vigente *ratione temporis* e, sul tema specifico, rimasto nella sostanza immutato anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

L'istituto della verifica a campione trova la sua disciplina generale nell'art. 71 del d.P.R. n° 445/2000, a tenore del quale "Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli, anche a campione, in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47. I controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'art. 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi".

La ratio della norma, letta in combinato disposto con gli artt. 46 e 47 del medesimo testo unico, è quella, sì, di semplificare gli adempimenti procedurali a carico dei cittadini all'atto della presentazione di un'istanza alla P.A. (come si desume dall'inciso "anche contestuali all'istanza", al primo comma dell'art. 46), ma, al contempo, di non inquinare la genuinità dei procedimenti amministrativi e dei loro esiti provvedimentali. Per tale ragione, l'art. 71 del d.P.R. n° 445/2000 prevede che, nel corso del procedimento, o a valle di esso, l'amministrazione controlli la veridicità di quanto autocertificato, attraverso accesso diretto ai dati contenuti in atti pubblici, certificati amministrativi e pubblici registri, non potendo, ad ogni evidenza, ritenersi soddisfatto un controllo legale attraverso la reiterazione dell'autodichiarazione a firma dello stesso originario dichiarante.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, ferma l'ossatura dell'istituto generale sopra richiamato, il

legislatore ha aggiunto alcune differenze specializzanti, tra cui la previsione dell'onere di documentare i requisiti di qualificazione in capo all'interessato, stante la normale disponibilità, da parte di quest'ultimo, dei dati da comprovare.

La giurisprudenza ha, peraltro, ritenuto, con orientamento indiscusso, che l'interpretazione degli oneri di verifica e prova dei requisiti soggettivi di qualificazione debba essere più restrittiva e rigorosa nel settore degli appalti pubblici rispetto al regime generale, stante l'interesse generale alla salvaguardia della trasparenza nell'attribuzione di benefici pubblici.

In particolare, per quanto attiene alla dimostrazione dei requisiti di capacità economico finanziaria, recenti pronunce hanno affermato l'infondatezza della pretesa di non condurre la verifica sulla scorta di documenti ufficiali, per la "non irragionevole esigenza di attribuire rilievo ad elementi certi, desumibili da dati certi, definitivi e dimostrabili, in congruenza con l'esigenza di assicurare la piena attendibilità delle indicazioni fornite in ordine ad un requisito di partecipazione alla procedura" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2010 n° 1524).

Una simile esigenza assume un significato ancora più pregnante in materia di organico medio annuo e di costo del lavoro, dove la necessità di fornire una dimostrazione mediante documentazione avente valore legale, proveniente da soggetti muniti di poteri certificativi, appare fondata sull'interesse pubblico ad escludere dalla competizione concorsuale operatori che potrebbero sfruttare condizioni non virtuose del mercato del lavoro, sotto il profilo della regolare assunzione dei dipendenti, per ottenere vantaggi concorrenziali a scapito dei diritti dei lavoratori, delle garanzie di affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa necessarie per la corretta esecuzione dell'appalto pubblico, con correlativa distorsione della leale concorrenza tra operatori economici.

Per tutte le superiori argomentazioni, dev'essere ritenuta pienamente legittima, proporzionata e ragionevole la richiesta, rivolta nel caso di specie dalla stazione appaltante all'odierna ricorrente, di documentare il requisito controverso mediante nota integrativa al bilancio, ovvero mediante dichiarazione resa dal presidente del collegio sindacale o da un consulente del lavoro.

A fronte del mancato assolvimento dell'onere di documentazione con le modalità prescritte, non restava all'amministrazione alcun margine di discrezionalità rispetto alla doverosa esclusione della ditta ricorrente e all'applicazione delle misure sanzionatorie disposte.

Tale conclusione è confermata dal testo dell'art. 18 del d.P.R. n° 34/2000, invocato in impugnativa, laddove, al comma undicesimo, dispone che il costo complessivo per il personale dipendente è documentato, per i soggetti tenuti alla presentazione del bilancio "con il bilancio corredato dalla relativa nota e riclassificato in conformità alle direttive europee" e, per i soggetti non tenuti alla sua redazione, "con idonea documentazione", alla quale deve aggiungersi e non sostituirsi "una dichiarazione sulla consistenza dell'organico".

