

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30191-dossier-la-natura-dei-termini-per-la-presentazione-dei-requisiti-di-ordine-speciale-per-evitare-l-escussione-della-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

Dossier: La natura dei termini per la presentazione dei requisiti di ordine speciale per evitare l'escussione della cauzione provvisoria.

DOSSIER:..... 10

**LA NATURA DEI TERMINI PER LA PRESENTAZIONE DEI
REQUISITI DI ORDINE SPECIALE PER EVITARE L'ESCUSSIONE
DELLA CAUZIONE PROVVISORIA 10**

***il termine di 10 giorni, previsto dall'art. 10, comma 1 quater L. n. 109/1994
(vedi ora art. 48, comma 2, D.Lg.vo n. 163/2006), se riferito all'aggiudicatario
ed al secondo classificato, non è perentorio, in assenza di una precisa
previsione della lex specialis di gara.....10***

***In tema di procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, il
termine fissato nella prima parte dell'art. 10 comma 1 quater, l. 11 febbraio
1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del
10% del loro complesso, previo sorteggio, sono chiamati a comprovare il
possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico
organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all'apertura delle
buste delle offerte presentate, e non anche per la presentazione dei
documenti da parte dell'aggiudicatario, spettando in tale ultima ipotesi alla
p.a. indicare il termine per l'adempimento, in quanto il limite in questione
concerne l'accertamento a campione e non anche quello che deve essere
compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria 10***

Deve rilevarsi, infatti, che una cosa è il termine di dieci giorni per fornire la documentazione richiesta in caso di sorteggio, in quanto in tal caso il termine diventa effettivamente insuperabile sia per la “par condicio” fra i concorrenti e sia per le esigenze organizzative dell'Amministrazione procedente; mentre un'altra cosa è il termine di dieci giorni dopo l'aggiudicazione (cosiddetta provvisoria), in quanto, in tale ultima fase, innanzitutto non vi sono esigenze di “par condicio”, essendovi un solo aggiudicatario, e, poi, vengono meno anche le esigenze acceleratorie, in quanto la gara è terminata, per cui è in potere dell'Amministrazione stabilire quando il ritardo nella dimostrazione dei requisiti risulti significativo o meno 10

Anche il terzo motivo dell'appello (per non aver dimostrato il raggruppamento controinteressato il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico amministrativa entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara ai sensi dell'art.48 comma 2 d.lgs. n.163/2006 e 10, comma 1 quater legge n.109/1994), è infondato, in quanto detto termine in parte qua deve ritenersi ordinario. 10

Va condiviso al riguardo l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in tema di procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, il termine fissato nella prima parte dell'art. 10 comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del 10% del loro complesso, previo sorteggio, sono chiamati a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all'apertura delle buste delle offerte presentate, e non anche per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario, spettando in tale ultima ipotesi alla p.a. indicare il termine per l'adempimento, in quanto il limite in questione concerne l'accertamento a campione e non anche quello che deve essere compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria (cfr. Consiglio Stato , . V, 27 ottobre 2005, n. 6003 e 9 novembre 2004 , n. 7758)..... 11

Deve rilevarsi, infatti, che una cosa è il termine di dieci giorni per fornire la documentazione richiesta in caso di sorteggio, in quanto in tal caso il termine diventa effettivamente insuperabile sia per la “par condicio” fra i concorrenti e sia per le esigenze organizzative dell'Amministrazione procedente; mentre un'altra cosa è il termine di dieci giorni dopo l'aggiudicazione (cosiddetta provvisoria), in quanto, in tale ultima fase, innanzitutto

non vi sono esigenze di “par condicio”, essendovi un solo aggiudicatario, e, poi, vengono meno anche le esigenze acceleratorie, in quanto la gara è terminata, per cui è in potere dell’Amministrazione stabilire quando il ritardo nella dimostrazione dei requisiti risulti significativo o meno. 12

Consiglio di Stato con la decisione numero 6475 del 6 settembre 2010 12

I termini sono uno perentorio per i sorteggiati, l’altro, solo, sollecitatorio nei riguardi dell’aggiudicatario ed al concorrente che segue, a meno che diversamente non disponga la lex specialis di gara12

L’art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994 , contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara: uno perentorio per i sorteggiati, l’altro, solo, sollecitatorio nei riguardi dell’aggiudicatario ed al concorrente che segue, a meno che diversamente non disponga la lex specialis di gara 12

va considerato che l’art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994 citata, contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara: 12

uno, di dieci giorni dalla data (ovviamente di ricezione) della richiesta, per l’esame a campione, su un decimo degli offerenti, prima dell’esperimento della gara. Data l’esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento, il termine non può che configurarsi come perentorio;..... 12

- un altro, per dimostrare tali requisiti, su richiesta, da inoltrare dall’ente entro dieci giorni dalla celebrazione della gara, all’aggiudicatario ed al concorrente che segue. Il termine, per quel che riguarda i destinatari, non è definito dalla legge nella sua misura, né nella sua natura. Questo secondo termine può essere definito perentorio, nel bando o negli altri atti regolatori della gara. Ma se così non è disposto – ed è rimesso a potestà discrezionali dell’amministrazione appaltante – ragioni sostanziali di buon andamento e di affidamento del privato sull’azione amministrativa fanno concludere per un suo carattere meramente sollecitatorio nei riguardi dell’impresa destinataria della richiesta> 12

Consiglio di Stato con la decisione numero 6003 del 27 ottobre 2005..... 13

E’ solo nei confronti dei sorteggiati che l’articolo 10 comma 1 quater della L. 1009/94 s.m.i. impone un termine perentorio per la presentazione della documentazione comprovante il reale possesso dei requisiti speciali (rischio della garanzia provvisoria).....14

Nei confronti dell’aggiudicatario provvisorio e del secondo, il termine (anche se debba essere o meno perentorio) deve essere indicato dal committente in virtu’ della discrezionalità dell’amministrazione nella individuazione dei tempi tecnici di svolgimento ulteriore della procedura.. 14

• il termine fissato nella prima parte dell’art. 10, comma 1 quater, L. 11 febbraio 1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del 10% del loro complesso sono chiamati a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all’ apertura delle buste delle offerte presentate, 14
la ratio sta nel fatto che:..... 14

< nel caso di accertamento a campione, il quid pluris è sufficientemente coperto dalla esigenza di celerità delle operazioni di gara e dall’altra di porre, indifferentemente, tutti i concorrenti sullo stesso piano, di fronte alla eventualità di essere sorteggiati e dunque alla necessità di premunirsi rispetto a tale eventualità> 14

• per la presentazione dei documenti da parte dell’ aggiudicatario, spetta in tale ultima ipotesi all’ Amministrazione indicare il termine per l’ adempimento. in quanto, il limite in questione concerne

L'accertamento a campione e non anche quello che deve essere compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria..... 14
la ratio sta nel fatto che:..... 14
<allorché la gara è già pervenuta al punto della aggiudicazione provvisoria (e quindi alla scelta del concorrente più idoneo e di colui che immediatamente lo segue in graduatoria) il di più consiste prima di tutto nella esigenza di tutelare in maniera efficace l'affidamento della stazione appaltante sulla veridicità del possesso dei requisiti, e dunque della fedeltà della dichiarazione a quanto l'aggiudicatario è in grado di documentare e dalla ulteriore esigenza di dare, nel caso negativo, pronto seguito alle operazioni (da qui la richiesta di documentazione anche al secondo classificato).> 14

Consiglio di Stato con la decisione numero 7758 del 29 novembre 2004.... 15

Ci sono solo 10 giorni per presentare la documentazione richiesta a comprova del reale possesso dei requisiti di ordine speciale15

Sebbene la perentorietà del termine di cui alla norma sul sorteggio, non sia espressamente affermata, è agevole rilevare, da un lato, che trattasi di termine posto a garanzia del corretto e, dunque, rapido svolgimento della gara; dall'altro, che la norma stessa prevede che la richiesta documentale sia inviata ad un certo numero di offerenti in un momento ben determinato della procedura concorsuale, e cioè "prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate": la qualificazione del termine come meramente sollecitatorio appare incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica, che richiedono che i provvedimenti di esclusione siano adottati con immediatezza (basti pensare agli effetti di ogni esclusione sulla determinazione della soglia di anomalia)..... 15

Il Consiglio di Stato ribadisce la perentorietà del termine dei dieci giorni per la presentazione della documentazione comprovante i requisiti di ordine speciale e, di conseguenza, l'escussione della polizza provvisoria ex articolo 10 , comma 1 quater, della Legge 109/94 s.m.i..... 15

Consiglio di Stato con la decisione numero 2780 del 18 maggio 2001) 16

Non ci sono valide scuse per non presentare i documenti entro 10 giorni dalla richiesta dell'amministrazione16

Lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i in quanto l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative..... 16

Sulla possibilità di proroga del termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., merita di essere segnalato quanto espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2714 del 15 maggio 2001:..... 17

< La norma va letta allora conciliando i contrapposti interessi, e ritenendo che il termine di dieci giorni è suscettibile di proroga con atto motivato della stazione appaltante ove l'impresa richiedente la proroga compri un impedimento a rispettare il termine, impedimento che non deve tuttavia essere meramente soggettivo (p. es. evitabili disfunzioni organizzative interne all'impresa), bensì evidenziare una oggettiva impossibilità, o estrema difficoltà, di rispettare il termine medesimo (p. es., diniego o ritardo nel rilascio della richiesta documentazione da parte dell'ufficio competente> 17

per tanto:<Se è vero che il termine in commento va ritenuto suscettibile di proroga secondo il prudente apprezzamento della stazione appaltante, nel caso in cui l'impresa adduca un impedimento oggettivo a fornire tempestivamente la documentazione, tuttavia stante l'esigenza di celere svolgimento della gara, le richieste di

proroga vanno valutate con particolare rigore e possono essere accolte solo nel caso di impedimenti seri, oggettivi, ragionevoli, documentati> 17

nella fattispecie sottoposta all'adito giudice, quindi:< Tale non appare l'impedimento addotto dall'impresa ricorrente, perché lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione, ove si consideri che:..... 17

l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative;..... 17

l'impresa che partecipa ad un appalto di lavori pubblici, sa che può essere destinataria di un controllo a campione, e deve pertanto tempestivamente premunirsi per tale eventualità> 17

