

Tra le eventuali motivazione per richiedere una proroga al termine sul sorteggio. è da escludere che la mera insufficienza del termine di dieci giorni per ottenere la documentazione necessaria integri giusta causa, rientrando, nella normale diligenza di ciascuna impresa partecipante l'onere di provvedere sin dal momento della lettura del bando di gara a procurarsi tutti gli opportuni documenti (anche presso le pubbliche amministrazioni se, non giovando l'autocertificazione, ciò sia ancora in qualche caso necessario), per poterli poi esibire per tempo ove, dopo il sorteggio, sopravvenga la richiesta in tal senso dell'ente aggiudicatore

Sulla perentorietà del termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni, il Consiglio di stato con la sentenza numero 3066 del 6 giugno 2001, ci insegna che:

< Parimenti, nell'art. 10, comma I quater, la perentorietà discende, già solo sulla scorta di un'esegesi letterale della norma, dal rilievo che se uno degli offerenti "scelti con sorteggio pubblico" omette di "comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti" richiestigli, la stazione appaltante procede "all'esclusione del concorrente dalla gara".

Senza peraltro fermarsi all'interpretazione meramente letterale della normativa in discorso – e dopo aver però rilevato che essa non è, comunque, di ostacolo alla ritenuta sua perentorietà – pur da un punto di vista teleologico-sistemico è agevole osservare che depongono per la perentorietà del termine de quo, da un lato, il rilievo che esso è posto a garanzia del corretto e, dunque, rapido svolgimento della gara; e, dall'altro, che la norma stessa impone che la richiesta documentale sia inviata ad un certo numero di offerenti in un momento ben determinato della procedura concorsuale ("prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate").>

Ed inoltre

< Né può pensare di distinguersi, quanto agli effetti dell'inutile scadenza del termine, tra esclusione dalla singola gara ed ulteriori provvedimenti sanzionatori; poiché la legge, in proposito, non reca alcuna distinzione, deve ritenersi che se il termine non venga rispettato si producono contestualmente tutti gli effetti giuridici previsti dalla norma (esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione alle competenti Autorità).>

ma vi è di più.

<non sussiste la presunta equiparazione tra "chi rende false dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti con un atteggiamento della volontà mendace, rispetto a ... coloro che pur essendo in possesso dei requisiti richiesti, per cause oggettive impedienti, non siano in grado di produrre tempestivamente quanto richiesto"; infatti, nella prima delle indicate situazioni non solo si incorre nelle sanzioni di cui al comma I *quater*, cit., ma possono verificarsi ulteriori e più gravi conseguenze, ove si perfezioni la fattispecie di un reato di truffa ovvero di false dichiarazioni.

Né, d'altra parte, trascende i limiti della c.d. discrezionalità del legislatore l'aver sanzionato con conseguenze ulteriori rispetto alla mera esclusione dalla singola gara – quali sono, appunto, le altre di cui all'art. 10, comma I *quater* – 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>

a cura di Sonia LAzzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

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

DECISIONE

sul ricorso iscritto al n.r.g. 300/01, proposto da *** Giuseppe Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, n.q. di capogruppo dell'A.T.I. costituita con la Eredi *** Marziano s.a.s. e con la *** s.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Girolamo Rubino e Fabrizio Paoletti, presso il quale ultimo è elettivamente domiciliata in Roma, via Giunto Bazzoni n. 3;

contro

Ministero dei lavori pubblici – Provveditorato regionale OO.PP. della Toscana, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma, via dei Portoghesi 12;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Toscana, Sezione I, 6.11.2000, n. 2273.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore, all'udienza del 3 aprile 2001, il Consigliere Ermanno de Francisco;

Uditi altresì i difensori costituiti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza indicata in epigrafe, che ha respinto il ricorso dell'odierna appellante per l'annullamento del provvedimento emesso dal Ministero dei lavori pubblici – Provveditorato regionale OO.PP. della Toscana con cui è stato disposto l'incameramento della cauzione provvisoria di £ 108.417.000 e la comunicazione della vicenda all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e all'Ispettorato per l'A.N.C., non avendo l'A.T.I. di cui la ricorrente è capogruppo ottemperato, nei termini ed integralmente, a quanto disposto dall'art. 10, comma I quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nonostante fosse stata sorteggiata per la verifica preventiva di cui alla disposizione citata e al bando di gara.

