

Il termine di cui all'articolo 10 comma 1 quater della Merloni, è da considerarsi perentorio (e non sollecitatorio): è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara

L'automaticità delle sanzioni per mancata prova dei requisiti entro il termine di dieci giorni, non può che orientare per la perentorietà del termine medesimo.

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 6528 del 21 ottobre 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori —art.10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n.109 – legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria – documentazione presentata dopo il termine dei 10 giorni – confermata la perentorietà del termine – il tipo di requisiti da comprovare sono noti – previsione anche nel bando – nessun ricorso alla lex specialis

Decisione primo grado

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 31 luglio 2002, n. 3279*****

Esito del giudizio di appello:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello, compensando le spese; per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado;

Conseguenze operative:

Anche se la disposizione dell'art. 10, comma 1 quater, non qualifica espressamente il termine come perentorio; tuttavia, la natura perentoria di un termine ben può desumersi da un'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla specifica disposizione: e l'automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni non può che orientare per la perentorietà del termine medesimo. Ciò non senza rilevare che il termine che ne occupa è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara; che la norma stessa prevede la richiesta documentale in prossimità dell'apertura delle buste contenenti le offerte (adempimento, questo, caratterizzato da ovvie esigenze di celerità); che la documentazione, per essere indicata nel bando o nella lettera d'invito, è ben nota al concorrente e che è quindi configurabile un onere di premunirsi in maniera tempestiva per l'eventualità della richiesta stessa. Va ancora osservato che una qualificazione del termine come meramente sollecitatorio sarebbe in ogni caso incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

LMP

sul ricorso in appello n.10544/02 proposto dal Comune di San Giuliano Milanese, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Riccardo Marletta e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliato in Roma presso il secondo in Via Confalonieri n. 5;

CONTRO

**** s.c.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Sergio Colombo e Michele Pallottino, ed elettivamente domiciliata in Roma. Presso il secondo in Piazza Martiri di Belfiore, n. 2;

E NEI CONFRONTI DI

**** s.p.a., non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Milano, Sezione III, n. 3279/02 del 31 luglio 2002;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 13 maggio 2003, il Consigliere Marco Lipari;

Uditi gli avv.ti Manzi e Pallottino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La sentenza appellata, in accoglimento del ricorso proposto dalla **** scarl, ha annullato la comunicazione in data 4 luglio 2000, n. 22978, adottata dal comune di San Giuliano, nella parte in cui dispone l'escussione della cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente.

Il comune contesta la decisione di primo grado.

L'appellata resiste al gravame.

DIRITTO

Il Comune di San Giuliano Milanese bandiva un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori di costruzione della palestra.

La ****, quale mandataria dell'associazione temporanea con l'impresa **** s.r.l., presentava la propria offerta.

L'amministrazione comunale, in applicazione dell'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/1994, chiedeva alla **** di comprovare i requisiti necessari per la partecipazione. Ma poiché l'impresa ometteva di produrre la documentazione prescritta nel termine di dieci giorni, il comune escludeva l'impresa e provvedeva all'escussione della cauzione.

Secondo il tribunale, il provvedimento è illegittimo, perché il termine di dieci giorni stabilito dalla legge n. 109/1994 per l'esecuzione degli adempimenti documentali richiesti dall'amministrazione ha carattere non perentorio e non assume rilievo, comunque, l'indicazione espressa in tal senso dal bando.

La tesi del tribunale non è condivisibile.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, pienamente condivisa dalla Sezione, si è ormai consolidata nel senso della perentorietà del termine stabilito dall'articolo 10, comma 1-quater, della legge n. 109/1994.

Le acquisizioni giurisprudenziali sul punto, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, depongono invero per la perentorietà del termine fissato dalla norma (IV Sezione N.1189/2003, VI Sez., 18 maggio 2001, n. 2780; V Sez., 24 aprile 2002, n. 2207; C.G.A.R.S. 28 gennaio 2002, n. 44.).

Secondo tale orientamento, "è ben vero che la disposizione dell'art. 10, comma 1 quater, non qualifica espressamente il termine come perentorio; tuttavia, la natura perentoria di un termine ben può desumersi da un'espressa comminatoria di decadenza prevista dalla specifica disposizione: e l'automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni non può che orientare per la perentorietà del termine medesimo. Ciò non senza rilevare che il termine che ne occupa è posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara; che la norma stessa prevede la richiesta documentale in prossimità dell'apertura delle buste contenenti le offerte (adempimento, questo, caratterizzato da ovvie esigenze di celerità); che la documentazione,

per essere indicata nel bando o nella lettera d'invito, è ben nota al concorrente e che è quindi configurabile un onere di premunirsi in maniera tempestiva per l'eventualità della richiesta stessa. Va ancora osservato che una qualificazione del termine come meramente sollecitatorio sarebbe in ogni caso incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica.