Consiglio di Stato con la decisione numero 2714 del 15 maggio 2001..... 17

Nel computo dei termini di cui all'articolo 48 del codice dei contratti non va considerato quello iniziale17

La delineata esegesi deve essere espressa anche nella doverosa considerazione della natura perentoria del termine di cui all'art. 48 del Codice dei contratti: a fronte, infatti, di un termine così esiguo concesso dalla legge ai partecipanti ad una gara pubblica al fine di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, non può ragionevolmente legittimarsi anche un'ulteriore "giro di vite" costituito dalla previsione del computo anche del termine iniziale di invio della comunicazione. 17

Ritiene al riguardo la Sezione che il principio fissato dal legislatore all'art. 2963, secondo il quale nel computo di un termine si calcola il dies ad quem ma non quello a quo, abbia valenza di principio generale recato da una norma imperativa e non dispositiva, ossia non derogabile dalle parti, o quanto meno non mediante un'imposizione unilaterale quale quella che si esprime attraverso le determinazioni stabilite in un disciplinare di gara, alla definizione del cui contenuto non concorre la volontà dei partecipanti alla gara. 18

La delineata esegesi deve essere espressa anche nella doverosa considerazione della natura perentoria del termine di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, opportunamente valorizzata nella linea difensiva dei legali del r.t.i ricorrente. 18

A fronte, infatti, di un termine così esiguo concesso dalla legge ai partecipanti ad una gara pubblica al fine di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, non può ragionevolmente legittimarsi anche un'ulteriore "giro di vite" costituito dalla previsione del computo anche del termine iniziale di invio della comunicazione. 18

6.3. Osserva in proposito il Collegio, a ulteriore suffragio della tesi della vessatorietà di siffatta illegittima inclusione nel computo dei termini anche di quello iniziale, che nell'ipotesi in cui, correttamente escludendo, invece, come per legge (art. 2963.c.c.) il termine iniziale, quello finale dovesse coincidere con un giorno festivo, l'impresa onerata della comprova dei requisiti potrebbe godere della proroga del termine al primo giorno non festivo successivo (ex art. 2963, comma 3, c.c.), secondo un principio ritenuto di carattere generale (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214). 18

Ebbene, di tale facoltà, a stare all'illegittima delineata inclusione del termine iniziale, l'impresa partecipante alla gara sarebbe invece privata. 18

Segnala in proposito il Collegio che in argomento si è pronunciato anche il Giudice amministrativo d'appello che ha avuto modo di puntualizzare che "in mancanza di una specifica normativa, i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo sono quelli che si rinvengono nella disciplina generale dettata dagli art. 155 e ss. c.p.c. e 2963 c.c.. Regola cardine è che nel calcolo dei termini a giorni dies a quo non computatur, dies ad quem computatur." (Consiglio di Stato,Sez. V, 4 marzo 2008, n. 824..... 18

Tar Piemonte, Torino con la sentenza numero 2424 del 21 maggio 2010_BIS 19

E' indiscutibilmente perentorio il termine (10 giorni) di cui all'articolo 48 del codice dei contratti.....19

A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante. 19

Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara..... 19

Di deve dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara..... 19

Tar Lombardia, Milano con la sentenza numero 514 del 3 marzo 2010..... 20

il termine di cui all'attuale articolo 48 del codice dei contratti (già articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni) è perentorio e le due sanzioni dell'esclusione e dell'incameramento della sanzione sono collegate al medesimo presupposto dell'inosservanza del termine anzidetto 20

Esiste una certa conformità della disciplina contenuta nell'art. 10, comma 1-quater della L. 109 del 1994 - ove contenesse un termine perentorio - rispetto agli artt. 49-55, 81-86 e 157 del Trattato CE, nonché rispetto agli artt. 3, 41 e 97 Cost. e al generale principio di proporzionalità. 20

Si sostiene, pertanto, che il termine di cui trattasi – ora segnatamente contemplato dall'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 - avrebbe carattere sollecitatorio e non anche perentorio in quanto sarebbe comunque lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione delle conseguenze della mancata osservanza del termine medesimo, in relazione anche alla concreta entità del ritardo e alla misura della sua incidenza sull'andamento della gara, specie allorché la richiesta dimostrazione sia resa con qualche giorno appena di ritardo rispetto al termine assegnato; e ad avvalorare tale conclusione indurrebbero, per un verso, la considerazione per cui, con l'introduzione nel "sistema" dei contratti pubblici della nuova figura dell'avvalimento (cfr. art. 45 del medesimo D.L.vo 163 del 2006), il termine fissato dalla norma parrebbe incongruo in relazione alla possibilità riconosciuta al concorrente invitato a fornire la richiesta dimostrazione per relationem, potendo invece, porsi per lui la necessità di acquisire, in ordine ai requisiti dichiarati, elementi probatori presso altra ditta di cui intenda avvalersi; per altro verso, la considerazione che la sanzione prevista per il mancato rispetto del termine di 10 giorni dovrebbe ritenersi, per la sua gravità, correlata, nell'astratta comminatoria legislativa, non tanto alla tardiva dimostrazione, quanto alla mancata dimostrazione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 gennaio 2008 n. 144). 20

Tar Veneto, Venezia con la sentenza numero 3162 del 14 ottobre 2008..... 23

Le tre sanzioni di cui alla norma sul sorteggio (art. 48 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i.) sono automatiche ma autonome: l'escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità possono essere discusse indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara..... 23

La norma di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni (ora art. 48 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i.) è costantemente interpretata nel senso che esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità sono conseguenze automatiche del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla

richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa): le tre sanzioni sono peraltro autonome, suscettibili di separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo e pertanto nessuna preclusione, dunque, potrebbe discendere dal consolidamento dell'atto di esclusione..... 23

ascrivere le sanzioni al comando della norma piuttosto che al provvedimento di esclusione non implica perciò solo che la definitività di questo non comporti la inoppugnabilità di quelle. 24
E' nota la decisione n. 949/05 della V Sezione, secondo cui: "Così consolidatasi l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi alla ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni d'incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto all'atto di esclusione, divenuto ormai definitivo". 24

Il Collegio ritiene, tuttavia, di seguire un'altra strada, più confacente al tema processuale. 24

La giurisprudenza, tra cui quella segnalata dall'appellante, pare orientata a riconoscere autonoma lesività ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità allorquando è stata chiamata a pronunciarsi su di essi indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara. 24
E' indiscutibile che l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione. 24

Se fosse adottata la tesi patrocinata dal giudice di primo grado (e dalla decisione n. 949/05 del Consiglio) si perverebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara - verso cui non ha alcun interesse - per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara - comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso - implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali. 24

Va, invece, affermato che - pur a fronte di un identico potere ex art. 10, comma 1 quater - la fattispecie che ne legittima l'esercizio (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che esso produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra amministrazione e cittadino, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti.> 24

Consiglio di Stato con la decisione numero 3704 del 27 giugno 2007..... 25

Le imprese sorteggiate a norma dell'articolo 48 del codice dei contratti (già articolo 10 comma 1 quater della Merloni) hanno dieci giorni di tempo per dimostrare il reale possesso dei requisiti di ordine speciale, precedentemente solo autodichiarati, altrimenti le sanzioni sono tre: l'esclusione della procedura, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza..... 25

Il termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater, ora articolo 48 del codice dei contratti, deve considerarsi come perentorio? La stazione appaltante ha la facoltà di accettare documenti che dovessero giungere fuori termine? alla stazione appaltante è imposta una particolare modalità di comunicazione per la richiesta della dimostrazione del reale possesso dei requisiti di ordine speciale? 25

il Collegio ritiene che il termine di cui alla l. 109/94 art. 10 comma 1 quater ha natura perentoria in quanto < 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 dalla espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo

alla 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 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”>_ la natura perentoria del termine non esclude l’esistenza di un potere dell’Amministrazione di confermare l’aggiudicazione anche quando i documenti richiesti sono presentati fuori termine, tutte le volte in cui sussistano oggettive ragioni di impedimento alla loro presentazione, considerata la natura sanzionatoria della decadenza, che implica a sua volta la rimproverabilità del comportamento in capo alla impresa, ossia l’assenza di cause oggettive di legittimo impedimento..... 25

Tar Sicilia, Catania con la sentenza numero 47 del 4 gennaio 2008..... 26

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..... 26

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. 26

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 dies 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..... 26

< 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"..... 27

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"..... 27

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. 27

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..... 27

Difatti, se per il primo caso il termine è riconosciuto come perentorio, non si comprende perché dovrebbe essere considerato ordinatorio 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. 28

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..... 28

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 precedente che deve richiedere tale documentazione all'aggiudicatario ed al secondo graduato.> 28

Tar Puglia, Bari con la sentenza numero 1971 del 14 agosto 2008..... 29

***Sentenza di primo grado e decisione del Consiglio di Stato che ritengono illegittimo aver annullato un'aggiudicazione (con conseguente richiesta di escussione della cauzione provvisoria):ora la decisione sul risarcimento del danno da mancata aggiudicazione (risarcimento del danno per equivalente, rapportato alla perdita del risultato utile che le ditte ricorrenti si proponevano di conseguire dall'esecuzione del suddetto contratto), considerato fondamentale un concorso di colpa da parte della ditta aggiudicataria che riduce l'importo concesso (ridotto quindi del 25%!)*..... 29**

