

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 Consiglio di Stato con la decisione numero 7758 del 29 novembre 2004 in tema di qualificazione giuridica dei termini di cui all'art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., trae le seguenti conclusioni:

- 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).

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Quinta Sezione ANNO 1999

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11303/1999 del 30/12/1999, proposto da

S.r.l. **** capogruppo mandataria del RTI costituito con la S.r.l. **** e la S.a.s. OM COSTRUZIONI DEL DOTT. **** & C., rappresentata e difesa dall'Avv. Eugenio D'Esposito, con domicilio eletto in Roma, Via Degli Avignonesi n. 5, presso l'Avv. Andrea Abbamonte, contro

il Comune di Anacapri, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avv. Lucio de Luca di Melpignano, con domicilio eletto in Roma, Viale Angelico 38, presso l'Avv. Luigi Napolitano,

e nei confronti di

- società IMPRESA COSTRUZIONI ING. ALFONSO **** & FIGLIO S.p.a.. e società ING. FRANCO **** & C. S.r.l., non costituiti;
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Prima, n. 2903/1999 del 10 novembre 1999, resa tra le parti, concernente appalto lavori sistemazione igienico-sanitaria sistema fognario ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Anacapri;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2004, relatore il Consigliere . Chiarenza Millemaggi Cogliani ed uditi, altresì, gli avvocati A. Abbamonte in sostituzione dell'Avvocato E. D'Esposito per la parte appellante e l'Avvocato Marone in sostituzione dell'Avvocato de Luca di Melpignano per il Comune resistente;

Pubblicato il dispositivo n. 193/2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Il raggruppamento temporaneo in epigrafe (capogruppo la S.r.l. ****) partecipo', conseguendo l'aggiudicazione provvisoria, alla licitazione privata indetta dal Comune di Anacapri per l'appalto dei lavori di sistemazione igienico-sanitaria mediante ampliamento del sistema fognario e la realizzazione di nuove opere, con il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, a norma dell'art. 21, comma 1 bis, L. n. 109 del 1994.

La società **** invitata a presentare la prescritta documentazione, unitamente alla seconda classificata (l'appellata Impresa di Costruzioni Ing. Alfonso **** e figlio S.p.a.), omise di integrare quella relativa al possesso dei requisiti economico finanziari della associata **** con i bilanci della Soc. ****. S.r.l. di cui la prima era acquirente per atto in data 12 maggio 1997, allegato alla prescritta dichiarazione relativa al volume di affari ed al costo del personale nell'ultimo quinquennio nonché al regolare assolvimento degli oneri fiscali e contributivi, e quant'altro richiesto dal bando.

Nella seduta dell'8 settembre 1999 la Commissione, constatato che la documentazione presentata dalla associata **** non confermava "la dichiarazione resa in sede di gara in ordine al volume di affari ed al costo del personale dipendente nell'ultimo quinquennio", escluse dalla gara l'aggiudicataria provvisoria e procedette alla determinazione della nuova soglia di anomalia, ed alla nuova aggiudicazione provvisoria in capo alla impresa contrassegnata con il n. 7 (l'appellata. Ing. Franco **** & C. S.r.l.).

Immediatamente dopo le operazioni in questione, ma nel corso della medesima seduta dell'8 settembre 1999, e prima della sua chiusura, alle ore 14, 30 si presentò il Sig. Davide D'Aniello rappresentante della ****, precisando che ad integrazione della documentazione già trasmessa erano stati presentati, seduta stante, i bilanci della Soc. ****., ma che non erano stati accettati dalla Commissione giudicatrice; la dichiarazione era opportunamente verbalizzata e la Commissione, a sua volta fece verbalizzare la decisione di non accettare la documentazione integrativa, confermò le decisioni precedentemente assunte (fra cui l'aggiudicazione provvisoria alla concorrente n. 7 e la richiesta di documentazione alle partecipanti classificate successivamente al primo ed al secondo posto sulla base della nuova soglia di anomalia).

La seduta fu chiusa alle ore 15,30, con la sola precisazione che, alle ore 13,25 non era pervenuto il fax della capogruppo (di cui il suddetto rappresentante aveva dato comunicazione verbalizzata), con la quale era stato chiesto di soprassedere alla disposta esclusione e alle ulteriori operazioni, in attesa, quanto meno, di un parere legale sulla questione.

2. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - cui si è rivolta l'attuale appellante con ricorso (r. r. n. 7922/99) notificato in data 24 settembre alla Commissione ed ai controinteressati, impugnando, con il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione provvisoria ad altra concorrente, anche, per quanto di ragione, la lettera di invito e lo stesso bando di gara, nonché gli atti presupposti, connessi e consequenziali - ha respinto l'impugnazione, con sentenza n. 2903 del 10 novembre 1999 della Sezione Prima del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, resa in forma immediata e semplificata, nella camera di consiglio del 20 ottobre 1999, sulla base delle considerazioni di seguito riassunte:

- legittimamente la commissione ha negato la possibilità di integrare la documentazione (e non ha accettato la documentazione spontaneamente recapitata) dopo l'intervenuta esclusione dell'aggiudicatario provvisoria e l'individuazione, al suo posto, di altra aggiudicatario, in quanto l'istanza è stata formulata allorché il procedimento si era concluso;

- la Commissione non soltanto non aveva l'obbligo, ma neppure aveva il potere di accertare l'affidabilità dell'aggiudicatario provvisoria indipendentemente dalla documentazione prodotta;

- la fissazione del termine entro cui depositare la documentazione era stato assegnato dalla stessa commissione e non dal responsabile del procedimento che si era limitato a comunicare l'invito ad effettuare il deposito.

3. Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto appello il raggruppamento interessato tramite la capogruppo, denunciando i vizi del procedimento logico giuridico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alle sue conclusioni.

In sintesi, la sentenza sarebbe viziata da:

- travisamento dei fatti in ordine al momento in cui è stata rivolta alla commissione la richiesta integrativa ed incongrua valutazione del momento conclusivo della procedura;

- omessa ed erronea valutazione dell'obbligo della Commissione di richiedere (e quindi di consentire) i necessari chiarimenti, prima di procedere alla esclusione della aggiudicatario provvisoria;

- erronee conclusioni in ordine alla perentorietà del termine imposto per la presentazione della documentazione da parte dell'aggiudicatario provvisoria ed alla possibilità per la Commissione di assegnare un termine ulteriore per l'integrazione della documentazione.

L'appellante, che ripropone i motivi del ricorso di primo grado unitamente alle censure avverso la sentenza appellata, conclude dunque per la riforma della sentenza medesima nel senso dell'accoglimento del ricorso originario e la consequenziale caducazione degli atti impugnati con le ulteriori conseguenze di legge.

4. Costituitasi in giudizio l'Amministrazione per resistere all'impugnazione, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza di discussione del 4 maggio 2004 e trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. In parte modificando l'esame delle censure, deve darsi atto che il termine per la presentazione della documentazione venne fissato dalla stessa commissione a conclusione della seduta del 28 luglio 1999, in cui l'appalto venne provvisoriamente aggiudicato alla attuale appellante.

L'invito a presentare la documentazione, da parte del responsabile del procedimento (nel caso, anche segretario verbalizzante della seduta del 28 luglio) non è, dunque, che un atto meramente esecutivo della determinazione dalla Commissione, effettuato nei termini prescritti dalla norma (la nota è protocollata in partenza in data 29 luglio 1999 e cioè appena un giorno dopo la seduta in cui le operazioni si sono concluse, con l'aggiudicazione provvisoria al raggruppamento appellante, come correttamente eccepito dal Comune resistente).

Peraltro, dalla circostanza che sia stato assegnato un termine di quaranta giorni (e non quello inferiori di dieci giorni fissato dallo stesso legislatore per il caso di accertamento a campione) non può trarsi alcuna conclusione in ordine alla natura (perentoria o meno) del termine assegnato.

E' pacifico, in giurisprudenza (coerentemente, del resto, alla formula normativa), che 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, e non anche per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario, spettando 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 (Sez. V, n. 3358 del 16 giugno 2003; Sez. VI, n. 4133 del 10 luglio 2003).

2. Ciò premesso appare anche opportuno precisare, prima di entrare nel merito della questione, che è fuori discussione che l'associata **** abbia tempestivamente depositato, con la dichiarazione relativa al volume di affare ed al costo del lavoro nell'ultimo quinquennio (e quant'altro stabilito dalla lettera di invito), l'atto in data 16 giugno 1997, avente ad oggetto la cessione della Soc. ****..

Lo stesso Comune resistente ha del resto depositato in giudizio la dichiarazione di cui si è detto, nella quale, oltre alla notizia dell'acquisto in parola, si fa menzione dell'allegazione, alla dichiarazione, dell'atto 12 giugno 1997 rep. 22230 Notaio Giustino Rossi.