Le doglianze incentrate sulla presunta violazione della circolare del Ministero dei Lavori Pubblici 1 marzo 2000 n° 182/400/93 vanno respinte, attesa la natura meramente interpretativa interna della detta circolare, annoverabile nell'ambito della prassi amministrativa, come tale inidonea ad assurgere al rango di fonte normativa o di parametro di legittimità di atti e parimenti insuscettibile di fondare alcuna pretesa.

sentenza numero 3136 del 22 luglio 2010 pronunciata dal Tar Puglia, Bari

l'incameramento della cauzione, così come la segnalazione all'Autorità di vigilanza, rappresenta un effetto automatico dell'emanazione dell'atto espulsivo sicché, una volta verificatosi fenomenologicamente tale presupposto, nessuna contestazione può essere avanzata nei confronti dell'operato dell'Amministrazione (se non volta a smentire la stessa sussistenza dell'antefatto).

la tesi attorea, secondo la quale l'amministrazione può valutare se, in caso di esclusione, si sia verificata una lesione dell'interesse pubblico alla veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, non persuade

L'eventuale dimostrazione della sussistenza dei requisiti dichiarati é stata fornita dalla cooperativa tardivamente, ovvero successivamente allo scadere di 10 giorni dall'apposita richiesta da parte dello I.A.C.P.

Al contrario di quanto sostenuto dall'istante, detto termine, ai sensi articolo 10, comma primo-quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (ora articolo 48 del codice dei contratti) , deve ritenersi perentorio

La società cooperativa a responsabilità limitata Ricorrente partecipava alla gara indetta dall'Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce per l'affidamento dei lavori di recupero di un edificio di edilizia residenziale pubblica in Nardò.

In data 6 marzo 2001, il presidente della commissione giudicatrice comunicava alla cooperativa che la medesima era stata sorteggiata, ex articolo 10, comma primo-quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, ai fini della verifica del possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

Con determina 22 marzo 2001 la ricorrente veniva esclusa, non avendo dimostrato di avere effettuato lavori per un importo sufficiente; chiedeva il riesame della questione, ma l'Amministrazione si pronunciava negativamente, in data 14 giugno 2001.

Con determinazione dirigenziale prot. n. 568 del 1 giugno 2001, conosciuta in data 19 giugno 2001, si stabiliva allora di procedere a "l'incameramento della fideiussione prestata dalla compagnia di assicurazione Generali a garanzia degli obblighi inerenti la partecipazione alla gara". Infine, con determinazione prot. n. 12198 del 7 agosto 2001, il Dirigente del Servizio Progettazione dello I.A.C.P., dopo aver acquisito le osservazioni dell'interessata datate 18 luglio 2001, tese a suscitare l'intervento dell'Istituto in autotutela, ha ribadito che non è possibile rinviare l'emanazione degli atti consequenziali all'esclusione e, quindi, l'escussione della suddetta cauzione.

Con ricorso notificato il 21 settembre 2001 e depositato il 6 ottobre 2001, tali provvedimenti sono stati impugnati dalla cooperativa, alla stregua dei seguenti motivi:

violazione dell'articolo 10, comma primo-quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109; violazione dell'articolo 95, primo comma, del regolamento di attuazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici, d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554; eccesso di potere per errore nel presupposto, illogicità, manifesta ingiustizia.

Si è costituito l'Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce, chiedendo che il ricorso sia dichiarato irricevibile, inammissibile ovvero infondato nel merito.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Le censure proposte non possono trovare accoglimento.

In primo luogo, l'eventuale dimostrazione della sussistenza dei requisiti dichiarati é stata fornita dalla cooperativa tardivamente, ovvero successivamente allo scadere di 10 giorni dall'apposita richiesta da parte dello I.A.C.P. Al contrario di quanto sostenuto dall'istante, Ddetto termine, ai sensi articolo 10, comma primo-quater, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, deve ritenersi perentorio (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007 n. 328; Cons. giust. amm. Reg. sic., 31 maggio 2002, n. 291; Autorità Vigilanza Lavori Pubblici, atto di regolazione 30 marzo 2000 n. 15/2000; Autorità Vigilanza contratti pubblici, determinazione 21 maggio 2009, n. 5). La circostanza dell'intempestività nella trasmissione della pertinente documentazione è esplicitamente attestata dalla decisione dell'Autorità di vigilanza 27 giugno 2002-20 marzo 2003 n. R/953°/01, emessa nei confronti della cooperativa.

