

Requisiti speciali : qualora dalla documentazione proveniente da altri organi pubblici la situazione non risulti chiara, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di richiedere ulteriori precisazioni

Il soggetto aggiudicatore deve segnalare all'offerente che non risulta univocamente il possesso del requisito, legittima l'escussione della provvisoria solo se non resi o insoddisfacenti i relativi chiarimenti

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione VI, decisione numero 5503 del 29 settembre 2003

Parole chiave:

appalti di lavori —art.10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n.109 – incameramento della cauzione provvisoria – documentazione presentata dopo il termine perentorio dei 10 giorni – insussistenza dei requisiti di partecipazione - **vizio di eccesso di potere per insufficiente istruttoria** - – obbligo di richiedere ulteriori chiarimenti – se situazione non chiara dai documenti pervenuti da altre amministrazioni -

Decisione primo grado

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. I, 22 ottobre 2002, n. 6555 di accoglimento avverso il ricorso di applicazione delle sanzioni di cui all'art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i.

Esito del giudizio di appello:

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello nei sensi di cui in motivazione

Conseguenze operative:

Nel corso del subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti da parte degli offerenti sorteggiati, il soggetto aggiudicatore e l'offerente sorteggiato sono tenuti ad alcuni adempimenti formali

L'offerente, a seguito della richiesta, entro dieci giorni deve fornire la ulteriore documentazione da cui si possa evincere il suo effettivo possesso dei requisiti.

Nel valutare la documentazione fornita, il soggetto aggiudicatore deve senz'altro dare applicazione alle prescrizioni del bando ed escludere dalla gara l'offerente che abbia presentato tardivamente la documentazione ovvero non abbia comprovato la sussistenza di un requisito.

Possono esservi però casi in cui non risulti del tutto chiara la situazione in cui si trova l'offerente, poiché dalla documentazione tempestivamente fornita – e proveniente da organi pubblici – emergono serie questioni interpretative sul concreto contenuto di un certificato e sulla effettiva sussistenza di un requisito, risolvibili solo in seguito ad approfondimenti istruttori.

In tal caso, senza pregiudizio per la rapidità del procedimento di gara e in base ad una regola di buona amministrazione (che si basa sull'esigenza di evitare ingiustificate conseguenze lesive per l'offerente nel caso di immediata conclusione del subprocedimento che lo riguarda), il soggetto aggiudicatore deve segnalare all'offerente che non risulta univocamente il possesso del requisito.

L'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità possono poi essere disposti, qualora non siano resi o siano insoddisfacenti i relativi chiarimenti (acquisiti anche per il tramite della diversa Amministrazione che ha rilasciato il certificato).

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 n. 1838 del 2003, proposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12,

contro

la s.r.l. Cooperativa ****, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Abbamonte ed Ezio Maria Zuppari, con i quali è elettivamente domiciliato in Roma, alla via Porro n. 8,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. I, 22 ottobre 2002, n. 6555, e per la reiezione del ricorso di primo grado n. 2378 del 2001;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della s.r.l. Cooperativa ****, depositata in data 14 marzo 2003, integrata con una memoria depositata in data 6 giugno 2003;

Vista l'ordinanza della Sezione Quarta, 9 maggio 2001, n. 2739, con

cui è stata accolta la domanda cautelare, come riformulata in grado d'appello;

Vista l'ordinanza di questa Sezione di data 17 giugno 2003, con cui è stata respinta la domanda incidentale formulata dall'appellante ai sensi dell'art. 33 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti all'udienza del 17 giugno 2003;

Uditi l'avvocato dello Stato Spina per il Ministero appellante e l'avvocato Orazio Abbamonte per la società appellata, su delega dell'avvocato Giuseppe Abbamonte;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

1. Il Presidente della giunta regionale della Campania, quale commissario di Governo, ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori relativi ad un lotto aggiuntivo di lavori di sistemazione di

un canale, nel territorio del Comune Episcopio in Sarno, ed ha delegato all'esperienza della gara il Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania.

Alla gara ha partecipato, tra le altre, la s.r.l. Cooperativa ****, che ha presentato la cauzione provvisoria per l'importo di lire 22.135.000.

In applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il Provveditorato alle opere pubbliche ha chiesto alla società di comprovare il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara e dichiarati in sede di offerta.

Col provvedimento di data 2 febbraio 2001, il Provveditorato ha rilevato che la società non ha comprovato il requisito di cui al punto II, lettera b), del bando (riguardante l'esecuzione di lavori con esito positivo, nella categoria OS 21 per l'importo non inferiore al 40% di lire 1.073.111.149) ed ha disposto l'incameramento della cauzione.

2. Col ricorso n. 2378 del 2001, proposto al TAR per la Campania, la s.r.l. Cooperativa **** ha impugnato il provvedimento di data 2 febbraio 2001 e ne ha chiesto l'annullamento.

Nel corso del giudizio, in riforma della ordinanza del TAR n. 1421 del 2001, la Sezione Quarta di questo Consiglio ha accolto la domanda cautelare della società ed ha sospeso la riscossione della cauzione e la segnalazione all'autorità di vigilanza.

Il TAR, con la sentenza n. 6555 del 2002, ha accolto il ricorso ed ha annullato l'atto impugnato.

3. Con l'appello in esame, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, sia respinto il ricorso di primo grado.

La società si è costituita in giudizio ed ha chiesto che l'appello sia respinto.

Con una memoria depositata in data 6 giugno 2003, la società ha insistito nelle già formulate conclusioni.

4. Alla udienza del 17 giugno 2003 la causa è stata trattenuta in decisione e la Sezione ha respinto la domanda incidentale dell'appellante, il cui esame era stato abbinato alla definizione della lite.

Diritto

1. Il Presidente della giunta regionale della Campania, quale commissario di Governo, ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori relativi ad un lotto aggiuntivo di lavori di sistemazione di un canale, nel territorio del Comune Episcopio in Sarno, ed ha delegato all'esperienza della gara il Provveditorato alle opere pubbliche per la Campania.

Il Provveditorato alle opere pubbliche, col provvedimento impugnato in primo grado, di data 2 febbraio 2001, ha disposto l'incameramento della cauzione depositata dalla società appellata, di cui ha verificato (in applicazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109) il mancato possesso di uno dei requisiti richiesti nel bando di gara e dichiarati in sede di offerta.

In particolare, il Provveditorato ha rilevato che la società non ha comprovato il requisito di cui al punto II, lettera b), del bando (riguardante l'esecuzione di lavori con esito positivo, nella categoria OS 21 per l'importo non inferiore al 40% di lire 1.073.111.149).

In accoglimento del ricorso di primo grado, il TAR per la Campania ha annullato il provvedimento di incameramento della cauzione, rilevando che:

- nel corso del giudizio, il certificato prodotto dalla società nel corso della gara – da cui non si evinceva univocamente che i lavori erano stati eseguiti regolarmente e con buon esito - è stato integrato da un'altra certificazione, da cui risulta l'effettivo possesso del requisito inerente alla categoria OD 21;

- il Provveditorato è incorso in un eccesso di potere, poiché ha disposto l'incameramento della cauzione senza chiedere chiarimenti e senza consentire alla società di fornire precisazioni o ulteriori documenti in ordine al contenuto del certificato presentato tempestivamente.

2. Col gravame in esame, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado sia respinto, poiché:

- in base all'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, il Provveditorato doveva disporre l'incameramento della cauzione, e disporre la segnalazione alla Autorità di vigilanza, per il solo fatto che era risultata l'insussistenza del requisito richiesto dal bando di gara;

- per le esigenze di celerità della procedura, nella specie riguardanti lavori di somma urgenza, il Provveditorato non aveva l'obbligo di chiedere chiarimenti o disporre supplementi di istruttoria, non sussistendo neppure l'obiettiva necessità di chiarimenti non imputabile al concorrente;

- contrariamente a quanto ha rilevato il TAR, in concreto vi è stato un rallentamento della procedura, poiché la società col ricorso di primo grado ha impugnato anche l'atto di esclusione in quanto tale, anche se successivamente ha rinunciato a tale impugnazione.

3. Ritiene la Sezione che le censure dell'appellante (da esaminare congiuntamente per la loro connessione) risultano infondate e vanno respinte, anche se hanno posto in evidenza l'insufficienza della motivazione della gravata sentenza.

3.1. L'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994 dispone che, a seguito del relativo sorteggio, l'offerente deve "comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta..., 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", e che, "quando tale prova non sia fornita, ... 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 sua competenza.

Da tale normativa, emerge che, nel corso del subprocedimento di verifica del possesso dei requisiti da parte degli offerenti sorteggiati, il soggetto aggiudicatore e l'offerente sorteggiato sono tenuti ad alcuni adempimenti formali.

L'offerente, a seguito della richiesta, entro dieci giorni deve fornire la ulteriore documentazione da cui si possa evincere il suo effettivo possesso dei requisiti.

Nel valutare la documentazione fornita, il soggetto aggiudicatore deve senz'altro dare applicazione alle prescrizioni del bando ed escludere dalla gara l'offerente che abbia presentato tardivamente la documentazione ovvero non abbia comprovato la sussistenza di un requisito.

A differenza dell'atto di esclusione, le ulteriori determinazioni dell'incameramento della cauzione e della segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza – per la loro funzione lato sensu sanzionatoria, per i relativi aspetti patrimoniali e di immagine - possono essere disposte quando risulti la sostanziale scorrettezza dell'offerente, ad esempio perché non sia stato rispettato il termine di dieci giorni per la presentazione della documentazione ovvero risulti insussistente il requisito di partecipazione.

Possono esservi però casi in cui non risulti del tutto chiara la situazione in cui si trova l'offerente, poiché dalla documentazione tempestivamente fornita – e proveniente da organi pubblici – emergono

serie questioni interpretative sul concreto contenuto di un certificato e sulla effettiva sussistenza di un requisito, risolvibili solo in seguito ad approfondimenti istruttori.

In tal caso, senza pregiudizio per la rapidità del procedimento di gara e in base ad una regola di buona amministrazione (che si basa sull'esigenza di evitare ingiustificate conseguenze lesive per l'offerente nel caso di immediata conclusione del subprocedimento che lo riguarda), il soggetto aggiudicatore deve segnalare all'offerente che non risulta univocamente il possesso del requisito.

L'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità possono poi essere disposti, qualora non siano resi o siano insoddisfacenti i relativi chiarimenti (acquisiti anche per il tramite della diversa Amministrazione che ha rilasciato il certificato).

3.2. Nella specie, è avvenuto che, a seguito del sorteggio, il Provveditorato ha chiesto all'appellata di comprovare i prescritti requisiti, tra cui quello della "esecuzione di lavori appartenenti alla categoria prevalente OS 21 per un importo non inferiore al 40% di lire 1.073.111.149".

Entro il prescritto termine perentorio e per comprovare il possesso di tale requisito, la società appellata (in aggiunta ad un certificato di data 20 gennaio 2000, concernente lavori di restauro e risanamento conservativo in zona universitaria) ha esibito un "certificato di esecuzione lavori" di data 9 gennaio 2001, concernente lavori di viabilità della via Quattrograna di Avellino.

Il Provveditorato non ha considerato soddisfacente tale certificato, poiché esso:

- ha indicato la sola categoria OG3 nella prima facciata, mentre nella seconda ha richiamato la categoria OS 21, per l'importo di lire 1.625.114.534, ritenuto "non coerente con i dati riportati nelle restanti parti del certificato";

- ha rilevato che i lavori sono stati eseguiti e non sono stati collaudati, senza attestare che essi sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito.

Considerato il contenuto del certificato prodotto in sede amministrativa entro il prescritto termine di dieci giorni, la Sezione condivide la valutazione del TAR, secondo cui il Provveditorato avrebbe dovuto consentire alla appellata di fornire chiarimenti.

Poiché il certificato di data 9 gennaio 2001 – in aggiunta a quello di data 20 gennaio 2000 - ha specificamente indicato la categoria OS 21 ed il relativo importo, ed ha altresì dato atto della avvenuta materiale esecuzione dei lavori, la determinazione di concludere senz'altro la fase del procedimento ha condotto ad un giudizio - sulla mancata prova della sussistenza del requisito - non fondato su obiettive e univoche risultanze

Risulta pertanto sussistente il dedotto vizio di eccesso di potere per insufficiente istruttoria.

