

Anche l'aggiudicatario ha solo 10 giorni di tempo per evitare l'escussione della provvisoria (Cons. di Stato N.01321/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Art 48: la perentorietà del termine, che la ricorrente riconosce per il caso di sorteggio a campione, trova applicazione anche per l'aggiudicatario provvisorio

Il Consiglio di Stato decisione numero 1322 dell' 8 marzo 2012 non ha dubbi: entrambi i termini sorteggiati e primo e secondo di cui all'articolo 48 del codice dei contratti per la presentazione della documentazione comprovante l'effettivo possesso di requisiti di ordine speciale al fine di evitare, tra l'altro, l'escussione della cauzione provvisoria sono perentori

E va sottolineato che nessun margine di discrezionalità può essere riconosciuto alla stazione appaltante in merito alle conseguenze della mancata osservanza del termine dalla stessa riconosciuto ed espressamente dichiarato perentorio, se non a discapito della par condicio tra i concorrenti e delle esigenze di interesse generale sopra ricordate (oltre che della precisa disposizione normativa più volte ricordata).

Di conseguenza, non ha pregio la lamentata violazione della buona fede da parte dell'Amministrazione, di cui all'ultimo motivo dell'appello, dato che il provvedimento impugnato in primo grado costituisce piana applicazione al comportamento della ricorrente delle conseguenze necessitate e ampiamente preannunciate

Dal primo grado <<appaiono inconsistenti le giustificazioni fornite dalla ricorrente che motivava il ritardo

con lo stato di malattia del titolare e con il tardivo rilascio del d.u.r.c., considerato che l'impresa si attivava per acquisire la completa produzione documentale solo dopo l'aggiudicazione provvisoria>>

Passaggio tratto dalla decisione numero 1322 dell' 8 marzo 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

La sentenza merita conferma, essendo infondate le censure svolte con l'appello.

III) Con la prima di esse la ricorrente ripropone l'argomentazione secondo la quale la perentorietà del termine previsto dal primo comma dell'art. 48 citato si riferisce solo all'obbligo per le imprese offerenti, scelte mediante sorteggio prima dell'apertura delle buste.

La censura non è condivisibile, dal momento che, come rileva la sentenza impugnata, il secondo comma della disposizione in esame espressamente riferisce l'obbligo in esame anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi tra i concorrenti sorteggiati, e prevede le medesime conseguenze in caso di inottemperanza.

E' allora evidente che, come ha osservato il Tar, data l'identità del contenuto dell'obbligo e il richiamo testuale contenuto nel secondo comma a quanto prescrive il primo comma, oltre all'identità di ratio tra le due disposizioni (che va ravvisata nelle esigenze di celerità e di correttezza del procedimento, per evitare il protrarsi di una procedura viziata per inadeguatezza o scorrettezza degli eventuali aggiudicatari), la medesima conseguenza deve essere applicata nell'un caso come nell'altro, e che pertanto la perentorietà del termine, che la ricorrente riconosce per il caso di sorteggio a campione, trova applicazione anche per l'aggiudicatario provvisorio.

Anzi, le suddette esigenze si rendono ancora più urgenti ed evidenti allorché, mediante la scelta del vincitore provvisorio, il procedimento abbia raggiunto il proprio esito, e sia il possibile contraente a

rendersi inadempiente alla richiesta della stazione appaltante e al conseguente onere di diligenza.

IV) L'appellante censura la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha rilevato che l'obbligo la cui inottemperanza ha determinato l'esclusione contestata discende, oltre che dalla norma sopra richiamata, anche dalla 'legge di gara', in particolare dalle clausole di cui alle "Avvertenze" del disciplinare.

La sentenza merita conferma, anche su questo punto.

Il disciplinare di gara, nel punto sottolineato dai primo giudici, espressamente prevede che, ove non sia fornita nei termini accordati la prova di cui all'art. 48, secondo comma, d.lgs. n. 163 del 2006, "si potrà procedere all'applicazione delle sanzioni ivi previste", riferendo l'obbligo e le relative sanzioni per il caso di inottemperanza anche alla ditta aggiudicataria e al concorrente che la segue in graduatoria. La 'legge di gara', quindi, esplicitamente riferisce il termine anche all'aggiudicatario, rendendone esplicita l'essenzialità già necessariamente contenuta nella normativa primaria, come sopra si è visto.

