

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 rappresentati 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.>

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ***** – Società Immobiliare *****,
contro

I.N.P.D.A.I.;

e nei confronti

***** Società di Assicurazioni s.p.a.,

per l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III bis, n. 4437/2000 pubblicata il 30-5-2000;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione appellata e della ***** s.p.a.;

Visto il ricorso in appello incidentale proposto dall'I.N.P.D.A.I.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27-3-2001 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Marcone in sostituzione dell'Avv. Cancrini per l'appellante e l'Avv. Pallottino per l'amministrazione appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con il ricorso in appello in epigrafe la ***** – Società Immobiliare *****, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituita con l'impresa *****, ha chiesto l'annullamento della sentenza n. 4437/2000 con la quale il Tar del Lazio ha respinto il ricorso proposto avverso la nota n. 15853 del 19-7-99, con cui l'INPDAI ha disposto l'incameramento del deposito cauzionale prestato dalla ***** a garanzia dell'offerta presentata in una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione di opere fognarie e murarie in Roma.

L'appello viene proposto per i seguenti motivi:

- 1) natura non perentoria del termine previsto dall'art. 10, comma 1 – quater, della legge n. 109/94;
- 2) erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui non ha distinto l'ipotesi del tardivo adempimento da quella di mancato adempimento o di dichiarazioni infedeli;
- 3) non imputabilità del ritardo all'impresa, che in buona fede non ha risposto alla richiesta dell'ente; errore scusabile;
- 4) illegittimità costituzionale della citata disposizione per contrasto con l'art. 3 e 41 della Costituzione;
- 5) contrasto con la normativa comunitaria ed in particolare con l'art. 24, comma 1, lett. g) della Direttiva 93/37.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello e proponendo appello incidentale in ordine ai seguenti punti:

- a) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) tardività del ricorso per violazione del termine abbreviato, previsto dall'art. 19 della legge n. 135/97;
- c) inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara;
- d) inammissibilità dell'intervento in giudizio della ***** Assicurazioni e dell'*****.

Si è costituita in giudizio la ***** s.p.a. chiedendo l'accoglimento dell'appello.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. Nel corso di una gara, indetta dall'INPDAI, per l'affidamento dei lavori di manutenzione di opere fognarie e murarie in Roma, l'impresa appellante veniva sorteggiata per la verifica a campione, prevista dall'art. 10, comma I *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, per come novellato dall'art. 3, L. 18 novembre 1998, n. 415.

Tale norma dispone che "i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, (della legge n. 109/94) 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, 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”.

Afferma la stessa appellante che “ancorché la lettera di richiesta (di produzione documentale da parte dell'INPDAI) risulti formalmente conosciuta dall'impresa alla data del 28-5-99, della sua esistenza e del suo contenuto i rappresentanti dell'impresa stessa non hanno avuto notizia fino alla successiva nota del 19-7-99”, con cui è stato chiesto l'incameramento della cauzione. In data 23-7-99, l'impresa presentava la chiesta documentazione.

2. Devono essere esaminati i motivi dell'appello incidentale, proposto dall'INPDAI, che attengono a questioni rilevabili d'ufficio (mentre gli ulteriori motivi dell'appello incidentale saranno esaminati solo in caso di accoglimento dell'appello principale).

Sostiene l'ente appellato che l'incameramento di una cauzione non ha natura provvedimentoale, ma rientra nei rapporti di debito credito, devoluti alla cognizione del giudice ordinario.

Il motivo è infondato.

Infatti, l'art. 33 del D. Lgs. n. 80/98, sia prima che successivamente alle modifiche introdotte con la legge n. 205/2000, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale.

Il riferimento alle “procedure”, contenuto nella citata disposizione, deve intendersi come comprendente tutta la serie di atti del procedimento di gara, nessuno escluso.

Tra questi non può dubitarsi che rientrino anche gli atti, posti in essere dall'ente appaltante e relativi alla richiesta della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, richiesti dal bando di gara, e gli atti conseguenti alla mancata presentazione della documentazione (esclusione dalla gara, incameramento della cauzione).

3. In via subordinata lo stesso INPDAI deduce l'irricevibilità del ricorso per violazione del termine abbreviato, previsto dall'art. 19 della legge n. 135/97.

Anche tale motivo è infondato, in quanto il citato art. 19 prevedeva l'abbreviazione dei termini, tra cui anche quello previsto per l'impugnazione, nei giudizi aventi ad oggetto “provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità”.

E' evidente che, rispetto alla più ampia formulazione del citato art. 33 del D. Lgs. n. 80/98, la norma era applicabile ai giudizi aventi ad oggetto non tutti gli atti delle procedure di gara, ma solo i provvedimenti sopra indicati, tra cui non può in alcun modo ricomprendersi anche l'incameramento della cauzione.

4. L'atto con cui viene disposto l'incameramento della cauzione è, inoltre, autonomo rispetto al provvedimento di esclusione della gara, benché fondato sul medesimo presupposto costituito dalla inottemperanza alla richiesta di cui al citato art. 10, comma 1 quater.

Conseguentemente, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione non pregiudica in alcun modo la contestazione dell'incameramento della cauzione, come invece sostenuto dall'INPDAI.

5. Con il primo motivo del ricorso in appello la ***** deduce la natura non perentoria del termine, previsto dall'art. 10, comma I *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Il motivo è infondato.

Si osserva che, sebbene la perentorietà del termine non sia espressamente affermata nel comma in esame, 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”.

L'impresa che partecipa ad un appalto di lavori pubblici sa che può essere destinataria di un controllo a campione ed ha quindi l'onere di premunirsi in maniera tempestiva per tale eventualità, al fine di non

incorrere nelle conseguenze previste dalla legge: esclusione del concorrente dalla gara, escussione della relativa cauzione provvisoria e segnalazione del fatto all'Autorità.