Da un errore della Stazione Appaltante nel ritenere perentorio (a norma dell'attuale articolo 48 del codice dei contratti) anche il termine da

assegnare all'aggiudicatario per la verifica del reale possesso dei requisiti di ordine speciale (scongiurando così anche l'escussione della cauzione provvisoria) deriva la condanna da parte del giudice amministrativo al risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non senza però considerare un concorso di colpa da parte dell'avente diritto per aver comunque presentato in ritardo (ancorché la perentorietà del termine fosse illegittima) i documenti richiesti..... 29

L'esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente ha trovato giustificazione nella dichiarata natura perentoria del termine assegnato per la produzione dei documenti suddetti, il cui mancato rispetto ha comportato l'automatica estromissione dalla licitazione della ditta inadempiente ma l'asserita perentorietà del termine suddetto evidenziata nel disciplinare di gara e nella lettera di richiesta dei documenti cui si è fatto cenno, è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo anche in appello, con le quali è stato posto in evidenza, oltre alla inconciliabilità della soluzione interpretativa del quadro normativo di riferimento privilegiata dall'organo di gara, anche la contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante per quanto concerne il riferimento compiuto, per suffragare la tesi della perentorietà del termine suddetto, ad un atto di regolazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30.3.2000 che, invece, per quanto riguardava la situazione della richiesta dei documenti alle ditte dichiarate aggiudicatrici di una gara pubblica, propendeva chiaramente per qualificare il termine da assegnare alle stesse per la materiale produzione di tali atti, come ordinario e non perentorio. Donde, a fronte delle accennate valutazioni compiute dal giudice amministrativo a giustificazione del disposto annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente, ritiene il Collegio, che il comportamento posto in essere dagli organi del Comune intimato sia da qualificare sicuramente colposo, in quanto frutto di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento che non può essere addebitato ad un errore scusabile, dal momento che le norme di legge alle quali doveva uniformarsi il disciplinare di gara, non creavano particolari problemi interpretativi, né esisteva un oscillante orientamento della giurisprudenza sul punto, per cui le giustificazioni addotte dai difensori del Comune per confutare la contestata negligenza nell'operato della Commissione di gara e degli organi decidenti dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, non sono in grado di integrare gli estremi dell'errore scusabile con riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza amministrativa e, quindi, non consente di escludere la colpa dell'apparato amministrativo nella causazione del danno derivante dall'avvenuta adozione degli atti illegittimi ritenuti generatori del danno patrimoniale rivendicato dalle imprese ricorrenti. 29

Per cui, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene il Collegio che l'operato degli organi del Comune intimato dal quale viene fatto dipendere il danno oggetto di accertamento in questa sede giurisdizionale sia da qualificare sicuramente negligente e frutto di una superficiale valutazione dei fatti adottati a sua giustificazione e, quindi, di una errata applicazione del quadro normativo di riferimento che, come ha avuto modo di precisare il TAR delle Marche ed il Consiglio di Stato nelle decisioni cui si è fatto cenno, non consentiva di procedere alla esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente per il solo fatto del mancato rispetto del termine assegnato per la presentazione della documentazione integrativa richiesta, tanto più che il raggruppamento di imprese attuale ricorrente non era rimasto affatto inadempiente a tale adempimento avendo provveduto comunque a spedire nei termini gli atti richiesti dalla stazione appaltante i quali, seppure tardivamente (26.10.2000, ore 9,03), erano comunque stati acquisiti dal dirigente responsabile del procedimento prima dell'approvazione dell'operato della commissione di gara e, quindi, dell'aggiudicazione definitiva della licitazione, formalizzata con provvedimento n.1299 del 27.10.2000 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici., _ 30

ai fini della concreta liquidazione del danno, reputa tuttavia Collegio che la minore gravità del comportamento negligente imputabile alla P.A. possa essere opportunamente valorizzata per attenuare gli oneri risarcitori a carico della medesima, secondo quanto previsto dall'art 2056 del cod. civ. che per quanto riguarda la valutazione dei danni da atto illecito rinvia ai criteri fissati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del cod. civ., tenuto conto che quest'ultima norma, in particolare, consente di ridurre proporzionalmente la quantificazione dei danni nel caso in cui il creditore ha concorso con il suo comportamento a cagionare il pregiudizio asserito derivante dal provvedimento illegittimo: il raggruppamento di imprese ricorrente ha sicuramente contribuito con il suo comportamento a favorire la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a causa del

mancato rispetto del termine che, seppure illegittimamente, l'organo di gara aveva espressamente qualificato come perentorio, con il chiaro intendimento di volere sanzionare con l'estromissione dalla gara le ditte inadempienti. 30

Tar Marche, Ancona con la sentenza numero 1302 del 19 settembre 2008 31

A cura di Sonia Lazzini

DOSSIER:

La natura dei termini per la presentazione dei requisiti di ordine speciale PER EVITARE L'ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA

IL TERMINE DI 10 GIORNI, PREVISTO DALL'ART. 10, COMMA 1 QUATER L. N. 109/1994 (VEDI ORA ART. 48, COMMA 2, D.LG.VO N. 163/2006), SE RIFERITO ALL'AGGIUDICATARIO ED AL SECONDO CLASSIFICATO, NON È PERENTORIO, IN ASSENZA DI UNA PRECISA PREVISIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA

In tema di procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, il termine fissato nella prima parte dell'art. 10 comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del 10% del loro complesso, previo sorteggio, sono chiamati a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all'apertura delle buste delle offerte presentate, e non anche per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario, spettando in tale ultima ipotesi alla p.a. indicare il termine per l'adempimento, in quanto il limite in questione concerne l'accertamento a campione e non anche quello che deve essere compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria

Deve rilevarsi, infatti, che una cosa è il termine di dieci giorni per fornire la documentazione richiesta in caso di sorteggio, in quanto in tal caso il termine diventa effettivamente insuperabile sia per la "par condicio" fra i concorrenti e sia per le esigenze organizzatorie dell'Amministrazione procedente; mentre un'altra cosa è il termine di dieci giorni dopo l'aggiudicazione (cosiddetta provvisoria), in quanto, in tale ultima fase, innanzitutto non vi sono esigenze di "par condicio", essendovi un solo aggiudicatario, e, poi, vengono meno anche le esigenze acceleratorie, in quanto la gara è terminata, per cui è in potere dell'Amministrazione stabilire quando il ritardo nella dimostrazione dei requisiti risulti significativo o meno

Anche il terzo motivo dell'appello (per non aver dimostrato il raggruppamento controinteressato il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico amministrativa entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara ai sensi dell'art.48 comma 2 d.lgs. n.163/2006 e 10, comma 1 quater legge

n.109/1994), è infondato, in quanto detto termine in parte qua deve ritenersi ordinatorio.

Tratto dalla sentenza di primo grado_Tar Basilicata; Potenza, 05.08.2008 n. 408

<< Con il quinto motivo l'ATI ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 48, comma 2, D.Lg.vo n. 163/2006 (ex art. 10, comma 1 quater L. n. 109/1994: tenuto della data di pubblicazione del bando è questa la norma di riferimento), in quanto l'ATI controinteressato non aveva provato entro il termine di 10 giorni il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti per l'ammissione alla gara in commento.

Tale censura non può essere accolta, attesocchè: 1) la lettera invito dell'8.8.2006 prevedeva soltanto che nell'ambito della dichiarazione sostitutiva ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, allegata all'offerta, i concorrenti dovevano indicare anche il numero di fax, al quale doveva essere inviata la richiesta di cui all'art. 10, comma 1 quater, L. n. 109/1994; 2) il richiamo a quest'ultima norma (la quale peraltro va osservata obbligatoriamente dalle Amministrazioni appaltanti) va interpretato nel senso che la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, previsti dalla lex specialis di gara, va riferito, oltre che al certificato SOA (in relazione ai lavori da eseguire), anche al requisito relativo ai servizi affini a quelli previsti in concessione, svolti nel quinquennio 2001-2005 per un importo medio annuo non inferiore al 5% dell'investimento, di cui almeno uno non inferiore al 2% dell'investimento; 3) secondo la giurisprudenza di questo TAR il termine di 10 giorni, previsto dall'art. 10, comma 1 quater L. n. 109/1994 (vedi ora art. 48, comma 2, D.Lg.vo n. 163/2006), se riferito all'aggiudicatario ed al secondo classificato, non è perentorio, in assenza di una precisa previsione della lex specialis di gara (cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 6003 del 27.10.2005; C.d.S. Sez. V Sent. n. 7758 del 29.11.2004; TAR Basilicata Sent. n. 344 del 5.5.2007), attesocchè: a) mentre nella prima frase l'art. 10, comma 1 quater L. n. 109/1994 (vedi ora art. 48, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006, il quale in modo più puntuale fa riferimento all'obbligo di presentare "la documentazione indicata nel bando di gara o nella lettera invito") prevede espressamente un termine breve di 10 giorni per il 10% degli offerenti (che deve ritenersi perentorio, sia per le evidenti esigenze di celerità e/o speditezza atti-nenti al completamento del procedimento di gara, sia per garantire la par condicio tra i concorrenti sorteggiati), non fissa espressamente alcun termine per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario (e del concorrente secondo classificato), per cui di norma il termine fissato dall'Amministrazione appaltante per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario provvisorio, anche se tende parimenti a conseguire una rapida conclusione del procedimento di evidenza pubblica, è di natura sollecitatoria, fatta salva però la facoltà dell'Amministrazione committente, se sussistono effettive esigenze di celerità, di stabilire un termine perentorio per il predetto adempimento con la puntualizzazione che la relativa decisione sull'adozione del termine perentorio di 10 giorni anche nei confronti dell'aggiudicatario deve essere enunciata nella lex specialis di gara (per es. nel bando o nella lettera invito), in quanto le imprese aggiudicatarie debbono sapere in anticipo che l'obbligo di presentare la prescritta e/o idonea documentazione, attestante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica-organizzativa, deve essere adempiuto, a pena di decadenza dall'aggiudicazione, entro un preciso termine perentorio (in tal modo, le imprese partecipanti si attiveranno in tempo utile, per procurarsi tutti i documenti, indicati nella lex specialis di gara, che debbono essere presentati in caso di aggiudicazione); b) nella specie l'Amministrazione appaltante non ha ritenuto di fissare nella lex specialis di gara un termine perentorio per l'aggiudicatario (e per il secondo classificato) per la presentazione della documentazione, attestante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica-organizzativa; c) inoltre, dal tenore letterale della nota del 6.11.2007, con la quale la Regione Basilicata ha chiesto sia all'ATI controinteressata che all'ATI ricorrente la presentazione della documentazione, attestante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, si desume la non perentorietà del termine di 10 giorni ivi stabilito; 4) in data 22.4.2008 l'ATI controinteressata ha esibito la documentazione, attestante il possesso del predetto requisito relativo ai servizi affini a quelli previsti in concessione, svolti nel quinquennio 2001-2005 per un importo medio annuo non inferiore al 5% dell'investimento, di cui almeno uno non inferiore al 2% dell'investimento, dichiarato in sede di offerta dalla mandante Controinteressata due S.p.A.; 5) pertanto, tenuto pure conto che la lettera invito ha precisato che per servizi affini si intendono i servizi integrati di manutenzione e gestione di immobili e relativi impianti, deve ritenersi che l'ATI controinteressata ha provato il possesso del suddetto requisito di ammissione; 6) per completezza va anche puntualizzato che non può condividersi l'assunto dell'ATI ricorrente, secondo cui, poiché il provvedimento di aggiudicazione definitiva era stato emanato senza aver accertato il possesso del suddetto requisito di capacità economico-finanziaria, relativo ai servizi affini a quelli previsti in concessione svolti nel quinquennio 2001-2005, la Regione avrebbe comunque dovuto annullare l'impugnato provvedimento di aggiudicazione definitiva, dal momento che tale provvedimento di aggiudicazione definitiva non risulta illegittimo, in quanto l'ATI aggiudicatario ha poi provato il possesso del citato requisito di capacità economico-finanziaria di cui si discorre.>>