Quanto alla pretesa rilevanza della non imputabilità del ritardo, il Collegio è meditatamente dell'avviso che, nel silenzio della disposizione, è la stessa qualificazione di perentorietà del termine ad escludere la possibilità che rilevino le cause del ritardo medesimo.

Se un termine è perentorio, e alla sua scadenza è correlata l'automaticità della sanzione, non vi è scusabilità del ritardo che rilevi: un termine perentorio che sia soggetto a dilatazione in ragione della discrezionale valutazione delle cause del ritardo appare invero figura giuridica di dubbia collocazione nell'ordinamento, in mancanza di espressa configurazione normativa in senso diverso.

E va ricordato che, laddove si è ritenuto di introdurre il temperamento della "ipotesi eccezionale" (cfr. VI Sez. n. 2780 del 2001, cit.), non si è andati oltre la comprovata impossibilità, per l'impresa sottoposta a verifica, di produrre documentazione non rientrante nella sua disponibilità: ipotesi di oggettivo e assoluto impedimento che non ricorre nel caso all'esame della Sezione.

3. In tale quadro, l'avviso espresso dal Consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - che ha ritenuto di riconoscere il beneficio dell'errore scusabile a favore della Simeoli con riguardo a comprovati motivi di salute di familiari del titolare dell'impresa - non appare idoneo a radicare il prospettato vizio di disparità di trattamento e contraddittorietà fra atti (id est, atto dell'Autorità e atto della stazione appaltante), in presenza di una statuizione giudiziale sulla assoluta "inescusabilità" del ritardo. Né può utilmente sostenersi la configurabilità di un'ipotesi di contrasto con i canoni di cui agli artt. 3 e 97 Cost. sotto tali profili.

Secondo l'appellante, la sanzione dell'incameramento della cauzione in favore della stazione appaltante non può essere comminata nell'ipotesi in cui l'Autorità di vigilanza valuti il ritardo incolpevole e conclude il procedimento con un provvedimento di archiviazione; diversamente opinando, si determinerebbe contraddittorietà tra atti, consistente nella diversa ratio delle sanzioni, l'una diretta a punire la mera inottemperanza nel termine perentorio e l'altra a sanzionare solo le omissioni colpevoli e fraudolente; la disparità di trattamento si determinerebbe fra le due Amministrazioni perché consentirebbe alla prima di incamerare la cauzione in ogni caso e, all'altra, di comminare la sanzione pecuni**** solo dopo aver valutato l'elemento psicologico del comportamento assunto dal concorrente: una tale interpretazione contrasterebbe con le norme costituzionali in precedenza indicate.

L'assunto ipotizza peraltro, sostanzialmente, una interpretazione della norma che contempla, da un lato, un effetto sanzionatorio automatico correlato alla perentorietà del termine e, dall'altro, una "scusabilità" del ritardo: con conseguente possibile contraddittorietà di determinazioni e disparità di situazioni; e solo per l'ipotesi che prevalga tale interpretazione si solleva la relativa questione di costituzionalità.

Senonché, nell'interpretazione accolta dal Collegio, non vi è spazio per profili di "scusabilità" del ritardo: il che priva in radice la tesi prospettata di uno dei presupposti cardine della paventata contraddittorietà e disparità e ne comporta la manifesta infondatezza."

La Sezione condivide pienamente l'orientamento interpretativo ricordato e osserva che, comunque, nel caso di specie, vi è una espressa previsione in tal senso del bando di gara, che non risulta essere stata tempestivamente impugnata dalla ricorrente.

L'accoglimento del motivo di appello concernente il merito della decisione impugnata rende superfluo l'esame degli altri mezzi di gravame, concernenti l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese possono essere compensate.

Per Questi Motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello, compensando le spese;

per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado;
ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 maggio 2003,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 21 ottobre 2003

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 31 luglio 2002, n. 3279

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. III - ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 4344/2000 proposto da **** s.c.r.l., in proprio e quale mandat**** del raggruppamento temporaneo di imprese con **** s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avvocato Sergio Colombo ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Cesare Battisti n. 8;

contro

il Comune di San Giuliano Milanese, in persona del Sindaco pro tempore, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocato Ricardo Marletta ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Corso Manforte n. 39;

e nei confronti

di, **** s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

della comunicazione in data 4.7.2000 prot. n. 22978, nella parte in cui dispone di procedere all'escussione della cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente per la partecipazione alla gara ed informa la ricorrente stessa di aver provveduto ad effettuare la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici;

della raccomandata in data 26.7.2000 con cui il Comune ha respinto la richiesta di avanzata dalla ricorrente di interrompere il procedimento;

della raccomandata in data 1.8.2000 con cui il Comune ha chiesto l'escussione della cauzione provvisoria;

della comunicazione in data 15.3.2000 del Comune di San Giuliano Milanese;

di tutti gli atti connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie pretese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito, alla pubblica udienza del 29 maggio 2002, il relatore dott. Raffaello Sestini;