In secondo luogo, la tesi attorea, secondo la quale l'amministrazione può valutare se, in caso di esclusione,

si sia verificata una lesione dell'interesse pubblico alla veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, non persuade: l'incameramento della cauzione, così come la segnalazione all'Autorità di vigilanza, rappresenta un effetto automatico dell'emanazione dell'atto espulsivo (Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2009, n. 5689; Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2295; T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2373; 19 aprile 2002, n. 2059; T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 3162; T.A.R. Basilicata, 30 luglio 2001, n. 648, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19 gennaio 2001, n. 3); sicché, una volta verificatosi fenomenologicamente tale presupposto, nessuna contestazione può essere avanzata nei confronti dell'operato dell'Amministrazione (se non volta a smentire la stessa sussistenza dell'antefatto).

D'altra parte, è la stessa cooperativa a chiarire, nella memoria del 25 maggio 2010, per spiegare le modalità e la tempistica della propria iniziativa giudiziaria, che "i motivi sostanziali processuali posti a base della scelta di non impugnare la determinazione dell'IACP avente come unico oggetto l'esclusione dalla procedura selettiva...risiedono nel fatto che, anche nell'ipotesi in cui fosse stata riammessa in gara per via dell'annullamento giurisdizionale della esclusione, la ricorrente non avrebbe potuto comunque conseguire il risultato dell'aggiudicazione", perché, "di seguito all'apertura delle buste, era stato possibile appurare che le imprese non escluse dalla gara avevano proposto offerte migliori rispetto a quelle della cooperativa Ricorrente".

Tale opzione, con valore di acquiescenza, preclude alla ditta la successiva contestazione dell'incameramento della cauzione, la quale rappresenta la conseguenza automatica del provvedimento di esclusione; da tale punto di vista, non si possono quindi condividere gli argomenti che la parte attorea trae dalla decisione del Consiglio di Stato, Sezione sesta, 27 giugno 2007 n. 3704, poiché, secondo la normativa di settore, il provvedimento di esclusione comporta non solo l'estromissione dalla selezione (e quindi l'impossibilità di conseguire l'aggiudicazione), ma altresì ulteriori effetti, i quali da soli costituiscono lesione della situazione giuridica dell'impresa concorrente e che pertanto radicano anch'essi immediatamente l'interesse all'impugnazione, seppur finalizzata all'eliminazione esclusivamente di tali effetti.

Perciò, non è consentito di gravare, solo e autonomamente, l'atto con cui si comunica l'incameramento della cauzione.

Il ricorso dunque va rigettato.

T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 01 marzo 2010 , n. 3211

Preliminarmente, osserva il Collegio che si può soprassedere dall'esame delle eccezioni svolte dalla parte resistente poiché il ricorso risulta infondato e deve essere deciso nel merito.

La questione fondamentale su cui è incentrato il ricorso, riguarda la diversa valutazione del termine di dieci giorni assegnato alla ricorrente per produrre la documentazione attestante i requisiti economici-finanziari ed organizzativi, che dovevano essere posseduti al momento di presentazione dell'offerta. Si confrontano sul punto le due opposte interpretazioni, l'una dell'Amministrazione che ha individuato in esso un termine perentorio, la cui violazione comporterebbe - come è avvenuto - l'esclusione della concorrente e l'altra, della ricorrente che intravede un mero termine ordinatorio ed in ogni caso, la possibilità per l'amministrazione di prorogarlo in considerazione di un oggettivo impedimento delle ditte a produrre per intero i documenti, anche in ragione della provenienza pubblica di parte degli stessi.

Non pare decisivo, invece, il profilo attinente alla durata della gara ed alla richiesta di parere da parte della Commissione, come evidenziato dalla difesa della Azienda.

Sul punto controverso, non è ignoto al Collegio che le posizioni della giurisprudenza non siano univoche, come dimostrato anche dai diversi pronunciamenti in sede cautelare (a riguardo basti citare, tra le altre, a favore della considerazione favorevole al termine come perentorio: Tar Catania, sez. IV, 15.12.2005, n. 2427; Tar Lazio, sez. III bis, 23.12.2006, n. 463; Cons. Stato, sez. V, 22.4.2002, n. 2197; mentre per la tesi contraria, Cons. Stato, sez. V, 29.11.2004, n. 7758; 16.6.2003 n. 3358).