La perentorietà del termine, della quale i concorrenti erano così posti a conoscenza, inoltre, è stata specificamente ribadita all'impresa Ricorrente Michele Costruzioni mediante la nota dell'11 gennaio 2007, con la quale, nel comunicarle l'aggiudicazione provvisoria, l'Amministrazione chiedeva il deposito della documentazione rilevante entro dieci giorni, richiamando l'art. 48, comma 2, d.lgs. citato e le sanzioni previste in caso di inadempienza, nel rispetto del "termine perentorio dei dieci giorni", in perfetta consonanza, quindi, con le prescrizioni sia della normativa primaria, sia della legge speciale della gara, come sopra si è detto. E va sottolineato che nessun margine di discrezionalità può essere riconosciuto alla stazione appaltante in merito alle conseguenze della mancata osservanza del termine dalla stessa riconosciuto ed espressamente dichiarato perentorio, se non a discapito della par condicio tra i concorrenti e delle esigenze di interesse generale sopra ricordate (oltre che della precisa disposizione normativa più volte ricordata). Di conseguenza, non ha pregio la lamentata violazione della buona fede da parte dell'Amministrazione, di cui all'ultimo motivo dell'appello, dato che il provvedimento impugnato in primo grado costituisce piana applicazione al comportamento della ricorrente delle conseguenze necessitate e ampiamente preannunciate

Ecco il commento alla confermata sentenza di primo grado

Si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali in ordine alla natura perentoria ovvero meramente ordinatoria del termine fissato nel secondo comma del citato art. 48 per l'invio della documentazione di gara il cui inadempimento comporta l'escussione della garanzia provvisoria: appaiono inconsistenti le giustificazioni fornite dalla ricorrente che motivava il ritardo con lo stato di malattia del titolare e con il tardivo rilascio del d.u.r.c., considerato che l'impresa si attivava per acquisire la completa produzione documentale solo dopo l'aggiudicazione provvisoria..

Secondo un indirizzo di particolare rigore, il termine è perentorio, tenuto conto dell'esigenza di assicurare celeri tempi di svolgimento della gara pubblica e considerato che, ove fosse possibile produrre i documenti richiesti oltre il termine indicato, l'Amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara al solo fine di esaminare la documentazione necessaria trasmessa dall'aggiudicatario, senza che sia previsto alcun momento finale che consenta di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti. Che tale termine abbia natura perentoria, si evince, del resto, dalla medesima disposizione che ricollega al suo inutile decorso una serie di conseguenze sfavorevoli per l'impresa. Altro orientamento, invece, ne esclude la perentorietà, qualificando il termine come meramente ordinatorio, argomentando dalla mancata previsione di un espresso *die ad quem* per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario (e del concorrente secondo classificato), ma ritenendo in ogni caso salva la facoltà dell'Amministrazione committente di stabilire un termine perentorio per il predetto adempimento che deve essere espressamente enunciato. Sul punto, non vi è motivo di discostarsi dall'orientamento già espresso in passato da questo Tribunale (con riguardo alla previgente disposizione di cui all'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109) secondo cui "pur potendosi comprendere le ragioni di equità sostanziale implicate nell'esegesi meno rigorosa, l'orientamento più restrittivo appare nondimeno meglio coordinato al tenore letterale della disposizione ed alla sua ratio acceleratoria e, soprattutto, elide in radice la enucleazione di ambiti di discrezionalità in ordine alla qualificazione e quantificazione del 'grado' della carenza documentale che potrebbero condurre a sostanziali violazioni del principio di par condicio", concludendo per la natura perentoria del termine. Invero, la previsione del termine perentorio per l'invio della documentazione di gara è espressione di una scelta discrezionale della stazione appaltante che è esente da profili di illegittimità ed appare altresì coerente con l'esigenza di assicurare celeri tempi di svolgimento della gara

pubblica, considerato che ove fosse possibile produrre i documenti richiesti oltre il termine indicato, l'Amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara al solo fine di esaminare la documentazione necessaria trasmessa dall'aggiudicatario, senza che sia previsto alcun momento finale che consenta di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1971 del 14 agosto 2008, emessa dal Tar Puglia, Bari in merito alla perentorietà del termine di presentazione della documentazione di cui al secondo comma dell'articolo 48 del codice dei contratti

< L'art. 48 del D.Lgs. 163/2006 dispone al primo comma che "Le stazioni appaltanti 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, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento".

Il secondo comma statuisce che "La richiesta di cui al comma 1 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 e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

Viene in contestazione la natura del termine assegnato ai sensi dell'art. 48 secondo comma del D.Lgs. 163/2006 dalla stazione appaltante all'aggiudicatario per la produzione dei documenti di gara.

Non sono condivisibili le argomentazioni di parte ricorrente secondo cui va differenziata l'ipotesi dei controlli a campione (relativamente alla quale il termine è perentorio) da quella della richiesta della documentazione all'aggiudicatario e al secondo classificato con assegnazione di un termine di cui assume la natura ordinatoria e meramente sollecitatoria.

Difatti, se per il primo caso il termine è riconosciuto come perentorio, non si comprende perché dovrebbe essere considerato ordinario in relazione alla seconda fattispecie, tenuto conto della ricorrenza in entrambe le ipotesi delle medesime esigenze di celerità e correttezza e dell'espressa comminatoria di sanzioni e della decadenza dall'aggiudicazione a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti nel termine accordato dalla stazione appaltante. Né a diverse conclusioni può pervenirsi in ragione della mancata previsione nel secondo comma dell'art. 48 del termine entro il quale la documentazione deve essere depositata che dovrà essere viceversa fissato dall'Amministrazione.