Uditi altresì i difensori delle parti;

Considerato:

- che la ricorrente partecipava in associazione temporanea con l'impresa **** s.r.l. all'asta pubblica per l'affidamento dei lavori di costruzione di una palestra e delle opere ad essa complementari presso il complesso scolastico di Zivido, per un importo a base d'asta di lire 2.692314.215, ma veniva esclusa a causa della mancata presentazione, nei termini, di parte della documentazione richiesta previo sorteggio, in sede di verifica ai sensi dell'art. 10 della legge n. 109/1994;

- che ciò determinava altresì l'applicazione delle sanzioni previste dalla medesima disposizione da parte del Comune, che il 1 agosto 2000 chiedeva l'escussione della polizza fideiussoria rilasciata a titolo di

cauzione provvisoria ed informava l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai fini degli ulteriori provvedimenti previsti;

- che l'impresa ricorrente prestava acquiescenza alla disposta esclusione dalla gara ma impugnava davanti a questo Tribunale l'applicazione delle predette sanzioni, chiedendone la sospensione;

- che dei documenti mancanti, quelli relativi all'iscrizione di **** all'Albo nazionale costruttori venivano forniti dopo pochi giorni, mentre quelli relativi all'impresa associata **** s.r.l. pervenivano solo in corso di giudizio, dopo che questo Tribunale aveva respinto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati;

- che la ricorrente addebita la tardiva presentazione della documentazione di **** s.r.l. alla responsabilità dell'Amministrazione, che non aveva richiesto la documentazione anche a tale impresa pur trattandosi di associazione di imprese non ancora costituita;

- che con il ricorso vengono dedotti il vizio di violazione di legge con riferimento alla legge n. 109/1994 (art. 10, comma 1 quater), nonché il vizio di eccesso di potere per difetto dei presupposti per l'applicazione della sanzioni in esame, avendo la ricorrente, sia pur tardivamente, comprovato i propri requisiti;

- che la ricorrente argomenta, in particolare, il carattere non perentorio del termine di 10 giorni fissato dal citato art. 10 per la trasmissione dei documenti comprovanti i requisiti già dichiarati dalle imprese poi sorteggiate nel corso della gara. Ciò, in considerazione sia della lettera della norma, che pone il termine di 10 giorni per fornire i documenti, ma che poi collega le previste sanzioni al fatto che la prova dei requisiti dichiarati non sia fornita, senza riferirsi ad alcun termine, sia della finalità della norma stessa, che è volta ad evitare che imprese prive dei necessari requisiti partecipino alle pubbliche gare alterandone l'andamento, e non a sanzionare il mero ritardo nell'adempimento degli oneri probatori da parte di imprese comunque in possesso dei predetti requisiti. Ciò sarebbe altresì conforme all'interesse pubblico a garantire la massima partecipazione alle pubbliche gare ed al conseguente indirizzo giurisprudenziale volto a considerare illegittima l'esclusione dalle gare per l'inosservanza di prescrizioni meramente formali, nonché alla direttiva 93/37/CEE, che non prevede la possibilità dei committenti di chiedere la produzione di documenti in via preliminare rispetto all'aggiudicazione;

- che, secondo la ricorrente, l'attribuzione di natura perentoria al previsto termine di 10 giorni contrasterebbe altresì sia con le norme della legge n. 241/1990 volte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, sia con le disposizioni del codice civile che impediscono di prevedere termini di adempimento vessatori per la loro brevità, e determinerebbe inoltre una illogica disparità di trattamento rispetto all'aggiudicatario, rispetto al quale il termine di 10 giorni per la trasmissione della medesima documentazione è concordemente considerato ordinario;

- che a conforto della propria tesi viene altresì citata la giurisprudenza che ammette la possibilità di concedere un termine ulteriore per la regolarizzazione della documentazione prodotta (TAR Piemonte, sentenza n. 69/2000), che consente di prorogare il termine di 10 giorni in presenza di comprovate ragioni e che interpreta la norma in esame senza correlare automaticamente l'applicazione delle sanzioni all'inosservanza del termine (TAR Lombardia, ordinanze n. 2766/2000 e 3841/2000);