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

DIRITTO

1. – Giova premettere che l'A.T.I. tra la *** Giuseppe Costruzioni s.r.l., mandataria, la Eredi *** Marziano s.a.s. e la *** s.r.l., aveva partecipato alla gara indetta dal Provveditorato Regionale alle OO.PP. della Toscana per l'aggiudicazione dei lavori di sistemazione delle difese arginali del fiume Tora e dello Scolmatore, in Comune di Collesalveti.

Nel corso della gara, l'A.T.I. *** veniva sorteggiata ai sensi e per gli effetti di cui all'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, come è noto, 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”.

È pacifico, in punto di fatto che, “mentre la capogruppo produceva tutta la documentazione richiesta nei termini, le mandanti, a causa di gravi impedimenti ... richiedevano una proroga del termine stesso”.

L'ente appaltante, senza riscontrare la predetta istanza, procedeva all'esclusione dell'A.T.I. appellante e si attivava per escutere la cauzione provvisoria.

In seguito, ma a termini scaduti, anche le imprese mandanti inviavano i documenti richiesti per comprovare il possesso dei requisiti richiesti.

Quindi la società in epigrafe, nell'indicata qualità, ricorreva al T.A.R. della Toscana per l'annullamento degli atti di cui in narrativa.

Il TAR respingeva il ricorso, sicché è stato interposto quest'appello.

2. – Il primo motivo di appello deduce il vizio di manifesta illogicità ed eccesso di potere, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma I *quater*, della legge n. 109/94.

Sostiene l'appellante che un'impresa che non abbia prodotto in tempo utile la documentazione richiesta ai sensi del citato art. 10, comma I *quater*, non sia assoggettabile alle stesse conseguenze previste per un'impresa che abbia reso dichiarazioni infedeli o non abbia i requisiti richiesti: sicché l'Amministrazione avrebbe dovuto interpretare la norma almeno nel senso di escludere i provvedimenti sanzionatori che ha invece adottato (incameramento della cauzione e segnalazione alle Autorità preposte ai LL.PP. e all'A.N.C.).

Il motivo, nei suoi profili con cui si denuncia il vizio di eccesso di potere, 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”.

Resta da verificare se il termine debba o meno considerarsi perentorio, per respingere, nel primo caso, il gravame, ovvero invece accoglierlo nell'ipotesi opposta: il punto, che è posto a base anche del successivo motivo di appello, va trattato insieme all'esame di questo.

3. – Il secondo motivo di appello deduce, dunque, la violazione e la falsa applicazione dello stesso art. 10, comma I *quater*: sostiene l'appellante che il termine di dieci giorni fissato da tale norma per comprovare 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, non sia perentorio; e che “pertanto nessuna sanzione, anche minima, avrebbe potuto validamente essere comminata all'A.T.I. appellante, al di là – a tutto voler concedere – dell'esclusione dal procedimento concorsuale”.

Il motivo è infondato.

L'affermazione della perentorietà del termine di dieci giorni di cui al comma I *quater* dell'art. 10 della legge n. 109/94 deriva, quale corollario, dalle seguenti considerazioni.

Alla tesi secondo cui la perentorietà del termine in questione non sarebbe espressamente affermata nel comma in esame, è agevole obiettare, in primo luogo, che è senz'altro perentorio ogni termine che sia stabilito dalla legge a pena di decadenza.

Nello stesso diritto processuale non v'è dubbio che – anche in relazione alla previsione dell'art. 152, II comma, del c.p.c. (norma che pone il principio della presunzione di ordinatorietà dei termini processuali) – siano perentori, ad esempio, i termini di cui agli artt. 163, III comma, n.7, 166 e 167, II e III comma, sebbene in nessuna di tali norme si dica espressamente che i termini di costituzione del convenuto sono perentori: la loro perentorietà, parimenti, deriva in via automatica – agli effetti della possibilità di chiamare in causa un terzo e di proporre domande riconvenzionali – dall'espressa comminatoria di decadenza in proposito recata dalla normativa citata.

Parimenti, nell'art. 10, comma I *quater*, la perentorietà discende, già solo sulla scorta di un'esegesi letterale della norma, dal rilievo che se uno degli offerenti “scelti con sorteggio pubblico” omette di “comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti” richiestigli, la stazione appaltante procede “all'esclusione del concorrente dalla gara”.

Senza peraltro fermarsi all'interpretazione meramente letterale della normativa in discorso – e dopo aver però rilevato che essa non è, comunque, di ostacolo alla ritenuta sua perentorietà – pur da un punto di vista teleologico-sistemico è agevole osservare che depongono per la perentorietà del termine *de quo*, da un lato, il rilievo che esso è posto a garanzia del corretto e, dunque, rapido svolgimento della gara; e, dall'altro, che la norma stessa impone che la richiesta documentale sia inviata ad un certo

numero di offerenti in un momento ben determinato della procedura concorsuale (“prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate”).

“Quando tale prova non sia fornita” – prosegue la norma – si procede “all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità”.

Si consideri, ancora, che in caso di esclusione conseguente alla mancata presentazione della documentazione l'Amministrazione “procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta”; e che, d'altra parte, la prova in questione si fornisce “presentando la documentazione indicata [nel] ... bando o nella lettera di invito”.

Trattasi, del resto, di documentazione che è ben nota sin da quando il concorrente decide di partecipare alla gara; sicché essa può, e perciò deve, essere procurata con diligenza dalla parte (in vista dell'eventuale sorteggio per la verifica a campione) sin da tale momento.

Alla stregua di tutte le considerazioni non solo letterali – come lamenta l'appellante – bensì anche di carattere sistematico e teleologico cui si è accennato, ad avviso del Collegio è impossibile configurare il termine come meramente sollecitatorio, senza con ciò implicare un'aggiudicazione (almeno provvisoria) potenzialmente erronea ovvero una stasi dei tempi di gara di norma incompatibile con le previsioni del bando.

È dunque giocoforza orientarsi per un'esegesi rigorosa della norma, pena, in caso contrario, la totale vanificazione della sua funzione.

Né può pensare di distinguersi, quanto agli effetti dell'inutile scadenza del termine, tra esclusione dalla singola gara ed ulteriori provvedimenti sanzionatori; poiché la legge, in proposito, non reca alcuna distinzione, deve ritenersi che se il termine non venga rispettato si producono contestualmente tutti gli effetti giuridici previsti dalla norma (esclusione dalla gara, incameramento della cauzione e segnalazione alle competenti Autorità).

La formulazione della norma non esclude, dunque, la perentorietà del termine, pur consentendo all'Amministrazione di valutare – in ipotesi, tuttavia, del tutto eccezionali, altrimenti restando frustrata la funzionalità dell'istituto – se possa ritenersi provata, dall'impresa, la non imputabilità a se stessa dell'omissione o del ritardo.

A garanzia della gara – e, dunque, degli interessi pubblici e di quelli delle altre ditte partecipanti che vi sono implicati – in tali ipotesi eccezionali l'onere di motivazione deve però concernere le ragioni per cui l'Amministrazione abbia ritenuto possibile il superamento del termine, e non già, invece, quelle per cui sia stata disattesa l'eventuale istanza di proroga, quand'anche tempestivamente proposta.

È da escludere che la mera insufficienza del termine di dieci giorni per ottenere la documentazione necessaria integri giusta causa di proroga, rientrando – come si è già detto – nella normale diligenza di ciascuna impresa partecipante l'onere di provvedere sin dal momento della lettura del bando di gara a procurarsi tutti gli opportuni documenti (anche presso le pubbliche amministrazioni se, non giovando l'autocertificazione, ciò sia ancora in qualche caso necessario), per poterli poi esibire per tempo ove, dopo il sorteggio, sopravvenga la richiesta in tal senso dell'ente aggiudicatore.

Nello stesso significato qui condiviso si è espressa, d'altronde, anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con l'atto di regolazione 30 marzo 2000, n. 15, che, “dalla formulazione del testo della norma e dalla *ratio* sottesa alla stessa ... 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”.

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.

4. – Il terzo motivo di appello deduce la violazione dei principi di cui alle leggi n. 241/90 e n. 127/97, di semplificazione e snellimento del procedimento amministrativo; la violazione e falsa applicazione

dell'art. 6 del D.P.C.M. n. 55/91, degli artt. 11, comma VI, 26 e 27 della direttiva 93/97/CEE; la violazione dei principi di diritto comunitario e l'eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

Il motivo, che si incentra nella contestazione delle modalità con cui sarebbe dovuta avvenire la dimostrazione dei requisiti di cui era stato richiesto all'A.T.I. di fornire la prova, è infondato.