Sul primo orientamento il C.G.A. ha affermato che "benché il termine di dieci giorni previsto dall'art. 10

co. 1 quater della l. 109/94 per il deposito della documentazione integrativa non sia qualificato espressamente come perentorio, tuttavia tale natura si desume dall'interesse pubblico perseguito, nonché dall'espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo di automaticità delle sanzioni per il concorrente a che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro tale termine. Ne consegue che il termine medesimo è posto a garanzia della corretta speditezza procedimentale della gara ed a tutela dei terzi (in particolare della impresa collocata al secondo posto); pertanto la qualificazione del termine in questione come meramente sollecitatorio sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica" (C.G.A., 2.3.2007, n. 109).

Anche il Collegio ritiene di non discostarsi da tale orientamento in considerazione del fatto che i documenti di cui alla richiesta di verifica, oggetto di causa, debbono essere diligentemente già posseduti dalle imprese concorrenti, pertanto l'amministrazione può determinare un termine - perentorio - di dieci giorni anche in assenza di un'espressa disposizione del bando in tal senso (cfr. TAR Basilicata, n. 344 del 2007 e TAR Catania, sez. I, n. 47 del 2008).

Proprio in ragione di quanto sin qui evidenziato, non pare si possa configurare neppure l'invocato oggettivo impedimento.

Per le motivazioni richiamate, il Collegio, confermando quanto esposto già in sede cautelare, respinge il ricorso.

Non c'è differenza tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara)

Art 10 comma 1 quater della Legge Merloni: le tre conseguenze sono parallele ed autonome

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2482 dell' 8 maggio 2002 si occupa di un'esclusione dalla procedura per l'aggiudicazione di lavori in quanto la ditta, attuale appellante, non ha prodotto, entro il termine perentorio di 10 giorni, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine speciale; come previsto dall'art. 10 comma 1 quater a detto provvedimento la Stazione appaltante ha fatto altresì seguire la richiesta di escussione della garanzia provvisoria prestata attraverso polizza assicurativa..

Nel corso del procedimento di primo grado, a sua difesa la Società esclusa sosteneva che si era trattato di mero errore materiale (aveva in termini inviato i certificati di buona esecuzione di lavori di categoria OG6 anziché di categoria OG3), al quale aveva posto rimedio immediatamente inviando la documentazione giusta, tanto è vero che poi la società stessa sarebbe risultata aggiudicataria di altro analogo appalto, precisando altresì che sarebbe ingiusto equiparare i concorrenti che di fatto posseggono i requisiti richiesti a quelli che invece non li posseggono affatto.

Poiché la ricorrente non ha impugnato l'atto di esclusione dalla gara, dovuto alla stessa ragione, e adottato sin dall'aprile del 2000, mentre l'atto di incameramento, unico oggetto d'impugnativa, risulta adottato sei mesi dopo, nell'ottobre dello stesso anno, il TAR adito dichiarava il ricorso inammissibile in quanto rivolto avverso un atto consequenziale di altro atto (l'esclusione dalla gara) non impugnato.

I giudici di Palazzo Spada non accolgono comunque l'appello sebbene fondino la propria decisione su di una motivazione diversa rispetto al Tar.

In primo luogo viene data autonomia alle tre sanzioni contemplate dalla norma sul sorteggio dei requisiti di ordine speciale:

-

l'esclusione dalla gara,

- l'incameramento della cauzione,
- la segnalazione del fatto all'Autorità:

da qui si può evincere che la mancata impugnazione dell'atto di esclusione vale soltanto a rendere definitiva l'esclusione dalla gara della società interessata, lasciando pertanto aperta la possibilità di contestare l'incameramento della cauzione provvisoria o di far valere le proprie ragioni innanzi all'Autorità

Secondariamente il supremo giudice amministrativo (ancora una volta) conferma la perentorietà del termine di 10 giorni, scaduto il quale la Stazione appaltante deve agire nei termini suddetti.

A ciò fa riscontro l'evidente ratio di assicurare tempi brevi e certi prima della apertura delle buste delle offerte; né il termine può essere ritenuto irrazionalmente troppo breve perché i partecipanti alla gara ben conoscono le regole del gioco laddove queste prevedono un controllo preventivo a campione e quindi sono posti in grado di premunirsi tempestivamente per il caso che vengano sorteggiati.

Per quanto sopra riportato, si legge nella decisione emarginata, una volta scaduti i termini di presentazione della documentazione, la norma non permette di distinguere tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), con la conseguenza che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la

segnalazione del fatto all'Autorità conseguono automaticamente.

