

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 14

del 29/1/2009

PREC 280/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ASL n. 4 di Matera – Appalto mediante procedura aperta per il servizio di brokeraggio.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 maggio 2008, è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale l'ASL n. 4 di Matera ha rappresentato di aver chiesto alla ditta AON S.p.A. di comprovare i requisiti ex articolo 48 del Codice dei contratti pubblici e che la medesima ha trasmesso la documentazione richiesta entro il termine di dieci giorni prescritto.

In sede di valutazione della documentazione prodotta l'ASL avrebbe, tuttavia, riscontrato alcune irregolarità in ordine alla dimostrazione di alcuni dei requisiti dichiarati e, conseguentemente, deciso di sospendere il procedimento, al fine di acquisire preventivamente un parere dell'Autorità in ordine a due profili concernenti l'interpretazione dell'articolo 48 del Codice:

- a) se il termine di dieci giorni prescritto vada inteso in senso non perentorio, consentendo in tal modo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta dell'integrazione documentale necessaria;
- b) se, in caso di eventuali irregolarità formali riscontrate in sede di procedimento di verifica, la stazione appaltante possa adottare il provvedimento di esclusione senza segnalare all'Autorità le motivazioni delle irregolarità riscontrate, salvo il caso di false dichiarazioni.

In sede di contraddittorio documentale la ditta AON S.p.A. ha contestato la legittimità della eventuale provvedimento di esclusione che la stazione appaltante potrebbe emettere nei propri confronti, sostenendo che la comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, non possa comprendere anche i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38.

Dal suo canto, la stazione appaltante ha ribadito la posizione già espressa in sede di presentazione dell'istanza.

Ritenuto in diritto

Al fine di fornire una risposta ai due quesiti posti dalla ASL n. 4 di Matera, occorre prioritariamente definire l'inquadramento giuridico della disposizione di cui all'articolo 48 e precisarne la *ratio*.

L'articolo 48, comma 1, del Codice prevede che la stazione appaltante, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richieda ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. In caso di ritardata od omessa comprova, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla gara, procedendo, altresì, all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, del Codice e dell'eventuale sospensione dalla partecipazione alle gare.

La disposizione, come più volte evidenziato dall'Autorità (*cfr. deliberazione n. 139 del 9 maggio 2007, pareri n. 107 del 15 novembre 2007 e n. 112 del 9 aprile 2008, determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008*) mira ad evitare che lo svolgimento della gara, in presenza di dichiarazioni mendaci ovvero in caso di mancata prova dell'effettivo possesso dei requisiti, possa essere falsato dalla partecipazione di soggetti che non siano in possesso dei requisiti minimi richiesti per concorrere e, partecipando, rischierebbero di alterare l'esito della gara medesima.

Ne consegue che la norma assolve la funzione di garantire sia l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente in ordine agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, sia la speditezza del procedimento, consentendo alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di quei partecipanti privi dei requisiti di ordine speciale, che, con offerte inappropiate, potrebbero influenzare la determinazione della soglia di anomalia.

Così inquadrata la *ratio legis* della disposizione di cui all'articolo 48 del Codice è possibile delineare i profili interpretativi posti all'attenzione dell'Autorità.

In relazione al primo quesito proposto, concernente la natura del termine di dieci giorni prescritto dall'articolo 48 entro il quale gli offerenti sorteggiati devono comprovare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, esso va considerato un termine perentorio.

La natura perentoria del termine sarebbe rinvenibile non solo nella specifica finalità che l'articolo 48 persegue, ma anche dall'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla disposizione stessa e dalle sanzioni a carico del concorrente che non abbia comprovato i requisiti nel termine previsto.

Peraltro, sulla perentorietà di tale termine anche la giurisprudenza amministrativa ha assunto una posizione consolidata, sostenendo che se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel termine e non fosse previsto alcun momento finale, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi *sine die* la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità di chiudere definitivamente l'attività di verifica dei requisiti e di poter procedere successivamente alla apertura delle offerte. Ciò contrasterebbe, peraltro, con il principio di economicità del procedimento di cui all'articolo 1 della legge n. 241/1990 e all'articolo 2 del Codice medesimo.

Attesa la natura perentoria del termine, l'eventuale documentazione presentata dopo il suo inutile decorso deve essere considerata come non prodotta, in quanto in presenza di un termine perentorio il mero ritardo è equiparato all'inadempimento definitivo (in tal senso *cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII sentenza n- 20241 del 27 novembre; Consiglio di Stato sez. IV sentenza n. 4098 del 20 luglio 2007; TAR Lazio, Roma, sez. III sentenza n. 5338 del 30 maggio 2008*).

Quanto al secondo quesito proposto, concernente l'obbligatorietà, a seguito del procedimento di verifica effettuato, della comunicazione all'Autorità dell'avvenuto provvedimento di esclusione nei confronti dei concorrenti che non siano in possesso dei requisiti di ordine speciale, la sua soluzione è rinvenibile nell'atto di regolazione che l'Autorità ha emesso con determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008.

In esso l'Autorità ha sancito l'obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ex articolo 48 e la sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, non essendo rinvenibile nella scelta del legislatore la volontà di lasciare alla stazione appaltante margini discrezionali in ordine alla realizzazione del controllo e alla comunicazione dell'eventuale esito negativo all'Autorità medesima.

Conseguentemente, sussiste in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di comunicare all'Autorità i provvedimenti di esclusione emessi ai sensi dell'articolo 48 del Codice, entro dieci giorni dall'avvenuta esclusione.

La mancata comunicazione ovvero il ritardo della stessa saranno sanzionati ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del Codice, mentre nei confronti dell'operatore economico escluso verrà instaurato un procedimento in contraddittorio al termine del quale saranno eventualmente comminate dall'Autorità la sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione dalle gare, graduata a seconda della gravità da un minimo di un mese ad un massimo di dodici mesi, previsto nelle ipotesi di dichiarazione scientemente falsa.

La medesima determinazione esclude dalla comunicazione le sole irregolarità meramente formali, che risultano dallo svolgimento del procedimento di gara e che comportano un provvedimento di non ammissione più che di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'articolo 48, comma , vada interpretato nei seguenti termini:

- il termine di dieci giorni previsto nella disposizione ha natura perentoria;
- l'attivazione del procedimento di verifica dei requisiti ex articolo 48, comma 1, è obbligatoria e si applica ai soli requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo;
- sussiste in capo alle stazione appaltanti, al termine del sub-procedimento di verifica dei requisiti di ordine speciale, l'obbligo di comunicare all'Autorità i provvedimenti di esclusione emessi nei confronti dei partecipanti che non abbiano comprovato i requisiti richiesti.

I Consiglieri Relatori

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6.2.2009