Non vi è inoltre contestazione sulla circostanza che, dal citato atto 16 giugno 1997, già in possesso dell'Amministrazione al tempo dell'avvio delle operazioni di gara, si ricavi l'acquisizione, da parte della cessionaria, dei lavori eseguiti e completati nel triennio 1994/1996 dalla cedente.

E' poi anche agevole rilevare che la **** si è avvalsa, fra l'altro, dei suddetti lavori, ai fini della revisione dell'iscrizione all'A.N.C. e che, incontestato il requisito della capacità tecnica (conseguito mediante l'integrazione derivante dalla cessione di azienda), neppure costituisce oggetto di contestazione che dall'esame dei bilanci della società **** è possibile pervenire, con la documentazione tempestivamente depositata, ad un risultato idoneo a confermare il requisito economico finanziario dichiarato.

Su tali elementi sono puntuali, nei due gradi del giudizio, le difese della ricorrente, senza che la sentenza appellata o il Comune resistente offrano argomenti di smentita dei dati di fatto.

3. Chiarito tale aspetto, deve darsi atto che sussiste un filone giurisprudenziale (anche di questa Sezione), che assegna natura perentoria al termine entro il quale l'Impresa partecipante ad una gara d'appalto di opere pubbliche deve fornire, a richiesta della stazione appaltante, la prova del possesso dei requisiti dichiarati, ai sensi dell'art. 10, comma 1 quater, l. 11 febbraio 1994, n. 109, sia nell'ipotesi dei controlli a campione (per tutte, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528 e 24 aprile 2002, n. 2207; Sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1189; Sez. VI, 18 maggio 2001, n. 278; C.G.A.R.S., 28 gennaio 2002, n. 44), sia nel caso dell'onere incombente all'aggiudicatario ed al secondo classificato, in base alla seconda parte del comma citato (specificamente, in termini, Sez. V, n. 2081 del 17 aprile 2003 e Sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133), con la sola differenza che, mentre nel primo caso il termine è fissato dalla stessa legge, nel secondo caso si ritiene, in linea di principio, che il termine sia rimesso alla fissazione della stessa stazione appaltante, come si è già avuto modo di precisare.

4. Il rigore del citato orientamento giurisprudenziale non trova però, altrettanto riscontro, nella prassi operativa, nella quale, al contrario, si riscontrano comportamenti disomogenei.

Il più delle volte, infatti, le Amministrazioni non procedono ad accertamento (negativo) e successiva esclusione dell'aggiudicatario provvisorio in unico tratto, ed appaiono anzi propense ad accordare proroghe o possibilità di integrazione di certo non compatibili con la pretesa natura perentoria del termine.

La stessa casistica sulla quale è andata formandosi l'affermazione giurisprudenziale di perentorietà, ne offre esemplificazione.

Così, per tutti, nel caso deciso con il citato precedente della Sezione (decisione n. 2081 del 17 aprile 2003, n. 2081), l'amministrazione aveva, invero, già accordato all'aggiudicatario provvisorio, che ne aveva fatto richiesta, un termine ulteriore, oltre quello in precedenza fissato, per integrare una prova, ritenuta inidonea, con l'altra prescritta dal bando ai fini della prova dei lavori eseguiti nel quinquennio.

5. In apparente conflitto con la tesi della perentorietà del termine si pone poi il principio – anch'esso ricorrentemente affermato dalla giurisprudenza - secondo cui 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, avrebbero inteso non già assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma, piuttosto, codificare un ordinario modo di procedere, volto a far prevalere, 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 economico-finanziaria (in questo senso, per tutte, Sez. VI, dec. n. 7275 del 14 novembre 2003, e ord. cautelare della stessa Sez. VI, n. 5466 - 17 dicembre 2002).

Sul punto, significativo è l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 30 marzo 2000, che espressamente ha escluso che l'art. 10, comma 1-quater, della legge 109/94 comporti "tout-court" la perentorietà del termine indicato dall'Amministrazione per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario provvisorio, salva rimanendo la facoltà di conferire (espressamente) tale natura al termine in questione, rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione appaltante (e non certo della Commissione giudicatrice).