- che il Comune intimato, costituitosi in giudizio, eccepisce preliminarmente l'irricevibilità per tardività del ricorso, in quanto il bando di gara, non impugnato in termini e neppure mai impugnato con il ricorso in epigrafe, precisava espressamente che alle imprese sorteggiate ai sensi dell'art. 10 della legge n. 109/1994 sarebbe stato richiesto di esibire la documentazione entro il termine "perentorio" di 10 giorni e che si sarebbe provveduto ad operare le eventuali esclusioni e le sanzioni previste;

- che per il Comune il ricorso sarebbe altresì inammissibile sotto il profilo della carenza di interesse della ricorrente alla definizione dell'unico motivo di impugnazione, volto ad affermare la non perentorietà del termine di 10 giorni, stante la mancata, e non tardiva, allegazione dei documenti relativi alla impresa mandante ****, pur preannunciati dalla ricorrente con fax del 10.7.2000;

- che il ricorso, a giudizio del Comune, sarebbe infine infondato nel merito, stante la tassatività da riconoscere, in conformità alla prevalente giurisprudenza amministrativa, al termine in parola al fine di assicurare la necess**** speditezza delle gare pubbliche e, più in generale, dell'attività amministrativa;

- che la controversia concerne in realtà esclusivamente la escussione della polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria, avendo la ricorrente prestato acquiescenza alla propria esclusione ed avendo l'Autorità per i lavori pubblici archiviato la segnalazione avanzata dall'Amministrazione ai fini

dell'eventuale applicazione di ulteriori sanzioni, e che per quanto concerne le vicende della predetta escussione resta salva la giurisdizione del giudice ordinario;

- che per quanto concerne la competenza di questo Tribunale, il punto nodale della controversia, nel merito, concerne il carattere ordinario ovvero perentorio del termine di 10 giorni previsto dal citato art. 10 legge n. 109/1994;

- che al riguardo questo Tribunale, pur in presenza di una giurisprudenza ancora non univoca, ha avuto più volte modo di pronunciarsi nel senso della non tassatività del predetto termine, in ragione delle precipue finalità della norma di riferimento ed alla luce dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto al fine pubblico che devono guidare l'attività amministrativa, e che tali considerazioni appaiono ancor più pregnanti in relazione all'incameramento della cauzione, per cui non valgono le medesime ragioni, di speditezza amministrativa nella conclusione della gara, poste a base della tesi circa la tassatività del termine;

- che occorre peraltro prima esaminare le questioni pregiudiziali eccepite dal Comune;

- che la prima eccezione, di tardività del ricorso, deve essere disattesa, considerato che anche la previsione del bando di gara non può non essere interpretata in conformità alla norma di legge di riferimento, e che quindi il mero riferimento alla perentorietà del termine senza indicarne le conseguenze non appare immediatamente lesivo ai fini che qui interessano;

- che la seconda eccezione deve invece essere accolta, in quanto risulta in atti e non è controversa fra le parti la circostanza che parte dei documenti è giunta solo dopo la proposizione del ricorso e lo svolgimento in sede cautelare del presente giudizio, e che quindi al momento dell'instaurazione del giudizio la ricorrente non risultava aver affatto ottemperato alla prescrizione in esame. Appare quindi evidente la mancanza di un interesse attuale protetto dall'ordinamento alla definizione dell'unico motivo di impugnazione, atteso che, anche qualora il termine di adempimento non fosse ritenuto perentorio, ciò non potrebbe comunque esimere l'Amministrazione dall'applicazione della sanzione prevista in caso (non di tardivo adempimento bensì) di inadempimento totale;

- che neppure può essere accolta, a giudizio del Collegio, la causa esimente addotta, concernente la mancata richiesta dei documenti anche all'impresa mandante, alla luce sia del mandato dalla stessa conferito ai fini della rappresentanza dinanzi all'Amministrazione nella procedura di gara in esame (rappresentanza che del resto la ricorrente attiva anche ai fini della proposizione del ricorso in epigrafe), sia della circostanza che, come risulta in atti, la ricorrente aveva comunque assunto nei confronti dell'Amministrazione l'onere di provvedere alla raccolta ed all'invio dei documenti ancora mancanti e relativi alla mandante;

- che alla luce sia del principio di ragionevolezza e buon andamento che deve informare lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, sia del principio di buona fede che deve caratterizzare le trattative contrattuali, il ricorso non può quindi essere dichiarato ammissibile;

- che in relazione alla complessità del caso le spese possono essere integralmente compensate fra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. III, dichiara inammissibile il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa;

Così deciso in Milano, nelle Camere di Consiglio del 29 maggio 2002 e del 26 giugno 2002 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Ezio M**** Barbieri - Presidente

Mario Mosconi - magistrato

Raffaello Sestini - magistrato - estensore