Va condiviso al riguardo l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in tema di procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, il termine fissato nella prima parte dell'art. 10 comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del 10% del loro complesso, previo sorteggio, sono chiamati a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all'apertura delle buste delle offerte presentate, e non anche per la

presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario, spettando in tale ultima ipotesi alla p.a. indicare il termine per l'adempimento, in quanto il limite in questione concerne l'accertamento a campione e non anche quello che deve essere compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria (cfr. Consiglio Stato , . V, 27 ottobre 2005, n. 6003 e 9 novembre 2004 , n. 7758)

Deve rilevarsi, infatti, che una cosa è il termine di dieci giorni per fornire la documentazione richiesta in caso di sorteggio, in quanto in tal caso il termine diventa effettivamente insuperabile sia per la “par condicio” fra i concorrenti e sia per le esigenze organizzatorie dell'Amministrazione procedente; mentre un'altra cosa è il termine di dieci giorni dopo l'aggiudicazione (cosiddetta provvisoria), in quanto, in tale ultima fase, innanzitutto non vi sono esigenze di “par condicio”, essendovi un solo aggiudicatario, e, poi, vengono meno anche le esigenze acceleratorie, in quanto la gara è terminata, per cui è in potere dell'Amministrazione stabilire quando il ritardo nella dimostrazione dei requisiti risulti significativo o meno.

Non risulta che, nella specie, un tale termine sia stato fissato dall'Amministrazione a pena di decadenza e che esso sia stato disatteso dalla Ati controinteressata, con la produzione dei relativi documenti intervenuta presso la Regione il 22 aprile 2008.

Non hanno quindi rilievo le questioni attinenti alla tempestività processuale della successiva produzione avanti al TAR, avvenuta il 21 giugno 2008

Consiglio di Stato con la decisione numero 6475 del 6 settembre 2010

lo trovi nel file [C.St. 06.09.2010 n. 6475 .doc](#)

I TERMINI SONO UNO PERENTORIO PER I SORTEGGIATI, L'ALTRO, SOLO, SOLLECITATORIO NEI RIGUARDI DEL'AGGIUDICATARIO ED AL CONCORRENTE CHE SEGUE, A MENO CHE DIVERSAMENTE NON DISPONGA LA LEX SPECIALIS DI GARA

L'art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994 , contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara: uno perentorio per i sorteggiati, l'altro, solo, sollecitatorio nei riguardi dell'aggiudicatario ed al concorrente che segue, a meno che diversamente non disponga la lex specialis di gara

va considerato che l'art. 10, comma 1-quater, l. 109/1994 citata, contempla due momenti per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente stabiliti nel bando di gara:

uno, di dieci giorni dalla data (ovviamente di ricezione) della richiesta, per l'esame a campione, su un decimo degli offerenti, prima dell'esperimento della gara. Data l'esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento, il termine non può che configurarsi come perentorio;

- un altro, per dimostrare tali requisiti, su richiesta, da inoltrare dall'ente entro dieci giorni dalla celebrazione della gara, all'aggiudicatario ed al concorrente che segue. Il termine, per quel che riguarda i destinatari, non è**

definito dalla legge nella sua misura, né nella sua natura. Questo secondo termine può essere definito perentorio, nel bando o negli altri atti regolatori della gara. Ma se così non è disposto – ed è rimesso a potestà discrezionali dell'amministrazione appaltante – ragioni sostanziali di buon andamento e di affidamento del privato sull'azione amministrativa fanno concludere per un suo carattere meramente sollecitatorio nei riguardi dell'impresa destinataria della richiesta>

Consiglio di Stato con la decisione numero 6003 del 27 ottobre 2005

lo trovi nel file [C.St. 27.10.2005 n. 6003.doc](#)

E' SOLO NEI CONFRONTI DEI SORTEGGIATI CHE L'ARTICOLO 10 COMMA 1 QUATER DELLA L. 1009/94 S.M.I. IMPONE UN TERMINE PERENTORIO PER LA PRESENTAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE COMPROVANTE IL REALE POSSESSO DEI REQUISITI SPECIALI (RISCHIO DELLA GARANZIA PROVVISORIA)

Nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e del secondo, il termine (anche se debba essere o meno perentorio) deve essere indicato dal committente in virtu' della discrezionalità dell'amministrazione nella individuazione dei tempi tecnici di svolgimento ulteriore della procedura

- il termine fissato nella prima parte dell'art. 10, comma 1 quater, L. 11 febbraio 1994 n. 109, è applicabile solo per gli offerenti che nella percentuale del 10% del loro complesso sono chiamati a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando, prima che si proceda all' apertura delle buste delle offerte presentate,**

la ratio sta nel fatto che:

< nel caso di accertamento a campione, il quid pluris è sufficientemente coperto dalla esigenza di celerità delle operazioni di gara e dall'altra di porre, indifferentemente, tutti i concorrenti sullo stesso piano, di fronte alla eventualità di essere sorteggiati e dunque alla necessità di premunirsi rispetto a tale eventualità>

- per la presentazione dei documenti da parte dell' aggiudicatario, spetta in tale ultima ipotesi all' Amministrazione indicare il termine per l' adempimento. in quanto, il limite in questione concerne l'accertamento a campione e non anche quello che deve essere compiuto in seguito alla intervenuta aggiudicazione provvisoria**

la ratio sta nel fatto che:

<allorché la gara è già pervenuta al punto della aggiudicazione provvisoria (e quindi alla scelta del concorrente più idoneo e di colui che immediatamente lo segue in graduatoria) il di più consiste prima di tutto nella esigenza di tutelare in maniera efficace l'affidamento della stazione appaltante sulla veridicità del possesso dei requisiti, e dunque della fedeltà della dichiarazione a quanto l'aggiudicatario è in grado di documentare e dalla ulteriore esigenza di dare, nel caso negativo, pronto seguito alle operazioni (da qui la richiesta di documentazione anche al secondo classificato).>

Giusto a titolo di precisazione, ricordiamo che;

< Le misure reattive previste dalla norma, come è noto, non si esauriscono nella mera previsione della esclusione dalla gara della aggiudicataria provvisoria, ma consistono anche nell'escussione della relativa cauzione provvisoria e nella

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).>

Ma non solo: I giudici di Palazzo Spada sottolineano inoltre che:

< quando il tenore della dichiarazione e gli elementi documentali di cui la Commissione giudicatrice è già in possesso siano tali da fare presumere la mera incompletezza della documentazione, vi sia non soltanto la facoltà, ma l'obbligo dell'Amministrazione di offrire al concorrente, già prescelto in quanto considerato il più idoneo fra i partecipanti, di rimediare all'errore nella trasmissione, chiedendo i dovuti chiarimenti.>

Testo massima ufficiale:

Testo massima: Le norme che dispongono nel senso che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di contratti con la p.a. a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti, e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica; pertanto è illegittima l'esclusione della aggiudicataria provvisoria, se in sede di verifica della documentazione, rinvenendosi difformità fra quanto documentato e quanto dichiarato, in forza di una riconoscibile omissione di documentazione (nella specie resa evidente dalla omessa produzione degli elementi relativi ad una cessione di azienda tempestivamente documentata) la stazione appaltante abbia omesso di richiedere chiarimenti alla aggiudicataria provvisoria (e per essa al rappresentante presente alle operazioni di verifica).

Consiglio di Stato con la decisione numero 7758 del 29 novembre 2004

lo trovi nel file [C.St 29.11.2004 n. 7758.doc](#)

CI SONO SOLO 10 GIORNI PER PRESENTARE LA DOCUMENTAZIONE RICHIESTA A COMPROVA DEL REALE POSSESSO DEI REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

Sebbene la perentorietà del termine di cui alla norma sul sorteggio, non sia espressamente affermata, è agevole rilevare, da un lato, che trattasi di termine posto a garanzia del corretto e, dunque, rapido svolgimento della gara; dall'altro, che la norma stessa prevede che la richiesta documentale sia inviata ad un certo numero di offerenti in un momento ben determinato della procedura concorsuale, e cioè "prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate": la qualificazione del termine come meramente sollecitatorio appare incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica, che richiedono che i provvedimenti di esclusione siano adottati con immediatezza (basti pensare agli effetti di ogni esclusione sulla determinazione della soglia di anomalia.