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo citato e la presa di posizione dell'Autorità indipendente, hanno dato occasione alla Sezione di esprimere un differente orientamento con la decisione n. 3358 del 16 giugno 2003, nella quale è affermato che "il termine fissato all'Amministrazione appaltante è sollecitatorio, tende a conseguire una rapida conclusione del

procedimento di gara ma è liberamente determinabile da parte della stessa Amministrazione nella sua entità e nelle conseguenze derivanti dal suo mancato rispetto. E', quindi, consentito all'Amministrazione non solo di fissare un termine perentorio ovvero indicare semplicemente un termine dilatorio per gli adempimenti in parola ma, sulla base della valutazione degli interessi pubblici considerati prevalenti, anche di consentire integrazioni della documentazione o correzioni della stessa per agevolare la prova della sussistenza dei requisiti richiesti da parte del soggetto risultato vincitore nel confronto concorrenziale e quindi più idoneo alla esecuzione dei lavori".

La tesi appare convincente e coerente con le finalità della norma, di cui non deve trarre in inganno la collocazione all'interno del medesimo comma 1 quater, essendo evidente che, pur essendo l'una e l'altra ipotesi indirizzate ad assicurare la coincidenza fra il requisito dichiarato e quello documentabile, differenti sono, nell'uno e nell'altro caso, le esigenze che si accompagnano allo scopo primario (e ciò emerge anche dalla fissazione di un termine breve nella ipotesi di accertamento a campione fatto – per così dire – a bocce ferme e quando non si conosce ancora quale potrebbe essere il concorrente più idoneo, e la mancanza di fissazione del termine, nell'altro caso).

Per il che, appare anche differente, nell'un caso e nell'altro, il presupposto stesso del giudizio di ripropevolezza che è alla base della sanzione (solo apparentemente) identica, nelle due differenti ipotesi.

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).

Esse, dunque, per la loro gravità, involgono un giudizio che, ragionevolmente, non può arrestarsi al mero dato formale, ma esige un *quid pluris*. che, nel caso di accertamento a campione, 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, mentre, 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).

Quest'ultima esigenza peraltro, non può essere considerata prevalente ed essere messa sullo stesso piano della esigenza di celerità che è alla base della fissazione legislativa del termine perentorio, in caso di sorteggio, in quanto è di tutta evidenza che lo stesso legislatore ha inteso fare salvi, nella diversa ipotesi prevista nella seconda parte della norma, la discrezionalità dell'amministrazione nella individuazione dei tempi tecnici di svolgimento ulteriore della procedura.

Sembra a questo punto maggiormente coerente ritenere che la scelta rimessa alla Amministrazione risieda anche nella possibilità di stabilire, a priori, se il termine debba essere o meno perentorio (in tal caso, chiaramente, enunciandolo nel bando di gara e nella lettera di invito).

Le riflessioni che precedono devono indurre a preferire l'orientamento espresso dalla Sezione nella decisione n. 3358 del 16 giugno 2003, da ultimo citata, i cui principi involgono anche il

convincimento 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.

6. Nel caso in esame non si verte propriamente nella inosservanza del termine stabilito dalla stazione appaltante per il deposito della documentazione.

Invero, l'attuale appellante ha depositato nei termini (e con riferimento a tutti gli associati) la documentazione di cui ai quattro punti della nota 29 luglio 1999 a firma del responsabile del procedimento.

Si è tuttavia verificato che parte della documentazione relativa ad uno degli associati non fosse completa, in quanto mancante dei bilanci relativi alla società ceduta, di cui l'associata aveva acquistato l'azienda.

L'elemento mancante – necessario ai fini della integrazione del requisito economico-finanziario – era tuttavia pienamente riconoscibile, già per effetto del deposito dell'atto di trasferimento e cessione.

Nella descritta situazione - escluso che la perentorietà del termine risulti da alcuna esplicita enunciazione del bando di gara, ed escluso anche che la suddetta perentorietà possa derivare dal mero richiamo della norma di cui è stata fatta applicazione – deve ritenersi illegittimo il comportamento della commissione giudicatrice, che - a fronte di una documentazione formalmente rispondente a quella richiesta con la nota del responsabile del procedimento e tuttavia, in maniera riconoscibile, mancante degli elementi integrativi derivanti dalla cessione, già dichiarata e documentata - ha ommesso di chiedere alla aggiudicataria provvisoria i necessari chiarimenti sulla divergenza fra quanto documentato e quanto dichiarato.

Non appare rispondente, infatti, alla volontà del legislatore e compatibile con le finalità del concorso che la Commissione, senza giustificato motivo, ometta di chiedere chiarimenti al concorrente prescelto sulle riscontrate divergenze e gli precluda, così facendo, la possibilità di rimediare (prima di escluderlo dal concorso e passare quindi alla fase successiva) all'errore nella trasmissione, in se riconoscibile, con ciò anche incidendo sui criteri di scelta (in forza della necessaria determinazione della nuova soglia di anomalia).