A prescindere, infatti, dalla circostanza che alcune delle doglianze proposte attengono alle modalità con cui (ex art. 6 D.P.C.M. cit.) il bando di gara avrebbe dovuto prevedere l'attestazione dei requisiti di capacità finanziaria (censure, queste, da proporsi tempestivamente avverso lo stesso bando, ove di contenuto difforme dalle previsioni normative), è assorbente il rilievo che le due imprese mandanti dell'A.T.I. oggi appellante, vale a dire la Eredi *** Marziano s.a.s. e la *** s.r.l., non risultano aver presentato alcun tipo di documentazione nel rispetto dei termini di legge indicati dall'Amministrazione.

Sicché la reiezione anche di questo motivo trova sufficiente fondamento nelle considerazioni che si sono sopra svolte in ordine alla ritenuta perentorietà di detto termine, di cui si è già trattato.

5. – Con il quarto motivo di appello si sostiene l'incostituzionalità, in relazione agli artt. 2, 3, 27 e 41 Cost., dell'art. 10, comma I *quater*, se inteso nel senso che esso sanzioni in modi eguali situazioni diverse.

Il motivo è infondato, in quanto l'eccezione di legittimità costituzionale si appalesa manifestamente infondata perché, al contrario di quanto sostiene l'appellante nel motivo in esame, non sussiste la presunta equiparazione tra “chi rende false dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti con un atteggiamento della volontà mendace, rispetto a ... coloro che pur essendo in possesso dei requisiti richiesti, per cause oggettive impedienti, non siano in grado di produrre tempestivamente quanto richiesto”; infatti, nella prima delle indicate situazioni non solo si incorre nelle sanzioni di cui al comma I *quater*, cit., ma possono verificarsi ulteriori e più gravi conseguenze, ove si perfezioni la fattispecie di un reato di truffa ovvero di false dichiarazioni.

Né, d'altra parte, trascende i limiti della c.d. discrezionalità del legislatore l'aver sanzionato con conseguenze ulteriori rispetto alla mera esclusione dalla singola gara – quali sono, appunto, le altre di cui all'art. 10, comma I *quater* – 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.

6. – Il quinto motivo di appello deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/90, per difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

L'infondatezza anche di questo motivo risulta da quanto si è sopra osservato in ordine all'automatica applicazione di tutte le sanzioni in caso di violazione degli obblighi posti dalla norma di legge in esame; nonché all'eccezionale eventualità che l'Amministrazione riconosca la non imputabilità del ritardo (il che è rilevante, almeno quanto al suo temporaneo arresto, sull'ulteriore svolgimento dell'intera gara), non richiedendo invece il correlativo diniego alcuna specifica motivazione.

7. – Con il sesto ed ultimo motivo di appello si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/90, per difetto di invio dell'avviso del procedimento sanzionatorio.

Trattandosi di conseguenze che, come si è più volte detto, la legge riconnette in via automatica al mero decorso del termine prefissato, tale avviso da un lato non è necessario, mentre dall'altro non sarebbe stato neppure compatibile con le “particolari esigenze di celerità del procedimento” di cui è menzione nello stesso art. 7, dovendosi provvedere all'esclusione (ed a comminare le altre sanzioni connesse) prima dell'apertura delle altre offerte.

In conclusione, l'appello deve essere integralmente disatteso.

In considerazione della novità delle questioni trattate si ravvisa, tuttavia, la sussistenza di giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione IV – respinge l'appello.

Spese del secondo grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 3 aprile 2001, dalla Sezione Quarta del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, riunita in camera di consiglio con l'intervento dei signori:

Lucio Venturini	- Presidente
Domenico La Medica	- Consigliere

Anselmo Di Napoli	- Consigliere
Dedi Rulli	- Consigliere
Ermanno de Francisco	- Consigliere estensore.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
IL SEGRETARIO	

MASSIMA:

R.G. 300/2001

“il termine di dieci giorni dalla richiesta entro il quale, prima che si proceda all'apertura delle buste delle offerte presentate, l'impresa che sia stata sorteggiata deve comprovare, ai sensi dell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, di possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara mediante la presentazione della documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito, 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, non assumendo alcun rilievo scriminante l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati; a ciò può farsi eccezione solo nel caso che, a istanza dell'impresa, sia comprovata la non imputabilità alla stessa dell'omissione o del ritardo”.