Il Consiglio di Stato ribadisce la perentorietà del termine dei dieci giorni per la presentazione della documentazione comprovante i requisiti di ordine speciale e, di conseguenza, l'escussione della polizza provvisoria ex articolo 10, comma 1 quater, della Legge 109/94 s.m.i.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2780 del 18 maggio 2001 conferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ex art. 33 del D. Lgs. n. 80/98, sia prima che successivamente alle modifiche introdotte con la legge n. 205/2000) relativamente a controversie sull'incameramento della cauzione provvisoria, ribadisce inoltre che essendo l'atto con cui viene disposto l'incameramento della cauzione autonomo rispetto al provvedimento di esclusione della gara, sulla ditta non grava anche l'obbligo di contestuale impugnazione dell'atto di esclusione dalla procedura, ed infine, stante la conoscibilità del sistema del sorteggio del 10% unitamente al fatto che nel bando di gara c'è l'esplicita menzione dei requisiti che le ditte devono già possedere al momento in cui esprimono la volontà di partecipare, accentua la perentorietà del termine dei dieci giorni per la dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine speciale, senza peraltro distinguere fra tardivo adempimento e mancato adempimento (o mancanza dei requisiti da comprovare) e senza che, disfunzioni organizzative interne all'impresa, possano avere alcuna rilevanza ai fini di definire "scusabile" la mancata presentazione di quanto richiesto dalla Stazione appaltante.

Ed inoltre :

< la perentorietà del termine non esclude il potere dell'amministrazione di valutare, in ipotesi eccezionali, la non imputabilità del ritardo all'impresa, restando comunque a carico dell'impresa stessa l'onere di richiedere e di

dimostrare l'oggettivo impedimento alla tempestiva produzione della documentazione (deve trattarsi di comprovata impossibilità, per l'impresa sottoposta a verifica, di produrre documentazione non rientrante nella sua disponibilità). Nel caso di specie, alcun impedimento di tal genere è stato dimostrato dall'impresa, che si è limitata a rilevare che la richiesta dell'INPDAl, benché pervenuta formalmente presso la sede legale della impresa, non sia stata conosciuta dai legali rappresentanti di questa.

E' evidente che il superamento del termine, anche nella ricostruzione dei fatti operata dall'appellante, sia avvenuto per disfunzioni organizzative interne all'impresa, che in alcun modo possono assumere un rilievo esterno.>

Consiglio di Stato con la decisione numero 2780 del 18 maggio 2001)

lo trovi nel file [C.St 18.05.2001 n. 2780.doc](#)

NON CI SONO VALIDE SCUSE PER NON PRESENTARE I DOCUMENTI ENTRO 10 GIORNI DALLA RICHIESTA DELL'AMMINISTRAZIONE

Lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i in quanto l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative

Sulla possibilità di proroga del termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., merita di essere segnalato quanto espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 2714 del 15 maggio 2001:

< La norma va letta allora conciliando i contrapposti interessi, e ritenendo che il termine di dieci giorni è suscettibile di proroga con atto motivato della stazione appaltante ove l'impresa richiedente la proroga compri un impedimento a rispettare il termine, impedimento che non deve tuttavia essere meramente soggettivo (p. es. evitabili disfunzioni organizzative interne all'impresa), bensì evidenziare una oggettiva impossibilità, o estrema difficoltà, di rispettare il termine medesimo (p. es., diniego o ritardo nel rilascio della richiesta documentazione da parte dell'ufficio competente)>

pertanto:<Se è vero che il termine in commento va ritenuto suscettibile di proroga secondo il prudente apprezzamento della stazione appaltante, nel caso in cui l'impresa adduca un impedimento oggettivo a fornire tempestivamente la documentazione, tuttavia stante l'esigenza di celere svolgimento della gara, le richieste di proroga vanno valutate con particolare rigore e possono essere accolte solo nel caso di impedimenti seri, oggettivi, ragionevoli, documentati>

nella fattispecie sottoposta all'adito giudice, quindi:< Tale non appare l'impedimento addotto dall'impresa ricorrente, perché lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione, ove si consideri che:

l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative;

l'impresa che partecipa ad un appalto di lavori pubblici, sa che può essere destinataria di un controllo a campione, e deve pertanto tempestivamente premunirsi per tale eventualità>

Consiglio di Stato con la decisione numero 2714 del 15 maggio 2001

lo trovi nel file [C.St 15.05.2001 n. 2714.doc](#)

NEL COMPUTO DEI TERMINI DI CUI ALL'ARTICOLO 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI NON VA CONSIDERATO QUELLO INIZIALE

La delineata esegesi deve essere espressa anche nella doverosa considerazione della natura perentoria del termine di cui all'art. 48 del Codice dei contratti: a fronte, infatti, di un termine così esiguo concesso

dalla legge ai partecipanti ad una gara pubblica al fine di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, non può ragionevolmente legittimarsi anche un'ulteriore "giro di vite" costituito dalla previsione del computo anche del termine iniziale di invio della comunicazione.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente rubrica, per quanto qui interessa, violazione dell'art. 1, comma 2 della L. n. 241/90 e dell'art. 153 c.p.c. e dei principi fondamentali in materia di computo dei termini, nonché eccesso di potere per aggravamento del procedimento, lamentando che il termine di dieci giorni di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 per la comprova dei requisiti dichiarati è stato dalla legge di gara, in parte qua impugnata, qualificato come decorrente dal giorno iniziale di invio della comunicazione, in deroga a quanto stabilito dall'art. 2963 c.c.

*Detta censurata previsione comporta per parte ricorrente un aggravamento ingiustificato del procedimento, in contrasto con l'art. 1, comma 2 della L. n. 241/1990. Rappresenta al riguardo che la brevità del concesso termine l'ha costretta a limitarsi nell'acquisizione delle certificazioni dei lavori svolti, non essendo stata in grado di procurarsene di ulteriori.
Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?*

La doglianza si presta a positiva valutazione e va quindi accolta.

La disposizione censurata è presente a pag. 9 del disciplinare, che dispone che "in deroga quanto previsto dall'art. 2963 del c.c. nel calcolo dei giorni sarà computato anche quello iniziale di invio della comunicazione".

Ritiene al riguardo la Sezione che il principio fissato dal legislatore all'art. 2963, secondo il quale nel computo di un termine si calcola il dies ad quem ma non quello a quo, abbia valenza di principio generale recato da una norma imperativa e non dispositiva, ossia non derogabile dalle parti, o quanto meno non mediante un'imposizione unilaterale quale quella che si esprime attraverso le determinazioni stabilite in un disciplinare di gara, alla definizione del cui contenuto non concorre la volontà dei partecipanti alla gara.

La delineata esegesi deve essere espressa anche nella doverosa considerazione della natura perentoria del termine di cui all'art. 48 del Codice dei contratti, opportunamente valorizzata nella linea difensiva dei legali del r.t.i ricorrente.

A fronte, infatti, di un termine così esiguo concesso dalla legge ai partecipanti ad una gara pubblica al fine di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, non può ragionevolmente legittimarsi anche un'ulteriore "giro di vite" costituito dalla previsione del computo anche del termine iniziale di invio della comunicazione.

6.3. Osserva in proposito il Collegio, a ulteriore suffragio della tesi della vessatorietà di siffatta illegittima inclusione nel computo dei termini anche di quello iniziale, che nell'ipotesi in cui, correttamente escludendo, invece, come per legge (art. 2963.c.c.) il termine iniziale, quello finale dovesse coincidere con un giorno festivo, l'impresa onerata della comprova dei requisiti potrebbe godere della proroga del termine al primo giorno non festivo successivo (ex art. 2963, comma 3, c.c.), secondo un principio ritenuto di carattere generale (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214).

Ebbene, di tale facoltà, a stare all'illegittima delineata inclusione del termine iniziale, l'impresa partecipante alla gara sarebbe invece privata.

Segnala in proposito il Collegio che in argomento si è pronunciato anche il Giudice amministrativo d'appello che ha avuto modo di puntualizzare che "in

mancanza di una specifica normativa, i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo sono quelli che si rinvencono nella disciplina generale dettata dagli art. 155 e ss. c.p.c. e 2963 c.c.. Regola cardine è che nel calcolo dei termini a giorni dies a quo non computatur, dies ad quem computatur.” (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 824

Tar Piemonte, Torino con la sentenza numero 2424 del 21 maggio 2010_BIS

lo trovi nel file [Tar Piemonte, Torino, 21.05.2010 n. 2424_BIS.doc](#)

E' INDISCUTIBILMENTE PERENTORIO IL TERMINE (10 GIORNI) DI CUI ALL'ARTICOLO 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI

A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante.

Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara.

Di deve dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara.

**Ricorso per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,
-del provvedimento della Società Serravalle di esclusione della ricorrente dalla gara a procedura aperta per la “copertura assicurativa per il periodo di tre anni dalla data di sottoscrizione dei relativi contratti (infortuni amministratori, dipendenti, polizia stradale), comunicata con raccomandata A.R. del 22.02.2008 prot. n. 2043;
-del provvedimento della Società Serravalle di escussione della fideiussione bancaria prestata dalla ricorrente, provvedimento in data 12.03.2008 prot. n. 2686;
-di tutti gli atti relativi alla gara, ivi compreso il verbale della commissione di gara in data 18.02.2008, di esclusione dell'offerta della ricorrente, e di provvisoria aggiudicazione alla controinteressata, del provvedimento di aggiudicazione definitiva:
- e sui motivi aggiunti, proposti per l'annullamento degli atti già impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui non escludono l'offerta della controinteressata.
Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?**

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la copertura assicurativa triennale delle polizza infortuni amministratori, dipendenti e polizia stradale, della società resistente. Alla gara hanno preso parte solo due concorrenti. Con il gravame principale la ricorrente contestava la propria esclusione, disposta in esito al procedimento di cui all'art. 48 D.Lgs. n. 163/06. In particolare, a fronte delle richieste della stazione appaltante, la ricorrente produceva le copie di alcuni frontespizi di polizza, dichiarando di aver richiesto agli enti pubblici propri clienti le relative certificazioni, che tuttavia non erano ancora pervenute. Illegittimamente la stazione appaltante avrebbe escluso la ricorrente, la quale sarebbe invece incorsa in una causa giustificata di ritardo ad essa non imputabile, dovendo in ogni caso provvedersi ad un'acquisizione d'ufficio.

Il ricorso principale è infondato.

Premesso che nel caso di specie la stazione appaltante aveva concesso al ricorrente un termine superiore a quello minimo previsto dall'art. 48 c. 1 D.Lgs. n. 163/06, la giurisprudenza maggioritaria riconosce natura perentoria al predetto termine (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 luglio 2009, n. 7493), ricollegando al suo decorso le conseguenze previste dalla norma citata (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 14 ottobre 2008 n. 3162). A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante. Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara.

Con atto di motivi aggiunti il ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata. Quest'ultima, a fronte del divieto di offerte plurime e condizionate, avrebbe invece differenziato la propria offerta, con riferimento alle percentuali richieste in sede di regolazione premio. Mentre il ribasso formulato in gara era del 10,10%, in sede di regolazione premio i tassi richiesti venivano differenziati in considerazione delle diverse categorie di personale, e in relazione alle retribuzioni loro effettivamente corrisposte a consuntivo.

Il ricorso per motivi aggiunti viene avversato da parte della società resistente e della controinteressata, con due eccezioni di inammissibilità. Con una prima eccezione si deduce l'impossibilità di ampliare l'originaria materia del contendere mediante la proposizione di motivi aggiunti. Il ricorso originario è stato proposto nei confronti dell'esclusione, conseguentemente l'oggetto del giudizio non potrebbe estendersi alla contestazione dell'offerta dell'aggiudicataria. Con la seconda eccezione si contesta la carenza di interesse in capo alla ricorrente, legittimamente esclusa dalla gara d'appalto, che non potrebbe dolersi dell'aggiudicazione disposta a favore di altri concorrenti, non ricavando alcun vantaggio dall'annullamento di tale provvedimento.

Tale ultima eccezione si appalesa fondata, dovendosi dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara.

Il problema che viene in esame è quello della sussistenza o meno di un interesse a ricorrere, in capo al concorrente legittimamente escluso da una procedura di evidenza pubblica, che chieda l'annullamento di atti successivi ed ulteriori rispetto alla propria esclusione. Ritiene il Collegio che, anche se di regola è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto, onde ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali (C.S. Sez. V 29.12.2009 n. 8969). La fattispecie per cui è causa è identica a quella recentemente affrontata da C.S. 26.11.2009 n. 7443, il cui esame è particolarmente utile, avendo il giudice di secondo grado espressamente affermato la compatibilità del predetto orientamento, con i principi scaturiti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008. Dalla lettura di C.S. n. 7443/09 si desume espressamente come la fattispecie per cui è causa, a differenza di quella esaminata dall'Adunanza Plenaria, non pone un problema di definizione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale escludente, promossi da due candidati che reciprocamente si fossero lamentati dell'altrui ammissione alla gara. La fattispecie qui esaminata non involge quindi il presunto vincolo di equidistanza del giudice, nel delibare impugnazioni speculari, sul quale si incentra il precedente dell'Adunanza Plenaria, traendo spunto dal principio di imparzialità e dalla coerente necessità di trattare le parti in modo paritario. L'attuale controversia pone invece un più semplice problema di coordinamento tra una domanda principale, avente ad oggetto una determinazione amministrativa di esclusione, ed una ulteriore domanda contenuta nel medesimo ricorso, proveniente dalla medesima impresa, volta a censurare la prosecuzione della procedura concorsuale.

Il principio dispositivo, per il quale occorre attenersi all'ordine e alla gerarchia con cui sono articolate le domande, deve essere temperato considerando il particolare oggetto del giudizio impugnatorio, dovendosi decidere l'ordine di trattazione delle censure, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (T.A.R. Lombardia, Sez. I 15.12.2009 n. 5346). Come quindi affermato dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 7443/09, pare irragionevole la pretesa di diversificare nettamente, al punto da riservare loro un trattamento processuale opposto, la posizione dell'operatore economico che non abbia partecipato affatto alla procedura di gara e la posizione dell'operatore che abbia preteso di farlo, omettendo però di esibire i requisiti di qualificazione necessari. L'aspettativa del concorrente escluso pare in altri termini non differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto che, non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura.

Il ricorso principale va respinto, i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili

Tar Lombardia, Milano con la sentenza numero 514 del 3 marzo 2010

lo trovi nel file [Tar Lombardia, Milano 03.03.2010 n. 514.doc](#)

IL TERMINE DI CUI ALL'ATTUALE ARTICOLO 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI (GIÀ ARTICOLO 10 COMMA 1 QUATER DELLA LEGGE MERLONI) È PERENTORIO E LE DUE SANZIONI DELL'ESCLUSIONE E DELL'INCAMERAMENTO DELLA SANZIONE SONO COLLEGATE AL MEDESIMO PRESUPPOSTO DELL'INOSSERVANZA DEL TERMINE ANZIDETTO

Esiste una certa conformità della disciplina contenuta nell'art. 10, comma 1-quater della L. 109 del 1994 - ove contenesse un termine perentorio - rispetto agli artt. 49-55, 81-86 e 157 del Trattato CE, nonché rispetto agli artt. 3, 41 e 97 Cost. e al generale principio di proporzionalità.

Si sostiene, pertanto, che il termine di cui trattasi – ora segnatamente contemplato dall'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 - avrebbe carattere sollecitatorio e non anche perentorio in quanto sarebbe comunque lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione delle conseguenze della mancata osservanza del termine medesimo, in relazione anche alla concreta entità del ritardo e alla misura della sua incidenza sull'andamento della gara,

specie allorché la richiesta dimostrazione sia resa con qualche giorno appena di ritardo rispetto al termine assegnato; e ad avvalorare tale conclusione indurrebbero, per un verso, la considerazione per cui, con l'introduzione nel "sistema" dei contratti pubblici della nuova figura dell'avvalimento (cfr. art. 45 del medesimo D.L.vo 163 del 2006), il termine fissato dalla norma parrebbe incongruo in relazione alla possibilità riconosciuta al concorrente invitato a fornire la richiesta dimostrazione per relationem, potendo invece, porsi per lui la necessità di acquisire, in ordine ai requisiti dichiarati, elementi probatori presso altra ditta di cui intenda avvalersi; per altro verso, la considerazione che la sanzione prevista per il mancato rispetto del termine di 10 giorni dovrebbe ritenersi, per la sua gravità, correlata, nell'astratta comminatoria legislativa, non tanto alla tardiva dimostrazione, quanto alla mancata dimostrazione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 gennaio 2008 n. 144).

Il Collegio, nondimeno, reputa più convincente la tesi della perentorietà del termine in questione.

Come ha rilevato la difesa di A.N.A.S., a tale conclusione è pervenuta pure l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nel proprio Atto di regolazione n. 15/2000 dd. 30 marzo 2000 (cfr. doc. 10 di parte resistente), nel quale – per quanto qui segnatamente interessa – si afferma che "dalla formulazione del testo della norma e della ratio sottesa alla stessa si evince ... che il termine di dieci giorni entro cui occorre documentare i requisiti indicati è da considerare perentorio ed improrogabile; nel senso che il suo obbiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto della esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza. Né assume rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'Impresa, ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati, dato che, per come è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti indicati, il solo dato obiettivo e formale dell'inadempiamento nel termine prescritto.", posto che "la formulazione" in esame "non lascia spazio ad alcuna valutazione discrezionale per la stazione appaltante, dovendo la stessa, al verificarsi dell'inadempiamento, procedere alla esclusione dalla gara e all'incameramento della cauzione".

Il Collegio, a sua volta, rileva che anche la prevalente giurisprudenza condivide tale tesi, muovendo innanzitutto dalla constatazione – del tutto divergente dall'assunto di fondo dell'attuale ricorrente – secondo il quale, ai fini della verifica dell'osservanza del termine perentorio previsto all'art. 10, comma 1-quater, della L. 109 del 1994 è del tutto irrilevante la data di spedizione della documentazione, trattandosi di fattispecie diversa rispetto a quella della partecipazione a concorsi o della presentazione di ricorsi giurisdizionali (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 dicembre 2003 n. 1760).

La stessa giurisprudenza rileva, quindi, che il medesimo art. 10, comma 1-quater, della L. 109 del 1994 reca un termine perentorio per la presentazione della documentazione richiesta, alla cui inutile scadenza, anche solo sotto il profilo dell'incompletezza degli atti prodotti, segue necessariamente l'applicazione delle sanzioni ivi previste, le quali prescindono pertanto dall'eventuale non corrispondenza della documentazione prodotta a quanto dichiarato circa il possesso di requisiti (cfr., ad es., T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 giugno 2002 n. 1466): e ciò in quanto, ove fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre il termine in questione, la stazione appaltante sarebbe costretta a mantenere operante la propria struttura organizzativa predisposta per la gara senza che sia previsto alcun momento finale che consenta di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti in capo ai concorrenti (cfr., ad es., Cons. giust. amm., sez. giurisd., 31 maggio 2002, n. 291 e, ancor più recentemente, Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007 n. 328).

Detto altrimenti, quindi, il termine di cui trattasi è perentorio e le due sanzioni dell'esclusione e dell'incameramento della sanzione sono collegate al medesimo presupposto dell'inosservanza del termine anzidetto (cfr. sul punto, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2295; T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 19 aprile 2002, n. 2059 T.A.R. Basilicata, 30 luglio 2001 n. 648, T.A.R. Friuli Venezia Giulia 19 gennaio 2001 n. 3).