7. Obietta, il Comune resistente che, in ogni caso, l'associata non avrebbe potuto avvalersi della accresciuta capacità economico finanziaria conseguente alla cessione, per il duplice profilo che, nel rendere la dichiarazione, aveva formalmente attribuito a se stessa il volume di affari e il costo del lavoro, senza fare riferimento alla cedente e perché, in ogni caso, il requisito andava verificato con riferimento solo alla impresa cessionaria.

La prima obiezione è del tutto irrilevante, in quanto, una volta consolidatisi gli effetti della cessione, è chiaro che volume di affari e costo del lavoro nel quinquennio sono propri della cessionaria ancorché acquisiti per effetto della cessione.

Per il secondo profilo é davvero singolare ritenere che, anteriormente al 31 dicembre 1999, i negozi giuridici aventi ad oggetto l'azienda (stipulati anteriormente alla presentazione dell'offerta), idonei alla revisione della iscrizione all'ANC, non avessero, come effetto automatico il passaggio dei requisiti (qualificazione e capacità economico-finanziaria) al nuovo utilizzatore dell'azienda

medesima, una volta che avessero comportato la definitiva successione dell'impresa ad altra impresa nell'esercizio della stessa attività economica, come nelle ipotesi di fusione o di altra operazione comportante il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo.

Ed invero la tesi del Comune è sostenibile soltanto con riferimento al nuovo regime in cui è venuto meno il sistema di qualificazione mediante iscrizione all'ANC, ma non in epoca anteriore.

In vigenza del sistema di qualificazione mediante iscrizione all'ANC (e, dunque del decreto del Ministro dei lavori pubblici 9 marzo 1989 n. 172) così come era ammesso il recupero totale o parziale dell'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori, in favore dell'impresa avente causa, anche deve ritenersi che il requisito economico finanziario della cessionaria dovesse considerarsi automaticamente integrato per effetto della cessione aziendale.

In ogni caso, ove anche il Comune avesse ritenuto irrilevante l'avvenuta cessione, per i fini che interessano, avrebbe avuto l'obbligo di specificarlo all'atto dell'esclusione, non potendo ignorare una evenienza della quale aveva già certificazione e che doveva costituire la base testuale (come principio di prova di una capacità economico-finanziaria esistente ancorché non sufficientemente documentata) per la richiesta di chiarimenti.

Ciò dirime il problema relativo alla circostanza che l'istanza di regolarizzazione (formulata dal rappresentante della associata nella stessa seduta in cui si è verificata l'esclusione e poi perfezionata dalla capogruppo con la produzione dei bilanci della cedente, nella successiva seduta) è pervenuta successivamente alla esclusione del raggruppamento ed alla indicazione della nuova aggiudicataria provvisoria.

Ed invero l'illegittimità del comportamento si era già concretato col procedere immediatamente alla esclusione, senza dare alcuna possibilità alla concorrente di fornire chiarimenti sulla difformità fra il dichiarato ed il documentato, ed ha preceduto il diniego di riceversi dalla associata i suddetti verbali.

9. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado dalla attuale appellante (n. 7922/1999 r.r. T.A.R. Campania) e devono essere annullati, per quanto di ragione, gli atti impugnati in primo grado.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico del Comune resistente ed in favore dell'appellante. Interamente compensate, quanto agli appellati non costituiti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla attuale appellante (n. 7922/1999 r.r. T.A.R. Campania) ed annulla, per quanto di ragione gli atti impugnati in primo grado;

Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese del giudizio che si liquidano complessivamente, in favore della attuale parte appellante, per entrambi i gradi del giudizio, in complessive €3.000,00; interamente compensate per le altre parti.

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

Parti: Soc. **** c. Comune di Anacapri ed altri !Fine dell'espressione imprevista

Titoletto: Contratti della p.a. Aggiudicazione – Aggiudicazione provvisoria – Annullamento – Ex art. 10, comma 1 quater, L. n. 109 del 1994 – Omessa richiesta di chiarimenti – Illegittimità – Fattispecie. !Fine dell'espressione imprevista

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 ommesso di richiedere chiarimenti alla aggiudicataria provvisoria (e per essa al rappresentante presente alle operazioni di verifica).

Il Presidente -

- Sezione Quinta -

N°. RIC 11303/99

MGR.