Non può revocarsi in dubbio che tale termine è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara e che costituisce elementare onere di diligenza a carico del concorrente quello di tenere pronta la documentazione che dovrà presentare alla stazione appaltante, senza attendere l'esplicita richiesta, atteso che si tratta di documenti noti sin dalla indizione della gara.

Emerge chiaramente la diversa formulazione delle due disposizioni, poiché il termine di 10 giorni per l'invio della documentazione comprovante i requisiti di gara è espressamente riferito dal primo comma al concorrente sorteggiato nell'ambito della verifica a campione, mentre, nel secondo comma tale termine è imposto all'amministrazione procedente che deve richiedere tale documentazione all'aggiudicatario ed al secondo graduato.

Ma non solo

< Peraltro, anche aderendo alla teoria meno rigorosa, può nondimeno rilevarsi che la perentorietà del termine discende dalle previsioni contenute nella lex specialis ed, in particolare, nel disciplinare di gara, tenuto conto delle sanzioni conseguenti alla inosservanza del medesimo..

Ed invero, con riferimento alla trasmissione della documentazione comprovante i requisiti di gara, nelle avvertenze del disciplinare di gara era espressamente precisato che “ai sensi dell’art. 48 comma 2 del D.Lgs 163/2006, ove tale prova non sia fornita nei termini accordati (...) si potrà procedere all’applicazione delle sanzioni ivi previste. Si invitano pertanto tutte le imprese a premunirsi della richiesta documentazione, in caso di sorteggio, al fine del rispetto dei termini previsti nella vigente normativa. La suddetta richiesta di verifica verrà inoltrata altresì entro 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche alla Ditta aggiudicataria e al concorrente che segue in graduatoria, qualora questi non siano stati sorteggiati, e nel caso in cui non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicheranno le suddette sanzioni e si procederà alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell’offerta e alla conseguente nuova aggiudicazione (...)”.

La normativa di gara ha pertanto indicato chiaramente l’essenzialità del termine per l’invio della documentazione, avvisando espressamente i partecipanti di procurarsi in anticipo la documentazione occorrente anche in vista dei controlli documentali da svolgersi in seguito all’aggiudicazione dell’appalto, come conferma l’espresso richiamo al secondo comma dell’art. 48 D.Lgs. 163/2006 nonché rendendoli edotti delle conseguenze sfavorevoli in caso di mancata produzione dei documenti di gara.. Per effetto di tali previsioni, l’impresa aggiudicataria era consapevole della essenzialità e perentorietà del termine per l’invio dei documenti (sia per l’eventuale verifica a campione sia per l’aggiudicazione), potendo diligentemente e tempestivamente procurarsi i titoli di gara necessari ed indicati nella lex specialis.

La natura perentoria del termine veniva ribadita nella comunicazione dell’aggiudicazione provvisoria datata 11 gennaio 2007 con la richiesta dei documenti e l’esplicita avvertenza che “del rispetto del termine perentorio dei dieci giorni, farà fede il timbro dell’Ufficio Postale di spedizione del plico

contenente la documentazione richiesta”.

Invero, la previsione del termine perentorio per l’invio della documentazione di gara è espressione di una scelta discrezionale della stazione appaltante che è esente da profili di illegittimità ed appare altresì coerente con l’esigenza di assicurare celeri tempi di svolgimento della gara pubblica, considerato che ove fosse possibile produrre i documenti richiesti oltre il termine indicato, l’Amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara al solo fine di esaminare la documentazione necessaria trasmessa dall’aggiudicatario, senza che sia previsto alcun momento finale che consenta di chiudere definitivamente l’attività di verifica e riscontro dei requisiti.

Viceversa, risulta dagli atti di causa che alcuni documenti di gara venivano approntati solo dopo la succitata comunicazione dell’11 gennaio 2007 (es. il documento unico di regolarità contributiva c.d. d.u.r.c. del 15 gennaio 2007 e la polizza fideiussoria datata 25 gennaio 2007), in contrasto con le disposizioni di gara che, come si è visto, richiedevano ai partecipanti di premunirsi in anticipo dei documenti comprovanti i requisiti di partecipazione alla gara. Quindi, appaiono inconsistenti le giustificazioni fornite dalla ricorrente che motivava il ritardo con lo stato di malattia del titolare e con il tardivo rilascio del d.u.r.c., considerato che l’impresa si attivava per acquisire la completa produzione documentale solo dopo l’aggiudicazione provvisoria.>

<https://www.diritto.it/anche-l-aggiudicatario-ha-solo-10-giorni-di-tempo-per-evitare-l-escussione-della-provvisoria-cons-di-stato-n-013212012/>