Del resto, la prova richiesta dall'amministrazione consiste nella documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito, ben nota al concorrente.

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). Né può obiettarsi che tali considerazioni assumono valenza solo ai fini dell'esclusione e non anche per l'incameramento della cauzione, in quanto la legge non contiene alcuna distinzione tra i diversi effetti che si producono contestualmente in ipotesi di inutile scadenza del termine (esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione alle competenti Autorità).

Infine, deve rilevarsi che la natura perentoria del termine in questione non si pone in contrasto con il principio generale di presunzione di ordinarietà dei termini processuali (art. 152, comma 2, c.p.c.), in quanto è pacifico che la natura perentoria di un termine possa derivare dall'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla specifica disposizione, anche in mancanza di un'esplicita declaratoria di perentorietà da parte del legislatore.

Ciò premesso, l'espressa ed automatica esclusione dalla gara del concorrente, che non abbia comprovato i requisiti di cui al citato art. 10, comma 1 *quater*, entro il termine di dieci giorni non può che comportare la perentorietà del citato termine.

6. Né la norma distingue tra tardivo adempimento e mancato adempimento (o mancanza dei requisiti da provare), come sostenuto dall'appellante con il secondo motivo.

Il motivo è infondato, perché la norma posta dal comma I *quater* dell'art. 10 della legge n. 109/94 è chiara nello statuire che "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".

7. Con il terzo motivo l'appellante deduce la non imputabilità del ritardo all'impresa, che in buona fede non ha risposto alla richiesta dell'ente ed invoca la concessione dell'errore scusabile.

Come già detto in precedenza, l'impresa stessa ammette che la richiesta dell'INPDAl "risulti formalmente conosciuta dall'impresa stessa alla data del 28-5-99", ma si limita ad affermare che la richiesta, correttamente inviata presso la sede legale della *****, è stata "probabilmente ricevuta dal portiere" e che "i rappresentanti dell'impresa non ne hanno avuto notizia fino alla successiva nota del 19-7-99", con cui veniva chiesto l'incameramento della cauzione.

Al riguardo, il Collegio ritiene che 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.

8. L'interpretazione della disposizione, sopra esposta, è peraltro conforme al contenuto dell'atto di regolazione 30 marzo 2000, n. 15 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, pubblicato in G.U. n. 80 del 25-5-2000, sia con riferimento alla perentorietà del termine, sia con riguardo alle ipotesi di attenuazione degli effetti previsti dalla norma.

Nel citato atto viene, infatti, affermato che "dalla formulazione del testo della norma e dalla *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 obiettivo 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'inadempimento nel termine prescritto".

Resta possibile solamente "una duplice attenuazione degli effetti sopra indicati": "la prima riguarda l'ipotesi che, a istanza dell'impresa, sia comprovata la non imputabilità alla stessa dell'omissione o del ritardo"; "la seconda è configurabile nel momento successivo della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 7 dell'art. 4 della legge quadro da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici", momento che tuttavia non viene in rilievo nella presente vicenda processuale.

9. Con il quarto motivo di appello si sostiene l'incostituzionalità, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., dell'art. 10, comma I *quater*, se inteso nel senso che esso sanziona in modi eguali situazioni diverse e costituisca una illegittima lesione della libertà di iniziativa economica.

Il motivo è infondato, in quanto l'eccezione di legittimità costituzionale si appalesa manifestamente infondata perché non sussiste la presunta equiparazione tra chi rende false dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti rispetto a coloro che pur essendo in possesso dei requisiti richiesti non siano in grado di produrre tempestivamente quanto richiesto.

La differenza di situazione tra falsa attestazione ed omessa presentazione della documentazione nei termini non rileva nella fase che prevede l'automatica esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità, ma ben può rilevare nella successiva fase sanzionatoria, in cui l'Autorità deve valutare i presupposti per i provvedimenti di sua competenza, previsti dagli artt. 4, comma 7 e 8, comma 7 della legge n. 109/94.

Anche sotto il profilo del dedotto contrasto con l'art. 41 della Costituzione, non può che rilevarsi che non trascende i limiti della c.d. discrezionalità del legislatore l'aver sanzionato con conseguenze ulteriori rispetto alla mera esclusione dalla singola gara la condotta di chi, non essendosi tempestivamente procurato la documentazione richiesta dal bando in vista della sua eventuale esibizione in caso di sorteggio, arrechi un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura concorsuale (l'effetto non appare sproporzionato rispetto alla condotta in esame, né appare limitare la libertà di iniziativa economica dell'impresa).

10. Con l'ultimo motivo l'appellante deduce il contrasto tra la disposizione in esame e la normativa comunitaria, con particolare riferimento all'art. 24, comma 1, lett. g) della Direttiva 93/37.

Anche tale motivo è infondato.

In primo luogo il valore dell'appalto, oggetto della procedura di gara, è inferiore alla soglia comunitaria e pertanto non può essere invocata la citata direttiva.

Comunque, il citato art. 24 non si riferisce in alcun modo all'escussione della cauzione, ma ai soli casi di esclusione dalla gara; ne deriva che la norma non impedisce la previsione da parte del legislatore interno di una disposizione più severa a garanzia della serietà della partecipazione alle gare e di effetti ulteriori (escussione cauzione) derivanti dalla mancata presentazione della documentazione.

11. In conclusione, l'appello deve essere respinto, come deve essere respinto l'appello incidentale proposto dalla amministrazione.

In considerazione della novità delle questioni trattate, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe e respinge l'appello incidentale proposto dall'I.N.P.D.A.I..

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 27-3-2001 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Sergio Santoro	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Giuseppe Romeo	Consigliere

Roberto Chieppa

Consigliere Est.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria