

Non valgono la dimenticanza o il caso fortuito a dimostrazione della mancata presentazione dei documenti per l'effettivo possesso dei requisiti di ordine speciale

Ai fini della non applicabilità delle sanzioni di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94, non ha nessun valore sostanziale, in sede processuale, una perizia giurata di parte che dimostrerebbe il possesso dei requisiti richiesti

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4001 del 3 luglio 2003 (conferma Tar Campania; Salerno 522/2002), si occupa, ancora una volta delle problematiche relative all'articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni la cui inosservanza comporta tutti e tre indistintamente gli effetti pregiudizievoli dell'esclusione, dell'escussione della cauzione e della segnalazione agli Organi competenti.

Nel confermare la decisione presa dall'adito Tar, tuttavia il supremo organo giudicante amministrativo, sottolinea che il comportamento non proprio consono ai dettami legislativi da parte dell'amministrazione, viene assorbito dal fatto che comunque la ricorrente non è stata in grado di produrre la documentazione richiesta.

Maggior attenzione quindi da parte delle Stazioni appaltanti alla mancata effettuazione del sorteggio tra le ditte chiamate a dimostrare documentalmente il possesso dei necessari requisiti tecnico-organizzativi e concessione di un termine leggermente più breve di quello legalmente previsto per il deposito della relativa documentazione

A cura di Sonia LAZZINI

#### REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9071/02, proposto dall'Impresa Costruzioni \*\*\*\*\* s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Manzione, ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, v. Barracco n. 5,

contro

il Comune di Pertosa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Pasquale Gentile e Raffaele Boninfante, ed elettivamente domiciliato in Roma, v.le Egeo n. 137 (studio Zambrotti),

e nei confronti

della \*\*\*\*\* Assicurazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio, per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, I, 18 giugno 2002, n. 522, resa inter partes, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante avverso gli atti di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Osservatorio LL.PP., in relazione alla gara di appalto per i lavori di realizzazione di centro ricerche.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo della decisione in epigrafe, n. 113, pubblicato il 18 marzo 2003;

Relatore alla pubblica udienza del 18 marzo 2003 il Consigliere Gerardo Mastrandrea; uditi per le parti gli avv.ti Manzione, Gentile e Boninfante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso notificato il 7 maggio 2001, l'Impresa Costruzioni \*\*\*\*\* premetteva di aver partecipato ad una gara indetta dal comune di Pertosa per l'appalto dei lavori di realizzazione del centro ricerche nell'area Grotte dell'Angelo e di ristrutturazione dell'ex parcheggio coperto.

Precisava che la Commissione di gara chiedeva a varie imprese, tra cui la ricorrente, di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi, e che la gara veniva aggiudicata alla ditta \*\*\*\*\* Angelo, mentre la ricorrente veniva esclusa per mancato invio di quanto prescritto, con particolare riguardo ai punti 3b, 3d – capo 2 lettera f) del bando di gara pubblicato in data 11 settembre 2000.

Impugnava dunque i provvedimenti accennati in epigrafe, adottati ai sensi dell'art. 10, comma 1- quater della l. 109/94, ovvero la richiesta formulata con raccomandata prot. n. 1061 del 19 marzo 2001 alla società assicurativa \*\*\*\*\*, ai fini del pagamento della cauzione provvisoria di cui all'apposita polizza, pari a £ 19.300.000, nonché la segnalazione, di cui alla raccomandata prot. n. 1064 in pari data, alla Sezione regionale dell'Osservatorio sui LL.PP., per i provvedimenti di competenza.

La ditta intestata deduceva dinanzi al TAR campano la violazione del citato art. 10 della l. 109/94, in quanto le prescrizioni normative erano state disattese, non ricorrendo i presupposti per procedere all'incameramento della cauzione e alla segnalazione all'Osservatorio sui LL.PP. per i provvedimenti di competenza.

2. Il TAR adito dapprima, nella camera di consiglio del 24 maggio 2001, respingeva l'istanza cautelare, quindi, con la sentenza impugnata in epigrafe indicata, rigettava il gravame per l'infondatezza nel merito delle pretese, pur avendone rilevata la ricevibilità.

Dalla menzionata disposizione di legge, infatti, emergeva con chiarezza, da un lato, che era sufficiente la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti per procedere all'esclusione dalla gara, dall'altro che, come automatica conseguenza della mancata dimostrazione, derivavano tre eventi: esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione del fatto all'Osservatorio sui LL.PP. per l'applicazione delle sanzioni previste.

3. La ditta \*\*\*\*\* ha interposto l'appello in trattazione avverso la prefata pronunzia, integralmente contestata nelle sue argomentazioni.

4. L'Amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio per resistere all'appello ed ha difeso la correttezza delle motivazioni della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2003 il ricorso in appello è stato introitato per la decisione.

## DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata, il TAR di Salerno, respinta in via preliminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione resistente, ha nondimeno giudicato infondata l'impugnativa dell'odierna appellante.

La ricorrente è stata esclusa da una gara bandita dal Comune di Pertosa perché, pur essendo stata invitata, con nota ricevuta il 16 ottobre 2000, a fornire la documentazione attestante il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi dichiarati, non vi ha provveduto nel termine stabilito di otto giorni, in scadenza il 24 ottobre 2000.

Al riguardo, la reclamante lamentava anzitutto, dinanzi all'Organo giurisdizionale territoriale, che nella scelta delle imprese da invitare a dimostrare il possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 10 della l. 109/94, non era stato effettuato il pubblico sorteggio, e che non erano stati concessi 10 giorni, come previsto dalla legge, per il deposito della documentazione, ma soltanto 8 giorni.

2. Il TAR adito, quanto alla prima doglianza, affermava che la mancata effettuazione del sorteggio non esimeva l'interessata dal fornire la documentazione richiesta; inoltre, nella fattispecie, la mancata effettuazione del sorteggio degradava a mera irregolarità senza nessuna efficacia viziante, sia perché l'invito era stato rivolto ad oltre la metà delle ditte concorrenti (circa il 60%), sia perché l'art. 10, comma 1 quater, imponeva comunque l'obbligo di documentazione alle prime due imprese graduate.

Quanto, invece, al mancato rispetto del termine di 10 giorni, il Tribunale salernitano rilevava che se era vero che la ricorrente aveva avuto a disposizione solo 8 giorni per produrre la documentazione richiesta, era altrettanto vero che la stessa non aveva depositato gli atti nemmeno successivamente, né aveva chiesto una proroga del termine adducendo la brevità del medesimo.

D'altronde, la ratio del termine di 10 gg. fissato dalla legge era ritenuta chiaramente acceleratoria, avendo il fine di garantire il celere svolgimento della gara; in via teorica, dunque, nessun ostacolo incontrava la fissazione di un termine più breve, sempre che ovviamente non risultasse vessatorio o impossibile da osservare, il che esigeva che l'impresa invitata lo facesse tempestivamente rilevare, cosa che nel caso di specie non era avvenuta.

Per quanto attiene, infine, all'asserita mancanza dei presupposti per far luogo all'incameramento della cauzione e alla segnalazione all'Osservatorio sul LL.PP., avendo l'impresa reclamante dimostrato, con una perizia giurata, che possedeva i requisiti richiesti e che quindi la mancata presentazione sarebbe stata dovuta a dimenticanza o caso fortuito, la pur suggestiva ricostruzione ermeneutica relativa al citato art. 10 l. 109/94, secondo cui si potrebbe far luogo al completo procedimento sanzionatorio (sfociante anche nell'incameramento della cauzione e nella segnalazione all'Osservatorio) solo in caso di effettivo mancato possesso dei requisiti, mentre nel caso - di minore gravità - della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti (pur posseduti) si dovrebbe procedere alla sola esclusione dalla gara, non veniva giudicata ossequiosa del chiaro tenore letterale del dettato normativo (il menzionato art. 10, comma 1-quater, stabilisce testualmente: "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...").

Dalla disposizione emergeva, quindi, con chiarezza, da un lato, che è sufficiente la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti per procedere all'esclusione dalla gara; dall'altro che, come automatica conseguenza della mancata dimostrazione, derivano tre eventi: esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione del fatto all'Osservatorio sui LL.PP. per l'applicazione delle sanzioni previste.