Il ritardo nella presentazione dei documenti deve essere non evitabile ed estraneo alla volontà dell'impresa

Per consentire che la gara venga svolta in tempi brevi e certi, le imprese già prima di partecipare, devono possedere tutti i documenti necessari a comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale.

18/10/2002 200205786

Così la massima ufficiale del Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5786 CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE SCELTA DEL CONTRAENTE

La giurisprudenza (cfr. C.d.S., V Sez., 8 maggio 2002 n. 2482; IV Sez., 6 giugno 2001 n. 3066; VI Sez., 18 maggio 2001 n. 2780) ha messo in evidenza come dal testo della disposizione dell'art. 10 comma 1 quater L. 11 febbraio 1994 n. 109, emerga che, non distinguendosi tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità, pur essendo misure tra loro autonome, derivano dall'unico presupposto, costituito dal decorso del termine perentorio senza che l'intera documentazione richiesta sia stata presentata. Si è osservato, altresì, come rientri nella normale diligenza di ciascuna impresa partecipante l'onere di provvedere sin dal momento della lettura del bando di gara a procurarsi tutti gli opportuni documenti in vista dell'eventuale sorteggio per la verifica a campione prima della apertura delle buste delle offerte. E ciò in considerazione dell'evidente intento della norma di assicurare in tempi brevi e certi il corretto e rapido svolgimento della gara. Non è stato escluso, peraltro, il potere dell'Amministrazione di valutare la non imputabilità del ritardo all'impresa, fermo restando a carico di questa l'onere di richiedere l'esercizio di tale potere e di dimostrare l'oggettivo impedimento alla tempestiva produzione della documentazione. Ciò, tuttavia, in ipotesi eccezionali, vale a

dire quando si tratti d'impedimento derivante da fatto del tutto estraneo alla volontà del concorrente e da costui non evitabile con la diligenza del caso

La cauzione provvisoria copre sia l' inadempimento formale (per errore o altro) che inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara)

In caso di sorteggio, non conta il dolo o la colpa

Sorteggio dei requisiti di ordine speciale: la legge non richiede il mendacio doloso in quanto non ha importanza l'elemento psicologico dell'inadempimento

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5324 del 14 settembre 2006, ancora in tema di sorteggio dei requisiti speciali, ci insegna che:

<I lavori scorporabili erano di importo rilevante, pari a circa la metà del valore complessivo dei lavori messi a bando, circostanza che rende impensabile che potessero essere eseguiti senza il possesso dei requisiti occorrenti per la loro esecuzione.

Né la legge richiede il mendacio doloso ; può ammettersi che , nella specie, si sia trattato di un errore di valutazione della ditta concorrente alla gara, ma ciò è irrilevante circa l'esclusione: infatti C. Stato, sez. V, 08-05-2002, n. 2482 ha ritenuto che l'art. 10, 1° comma quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, in tema di appalti di lavori pubblici, non distingue tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), con la conseguenza che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'autorità conseguono automaticamente una volta scaduto il termine in essa indicato (dieci giorni richiesti dalla norma per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico

organizzativa).>

decisione numero 6101 del 17 dicembre 2008 pronunciata dal Consiglio di Stato

LA STAZIONE APPALTANTE DOVRA' RESTITUIRE LA CAUZIONE PROVVISORIA ILLEGITTIMAMENTE INCAMERATA

quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione PROVVISORIA

In conseguenza, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di escussione della cauzione; questa, se (eventualmente) già incamerata, deve essere restituita al soggetto che in concreto l'ha prestata.

Nel merito va osservato che la cauzione provvisoria, prima della legge n. 109 del 1994, serviva all'amministrazione a garanzia dell'adempimento dell'aggiudicatario in relazione all'obbligazione assunta di stipulare il contratto; con l'art. 10 della legge n. 109 cit. la previsione dell'incameramento della cauzione è stata estesa anche ai partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario a garanzia della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti e della serietà e dell'affidabilità delle offerte.

E' stato affermato che il provvedimento di incameramento della cauzione risulta basato sulla "gravità" del comportamento dei concorrenti e, per la sua natura di carattere sanzionatorio, non può essere emesso al di fuori dei limiti normativamente fissati (Cons. di Stato, V, n. 2512 del 2003, n. 4789 del 2004). Ciò risponde al principio di tassatività delle sanzioni.