Più recentemente, peraltro, nella decisione di Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2007 n. 3704 è stata puntualmente considerata la tesi secondo la quale l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità dovrebbero riguardarsi quali sanzioni autonome, suscettibili di separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

Secondo tale decisione, tale tesi meriterebbe – di per sé – "accoglimento, pur non mancando aspetti di criticità nella questione, non a caso oggetto di contrasti in giurisprudenza, ragione per cui la stessa va approfondita. Giova riportare il testo dell'art. 10, comma 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 10 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”.

Ciò posto, secondo la decisione in esame, tale disciplina “è costantemente interpretata nel senso che esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità sono conseguenze automatiche del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa). Da ciò, peraltro, non possono trarsi argomenti decisivi - in un senso o nell'altro - in ordine all'autonomia dei singoli effetti. Infatti, ascrivere le sanzioni al comando della norma piuttosto che al provvedimento di esclusione non implica perciò solo che la definitività di questo non comporti la inoppugnabilità di quelle. È nota la decisione n. 949 dd. 8 marzo 2005 della (stessa) V Sezione, secondo cui “così consolidatasi l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi alla ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni d'incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto all'atto di esclusione, divenuto ormai definitivo”.

A questo punto, tuttavia, nella stessa decisione n.3704 del 2007 si legge che “il Collegio ritiene... di seguire un'altra strada, più confacente al tema processuale. La giurisprudenza ... pare orientata a riconoscere autonoma lesività ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità allorquando” - come, per l'appunto, nel caso di Ricorrente - “è stata chiamata a pronunciarsi su di essi indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara. È indiscutibile che l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione. Se fosse adottata la tesi” della predetta giurisprudenza minoritaria “e dalla (dianzi citata) decisione n. 949 del 2005 ... si porrebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara - verso cui non ha alcun interesse - per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara - comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso - implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali.

Va, invece, affermato che - pur a fronte di un identico potere ex art. 10, comma 1-quater - la fattispecie che ne legittima l'esercizio (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che esso produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra amministrazione e cittadino, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti. ... Da ciò (quindi) discende la necessità di esaminare le censure ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità

Sotto un primo profilo l'appellante lamenta la violazione dell'art. 10, comma 1-quater della L. 109 del 1994, essendo il termine ivi previsto di natura ordinatoria ed avendo essa prodotto, sia pure oltre detto termine, la documentazione richiesta. Il motivo è privo di pregio. La giurisprudenza del Consiglio è consolidata nel senso della natura perentoria del termine fissato per il controllo a campione (Sez. IV n. 1189 del 2003; Sez. V nn. 2207 del 2002, 6528 del 2003, 2721 del 2004; Sez. VI nn. 278 del 2001 e 17294 del 2004; Cons. Giust. Sic. n. 44 del 2002), essendosi manifestato qualche dissenso solo con riferimento alla diversa ipotesi dell'aggiudicatario provvisorio”, qui - per l'appunto - non ricorrente. “Gli argomenti richiamati a sostegno dell'anzidetta posizione sono di ordine sia sistematico che letterale, ed il Collegio non ha motivo per ripudiarli”.

Nella stessa decisione del giudice di appello è pure affrontata la questione della conformità della disciplina contenuta nell'art. 10, comma 1-quater della L. 109 del 1994 - ove contenesse un termine perentorio - rispetto agli artt. 49-55, 81-86 e 157 del Trattato CE, nonché rispetto agli artt. 3, 41 e 97 Cost. e al generale principio di proporzionalità.

A tale proposito lo stesso giudice ha affermato che le sopradescritte questioni di violazione comunitaria o costituzionale possono essere congiuntamente esaminate, attesa la loro connessione, e che le stesse sono peraltro infondate.

Nella decisione in esame si evidenzia, quindi, che la disciplina sopradescritta “esiste nell'ordinamento da numerosi anni ed è stata confermata ... nel Codice dei contratti pubblici.

Il suo contenuto non contraddice i principi di imparzialità e buon andamento che presidiano il delicato settore delle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, che anzi ne costituiscono la ratio superiore. Il meccanismo sanzionatorio in essa previsto non sconta, prima facie, alcun profilo di collisione con le libertà comunitarie e costituzionali e la tutela della concorrenza. In particolare, la circostanza che le sanzioni siano irrogate per il mero inadempimento formale (dunque, anche ove l'impresa dimostri - sia pur tardivamente - il possesso dei requisiti) non costituisce un limite alla prestazioni di servizi o allo stabilimento nel territorio nazionale protette dal diritto comunitario, né al diritto di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all'organizzazione di impresa, di cui ciascun concorrente è chiamato a tener conto nella preparazione della propria attività. Diversamente opinando, ogni regolamentazione di una competizione, sol perché rigorosa, costituirebbe un ostacolo all'esercizio della libertà economica, in spregio al principio che vuole l'interesse egoistico inserito nel quadro dei valori dell'ordinamento giuridico, ai fini dell'identificazione interna dell'area di rilevanza e meritevolezza.

Con ciò, dunque, lasciandosi in disparte ogni questione attinente all'esistenza di motivi di interesse generale che giustificano - in chiave estrinseca - l'ipotizzato limite. Quanto, invece, alla dedotta violazione del principio di proporzionalità non si ravvisa l'anzidetta violazione. Il principio di proporzionalità si articola in tre distinti profili:

- a) idoneità: rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo;
- b) necessità: assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. In virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio;
- c) adeguatezza: tollerabilità della restrizione che comporta per il privato; in virtù di tale parametro l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione”.

A questo punto, a fronte di una generica censura secondo la quale il complessivo esercizio del potere sanzionatorio prefigurato dalla disciplina di cui trattasi “(esclusione + incameramento cauzione + segnalazione all'Autorità) sarebbe

sproporzionato allorché l'impresa dimostri - sia pure tardivamente - il possesso dei requisiti", nella decisione in esame si afferma che "tale potere è riconosciuto dal legislatore ed è, come in precedenza evidenziato, vincolato ai presupposti. Per inficiare la ragionevolezza della norma occorre indicare quali parametri logici o di sistema specifici la scelta di ascrivere siffatto carico sanzionatorio all'inadempimento formale (che inadempimento resta ed esige una sanzione significativa per realizzare l'effetto virtuoso che la norma si propone) mette in crisi". Nella tesi contraria si "ipotizza una disparità di trattamento tra chi sia privo dei requisiti e chi li dimostri tardivamente (tutti, però, assoggettati alla medesima sanzione)", ma con ciò si oblitererebbe la circostanza "che la disparità di trattamento può configurarsi - nelle ipotesi di stessa disciplina per situazioni diverse - solo ove l'elemento di differenza sia significativo rispetto alla fattispecie, sicché l'identica soluzione di casi diversi risulti inadeguata o priva di ragion d'essere. Senonché, nella specie, l'istituto in esame ha caratteristiche e finalità rispetto alle quali il possesso o meno dei requisiti - comunque non tempestivamente documentati - resta irrilevante, mentre ben potrà rilevare ad altri effetti".... Il Collegio reputa, a sua volta, che la completezza della trattazione della questione da parte della testè riportata decisione del giudice di appello induca ad una convinta adesione alle tesi di quest'ultimo

Tar Veneto, Venezia con la sentenza numero 3162 del 14 ottobre 2008

lo trovi nel file [Tar Veneto, Venezia 14.10.2008 n. 3162.doc](#)

LE TRE SANZIONI DI CUI ALLA NORMA SUL SORTEGGIO (ART. 48 DEL DECRETO LEGISLATIVO 163/2006 SMI) SONO AUTOMATICHE MA AUTONOME: L'ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE E SEGNALAZIONE ALL'AUTORITÀ POSSONO ESSERE DISCUSSE INDIPENDENTEMENTE DALL'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DALLA GARA

La norma di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni (ora art. 48 del decreto legislativo 163/2006 smi) è costantemente interpretata nel senso che esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità sono conseguenze automatiche del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa): le tre sanzioni sono peraltro autonome, suscettibili di separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo e pertanto nessuna preclusione, dunque, potrebbe discendere dal consolidamento dell'atto di esclusione..

ascrivere le sanzioni al comando della norma piuttosto che al provvedimento di esclusione non implica perciò solo che la definitività di questo non comporti la inoppugnabilità di quelle.

E' nota la decisione n. 949/05 della V Sezione, secondo cui: "Così consolidatasi l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi alla ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni d'incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto all'atto di esclusione, divenuto ormai definitivo".

Il Collegio ritiene, tuttavia, di seguire un'altra strada, più confacente al tema processuale.

La giurisprudenza, tra cui quella segnalata dall'appellante, pare orientata a riconoscere autonoma lesività ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità allorquando è stata chiamata a pronunciarsi su di essi indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara.

E' indiscutibile che l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione.

Se fosse adottata la tesi patrocinata dal giudice di primo grado (e dalla decisione n. 949/05 del Consiglio) si perverebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara - verso cui non ha alcun interesse - per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara - comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso - implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali.

Va, invece, affermato che - pur a fronte di un identico potere ex art. 10, comma 1quater - la fattispecie che ne legittima l'esercizio (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che esso produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra amministrazione e cittadino, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti.>

In merito poi alla legittimità della norma, è importante sapere che:

< Il suo contenuto non contraddice i principi di imparzialità e buon andamento che presidiano il delicato settore delle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, che anzi ne costituiscono la ratio superiore.

Il meccanismo sanzionatorio in essa previsto non sconta, prima facie, alcun profilo di collisione con le libertà comunitarie e costituzionali e la tutela della concorrenza.

In particolare la circostanza che le sanzioni siano irrogate per il mero inadempimento formale (dunque, anche ove l'impresa dimostri - sia pur tardivamente - il possesso dei requisiti) non costituisce un limite alla prestazioni di servizi o allo stabilimento nel territorio nazionale protette dal diritto comunitario né al diritto di iniziativa economica

sancito dall'art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all'organizzazione di impresa, di cui ciascun concorrente è chiamato a tener conto nella preparazione della propria attività.