3. Le conclusioni raggiunte dai primi giudici vanno sostanzialmente confermate, anche se, con precipuo riferimento ai primi due profili di doglianza, attinenti alla procedura indubbiamente anomala adottata dal Comune resistente (mancata effettuazione del sorteggio tra le ditte chiamate a dimostrare documentalmente il possesso dei necessari requisiti tecnico-organizzativi e concessione di un termine leggermente più breve di quello legalmente previsto per il deposito della relativa documentazione), assume indubbiamente connotati assorbenti - nel senso della carenza di interesse, adombrata peraltro anche dai giudici di prime cure, a sollevare le accennate questioni di diritto - la circostanza pacifica della mancata presentazione, nemmeno tardivamente, della documentazione richiesta.

Non avendo fornito all'Amministrazione committente la documentazione richiesta, né nei tempi dovuti né in ritardo, la ditta \*\*\*\*\* non è titolare, infatti, di alcun interesse attuale, differenziato e qualificato a dolersi della mancata effettuazione del sorteggio (peraltro l'invito a fornire la documentazione a comprova è stato esteso ad oltre la metà delle ditte concorrenti, per circa il 60% di esse, ben oltre quindi il minimo legale del 10%) e della concessione di un termine di due giorni inferiore a quello, perentorio, previsto dalla legge (va segnalato che la ricorrente non ha chiesto alcuna proroga del termine ridotto).

Nessun valore sostanziale, inoltre, può essere al riguardo attribuito alla del tutto intempestiva presentazione, in sede processuale, di una perizia giurata di parte che dimostrerebbe il possesso dei requisiti richiesti e che quindi supporterebbe la visione della dimenticanza o del caso fortuito alla base della mancata presentazione dei documenti.

4. Con salvezza di quanto appena esposto (e con la necessità, pertanto, di ribadire che nel caso di specie non vi è stata nemmeno una presentazione tardiva della documentazione di prova dei requisiti), per il resto, e con riferimento quindi alla sottile distinzione propalata dalla ricorrente tra mancato possesso dei requisiti, che darebbe legittimamente luogo anche all'incameramento della cauzione e alla segnalazione all'Osservatorio, e mancata dimostrazione del possesso dei requisiti (pur posseduti), che essendo fattispecie di minore gravità giustificerebbe un provvedimento solo espulsivo dalla gara, il Collegio, in perfetto ossequio alla propria costante giurisprudenza e al dettato normativo - che non sembra lasciare spazi a dubbi ermeneutici quando riconnette automaticamente alla mancata dimostrazione tempestiva del possesso dei requisiti, e non tout court al mancato possesso degli stessi, tutti e tre indistintamente gli effetti pregiudizievoli dell'esclusione, dell'escussione della cauzione e della segnalazione agli Organi competenti - ritiene di non potere aderire alla teorizzazione proposta dall'odierna reclamante.

Va, in definitiva, confermato che è sufficiente la mancata dimostrazione, nei termini di legge, del possesso dei requisiti per procedere all'esclusione dalla gara e che da ciò deriva ulteriormente, come automatica conseguenza, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Osservatorio sui lavori pubblici per l'applicazione delle sanzioni previste.

5. Per il ricorso introduttivo, essenzialmente rivolto a scongiurare gli effetti dell'incameramento della cauzione provvisoria e, in subordine, della segnalazione al competente Osservatorio, si prospetta pertanto la conferma del responso reiettivo, nei sensi di cui in motivazione.

Al rigetto dell'appello segue, nondimeno, la compensazione tra le parti costituite delle spese del presente grado di giudizio, sussistendone i presupposti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo rigetta, come da motivazione.

Spese del grado di giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma, il 18 marzo 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), in camera di consiglio, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Alfonso Quaranta Presidente

Goffredo Zaccardi Consigliere

Aldo Fera Consigliere

Francesco D'Ottavi Consigliere

Gerardo Mastrandrea Consigliere est.

L'ESTENSORE                      IL PRESIDENTE

f.ro Gerardo Mastrandrea f.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 3 luglio 2003

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

Il Dirigente

f.to Antonio Natale