Orbene, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 prevede che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica delle domande mediante sorteggio pubblico, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di "capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione...", precisando che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, vi sia l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

3.3 Ritiene il Collegio che tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve.

In altre parole, quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa, non del tutto in regola con i requisiti dal punto di vista meramente temporale, abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (es: calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa; tutto ciò non è stato denunciato nella presente fattispecie.

Ne deriva che, mentre si giustifica l'esclusione dell'impresa Ricorrente dalla gara, non altrimenti è legittima l'escussione della cauzione che, se pur richiesta all'impresa ALFA componente della stessa ATI, sarebbe stata comunque addebitabile alla violazione commessa dall'impresa Ricorrente : di qui l'interesse di quest'ultima di dolersi dell'incameramento, che avrebbe dovuto rifondere all'impresa in concreto escussa

Nell'accoglimento dell'appello principale può ritenersi assorbito l'appello incidentale, in quanto diretto anch'esso avverso il capo di sentenza con il quale erano state respinte le impugnative contro l'incameramento della cauzione. Di esso deve quindi essere dichiarata l'improcedibilità, prescindendo

dall'esame delle eccezioni proposte dalla stazione appaltante nella presente fase del giudizio.

In conseguenza, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere annullato il provvedimento di escussione della cauzione; questa, se (eventualmente) già incamerata, deve essere restituita al soggetto che in concreto l'ha prestata (l'impresa ALFA).

decisione numero 5689 del 23 settembre 2009 pronunciata dal Consiglio di Stato

Sorteggio dei requisiti di ordine speciale ed escussione della cauzione provvisoria: appare d'altra parte evidente che non può addossarsi all'Amministrazione - in qualsiasi caso di superamento di un termine perentorio - la successiva distinzione fra omessa e ritardata consegna dei documenti richiesti nonché la disamina dell'eventuale scusabilità dell'errore

l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94 (ora articolo 48 del codice dei contratti) non distingue fra inadempimento formale (mero ritardo nel produrre la documentazione richiesta) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti), in rapporto a conseguenze - esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di vigilanza - che conseguono automaticamente alla scadenza del termine prescritto, da ritenere perentorio

Il Collegio non ignora un recente orientamento (Cons. St., sez. VI, 9.12.2008, n. 6101), secondo cui il più volte citato art. 10, comma 4 della legge n. 109/1994 deve essere interpretato secondo un criterio logico, tenuto conto delle peculiari finalità della norma, che ha esteso le garanzie - in precedenza fissate solo per l'aggiudicatario, in ordine all'obbligazione assunta di stipulare il contratto - anche a tutti i partecipanti alla gara, a tutela della veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese partecipanti, nonché della serietà e affidabilità delle offerte.

Quando pertanto la partecipazione di un'impresa, che si dimostri "non del tutto in regola con i requisiti dal punto di vista meramente temporale", non abbia falsato la procedura selettiva, con "innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti" (sotto il profilo, ad esempio, del calcolo della soglia di anomalia delle offerte), l'escussione della cauzione potrebbe rivelarsi eccedente, rispetto alle finalità sopra indicate. Ad avviso del Collegio, tuttavia, l'indirizzo sopra sintetizzato potrebbe essere eccezionalmente ritenuto applicabile solo in presenza di ritardi, riconducibili a cause di forza maggiore tempestivamente segnalate alla stazione appaltante; in assenza - come nel caso di specie - di tali documentate circostanze, il ritardo nella consegna delle certificazioni richieste non può viceversa non rivelarsi indice di segno negativo, in ordine alla richiesta affidabilità dell'impresa: affidabilità che costituisce - anche in termini di puntuale adempimento di tutte le prescrizioni di gara - requisito ulteriore e di autonoma rilevanza, rispetto a quelli specificamente richiesti dal bando. Appare d'altra parte evidente che non può addossarsi all'Amministrazione - in qualsiasi caso di superamento di un termine perentorio - la successiva distinzione fra omessa e ritardata consegna dei documenti richiesti, nonché la disamina dell'eventuale scusabilità dell'errore: quanto sopra, con indubbio aggravio procedurale e sacrificio dell'interesse pubblico al rapido espletamento delle procedure di gara.

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 2248 del 29 novembre 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo.

<https://www.diritto.it/ritardi-eccezionali-per-forza-maggiore-evitano-escussione-cauzione-provvisoria-ex-art-48-tar-sent-n-022482011/>