Diversamente opinando ogni regolamentazione di una competizione, sol perché rigorosa, costituirebbe un ostacolo all'esercizio della libertà economica, in spregio al principio che vuole l'interesse egoistico inserito nel quadro dei valori dell'ordinamento giuridico, ai fini dell'identificazione interna dell'area di rilevanza e meritevolezza.>

Consiglio di Stato con la decisione numero 3704 del 27 giugno 2007

lo trovi nel file [C.St. 27.06.2007 n. 3704.doc](#)

LE IMPRESE SORTEGGIATE A NORMA DELL'ARTICOLO 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI (GIÀ ARTICOLO 10 COMMA 1 QUATER DELLA MERLONI) HANNO DIECI GIORNI DI TEMPO PER DIMOSTRARE IL REALE POSSESSO DEI REQUISITI DI ORDINE SPECIALE, PRECEDENTEMENTE SOLO AUTODICHIARATI, ALTRIMENTI LE SANZIONI SONO TRE: L'ESCLUSIONE DELLA PROCEDURA, L'ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA E LA SEGNALAZIONE ALL'AUTORITÀ DI VIGILANZA

Il termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater, ora articolo 48 del codice dei contratti, deve considerarsi come perentorio? La stazione appaltante ha la facoltà di accettare documenti che dovessero giungere fuori termine? alla stazione appaltante è imposta una particolare modalità di comunicazione per la richiesta della dimostrazione del reale possesso dei requisiti di ordine speciale?

il Collegio ritiene che il termine di cui alla l. 109/94 art. 10 comma 1 quater ha natura perentoria in quanto < 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 dalla espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo alla 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 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">_ la natura perentoria del termine non esclude l'esistenza di un potere dell'Amministrazione di confermare l'aggiudicazione anche quando i documenti richiesti sono presentati fuori termine, tutte le volte in cui sussistano oggettive ragioni di impedimento alla loro presentazione, considerata la natura sanzionatoria della decadenza, che implica a sua volta la rimproverabilità del comportamento in capo alla impresa, ossia l'assenza di cause oggettive di legittimo impedimento.

In tema di giuristificazioni per evitare le tre sanzioni di cui all'attuale art 48 del codice dei contratti (già articolo 10 comma 1 quater della Legge 1098/94 smi) merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 47 del 4 gennaio 2008 , emessa dal Tar Sicilia, Catania:

< Tuttavia nessuna di queste circostanze sussiste nella fattispecie all'odierno esame del collegio, atteso che l'atto di cessione è intervenuto addirittura prima dell'aggiudicazione definitiva da parte della stazione appaltante e comunque non è stata invocata nel procedimento alcuna ragione di giustificazione nel ritardo.

Neppure può escludere il ritardo la circostanza ulteriore che l'ordine di esibizione emanato dal Consorzio il 7 dicembre è pervenuto in data successiva alla impresa interessata, posto che questa stessa afferma che esso è stato

anticipato via fax in pari data: poiché la norma di cui all'art. 10 comma 1 quater non prescrive particolari formalità per la comunicazione, è evidente che si deve avere riguardo alla effettiva conoscenza dell'invito a produrre la documentazione e quindi prevale la comunicazione tempestiva, ossia la prima avvenuta via fax (della quale la impresa stessa si dichiara a conoscenza, posto che invoca tale circostanza nel contesto della eccezione di irricevibilità del gravame per tardività).

Rispetto a quest'ultima non è dubbio, quindi, che la produzione dei documenti richiesti è stata tardiva e, comunque, incompleta, atteso che il 20 dicembre è stato trasmesso solo il contratto di cessione, mentre i documenti autocertificati in gara lo sono stati addirittura successivamente>

Tar Sicilia, Catania con la sentenza numero 47 del 4 gennaio 2008

lo trovi nel file [Tar Sicilia, Catania 04.01.2008 n. 47.doc](#)

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 dies 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.

< 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 ordinatorio 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 precedente 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.>

Tar Puglia, Bari con la sentenza numero 1971 del 14 agosto 2008

lo trovi nel file [Tar Puglia, Bari 14.08.2008 n. 1971.doc](#)

SENTENZA DI PRIMO GRADO E DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO CHE RITENGONO ILLEGITTIMO AVER ANNULLATO UN'AGGIUDICAZIONE (CON CONSEGUENTE RICHIESTA DI ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA):ORA LA DECISIONE SUL RISARCIMENTO DEL DANNO DA MANCATA AGGIUDICAZIONE (RISARCIMENTO DEL DANNO PER EQUIVALENTE, RAPPORTATO ALLA PERDITA DEL RISULTATO UTILE CHE LE DITTE RICORRENTI SI PROPONEVANO DI CONSEGUIRE DALL'ESECUZIONE DEL SUDDETTO CONTRATTO), CONSIDERATO FONDAMENTALE UN CONCORSO DI COLPA DA PARTE DELLA DITTA AGGIUDICATARIA CHE RIDUCE L'IMPORTO CONCESSO (RIDOTTO QUINDI DEL 25%!)

Da un errore della Stazione Appaltante nel ritenere perentorio (a norma dell'attuale articolo 48 del codice dei contratti) anche il termine da assegnare all'aggiudicatario per la verifica del reale possesso dei requisiti di ordine speciale (scongiurando così anche l'escussione della cauzione provvisoria) deriva la condanna da parte del giudice amministrativo al risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non senza però considerare un concorso di colpa da parte dell'avente diritto per aver comunque presentato in ritardo (ancorché la perentorietà del termine fosse illegittima) i documenti richiesti

L' esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente ha trovato giustificazione nella dichiarata natura perentoria del termine assegnato per la produzione dei documenti suddetti, il cui mancato rispetto ha comportato l'automatica estromissione dalla licitazione della ditta inadempiente ma l'asserita perentorietà del termine suddetto evidenziata nel disciplinare di gara e nella lettera di richiesta dei documenti cui si è fatta cenno, è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo anche in appello, con le quali è stato posto in evidenza, oltre alla inconciliabilità della soluzione interpretativa del quadro normativo di riferimento privilegiata dall'organo di gara, anche la contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante per quanto concerne il riferimento compiuto, per suffragare la tesi della perentorietà del termine suddetto, ad un atto di regolazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30.3.2000 che, invece, per quanto riguardava la situazione della richiesta dei documenti alle ditte dichiarate aggiudicatricie di una gara pubblica, propendeva chiaramente per qualificare il termine da assegnare alle stesse per la materiale produzione di tali atti, come ordinario e non perentorio_ Donde, a fronte delle accennate valutazioni compiute dal giudice amministrativo a giustificazione del disposto annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente, ritiene il Collegio, che il comportamento

posto in essere dagli organi del Comune intimato sia da qualificare sicuramente colposo, in quanto frutto di una errata interpretazione del quadro normativo di riferimento che non può essere addebitato ad un errore scusabile, dal momento che le norme di legge alle quali doveva uniformarsi il disciplinare di gara, non creavano particolari problemi interpretativi, né esisteva un oscillante orientamento della giurisprudenza sul punto, per cui le giustificazioni addotte dai difensori del Comune per confutare la contestata negligenza nell'operato della Commissione di gara e degli organi decidenti dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, non sono in grado di integrare gli estremi dell'errore scusabile con riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza amministrativa e, quindi, non consente di escludere la colpa dell'apparato amministrativo nella causazione del danno derivante dall'avvenuta adozione degli atti illegittimi ritenuti generatori del danno patrimoniale rivendicato dalle imprese ricorrenti._

Per cui, con riferimento a quanto si è avuto modo di precisare, ritiene il Collegio che l'operato degli organi del Comune intimato dal quale viene fatto dipendere il danno oggetto di accertamento in questa sede giurisdizionale sia da qualificare sicuramente negligente e frutto di una superficiale valutazione dei fatti adottati a sua giustificazione e, quindi, di una errata applicazione del quadro normativo di riferimento che, come ha avuto modo di precisare il TAR delle Marche ed il Consiglio di Stato nelle decisioni cui si è fatto cenno, non consentiva di procedere alla esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese ricorrente per il solo fatto del mancato rispetto del termine assegnato per la presentazione della documentazione integrativa richiesta, tanto più che il raggruppamento di imprese attuale ricorrente non era rimasto affatto inadempiente a tale adempimento avendo provveduto comunque a spedire nei termini gli atti richiesti dalla stazione appaltante i quali, seppure tardivamente (26.10.2000, ore 9,03), erano comunque stati acquisiti dal dirigente responsabile del procedimento prima dell'approvazione dell'operato della commissione di gara e, quindi, dell'aggiudicazione definitiva della licitazione, formalizzata con provvedimento n.1299 del 27.10.2000 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici.,

ai fini della concreta liquidazione del danno, reputa tuttavia Collegio che la minore gravità del comportamento negligente imputabile alla P.A. possa essere opportunamente valorizzata per attenuare gli oneri risarcitori a carico della medesima, secondo quanto previsto dall'art 2056 del cod. civ. che per quanto riguarda la valutazione dei danni da atto illecito rinvia ai criteri fissati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del cod. civ., tenuto conto che quest'ultima norma, in particolare, consente di ridurre proporzionalmente la quantificazione dei danni nel caso in cui il creditore ha concorso con il suo comportamento a cagionare il pregiudizio asserito derivante dal provvedimento illegittimo: il raggruppamento di imprese ricorrente ha sicuramente contribuito con il suo comportamento a

favorire la sua esclusione dal procedimento di scelta del contraente, a causa del mancato rispetto del termine che, seppure illegittimamente, l'organo di gara aveva espressamente qualificato come perentorio, con il chiaro intendimento di volere sanzionare con l'estromissione dalla gara le ditte inadempienti.

Tar Marche, Ancona con la sentenza numero 1302 del 19 settembre 2008

lo trovi nel file [Tar Marche, Ancona 19.09.2008 n. 1302.doc](#)