3.3. Dopo la proposizione del ricorso di primo grado la società ha voluto comprovare la sostanziale sussistenza del contestato requisito, con una richiesta formulata in data 15 febbraio 2001 al direttore dei lavori di viabilità di via Quattrograna di Avellino, che ha rilasciato un ulteriore certificato di data 27 febbraio 2001, che ha chiarito le categorie dei lavori effettuati e l'avvenuta esecuzione delle opere, ancora non collaudate.

Tale certificato è stato oggetto di opposte valutazioni: la sentenza impugnata lo ha interpretato quale elemento decisivo per ritenere effettivamente sussistente il requisito previsto nel bando, mentre il Ministero nel suo atto di appello ha svolto alcune contestazioni sulla sostanziale idoneità del certificato a comprovare l'effettiva sussistenza del contestato requisito di partecipazione alla gara.

Al riguardo, osserva la Sezione che non rileva in questa sede verificare – in via incidentale e con ampliamento dell’oggetto del giudizio di primo grado – se il certificato rilasciato in data 27 febbraio 2001 sia tale da aver definitivamente chiarito l’effettiva sussistenza del requisito dichiarato nel corso della gara.

Ogni relativa valutazione rientra esclusivamente nell’ambito dei poteri del Provveditorato, ai sensi dell’art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, in sede di rinnovazione del procedimento.

4. Per le ragioni che precedono, l’appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata, con una motivazione parzialmente diversa.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l’appello n. 1838 del 2003 nei sensi di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 17 giugno 2003, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada,

***** Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. I, 22 ottobre 2002, n. 6555

REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
 Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
 Napoli (sezione I^a)
 composto dai Giudici:

Giancarlo Coraggio - Presidente
 Angelo Scafuri - Consigliere rel.est.
 Sergio De Felice - Primo Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2378/2001 R.G. proposto dalla Cooperativa **** a r.l.,
 in persona del rappresentante legale p.t., rappresentato e difeso dall’avv. E.M. Zuppari, presso il cui studio è elettivamente domiciliato;

c o n t r o

il Provveditorato alle Opere Pubbliche della Campania, in persona del rappresentante legale p.t., costituitosi in giudizio con il patrocinio dell’Avvocatura distrettuale dello Stato, presso la quale per legge è domiciliato;

per l’annullamento

del provvedimento di esclusione n. 72/Sarno/F del 2.2.2001 e del verbale di gara relativo all'appalto del "Lotto aggiuntivo di somma urgenza per il completamento della sistemazione del canale 4-8 nel tratto compreso tra il viale Cortedonico e la Vasca Petrarò" nonché dell'eventuale comunicazione all'Autorità di Vigilanza sugli Appalti di Opere Pubbliche e per il risarcimento del danno;

VISTO il ricorso, notificato in data 28 febbraio 2001 e depositato in data 2 marzo 2001, con i relativi allegati;

VISTO gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

VISTO le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive pretese;

VISTO gli atti tutti di causa;

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2001 relatore il Cons. Scafuri e presenti gli avvocati di cui al relativo verbale;

RITENUTO e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La cooperativa ricorrente si duole dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, disposti, in una all'esclusione dalla gara in epigrafe indicata, per l'esito negativo della verifica ex art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/1994.

Al riguardo deduce violazione di legge ed eccesso di potere.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio ed ha resistito al ricorso a mezzo dell'Avvocatura distrettuale dello Stato.

L'istanza cautelare è stata respinta ma accolta in appello dal Consiglio di Stato.

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2001 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

La ricorrente è stata fatta oggetto delle sanzioni impugnate in quanto il certificato del Comune di Avellino prodotto non è stato ritenuto esauriente in ordine al prescritto possesso dell'esecuzione di lavori nella categoria prevalente OS21 per un importo non inferiore al 40% di quello appaltato dei lavori a misura, pari a L. 1.073.111.149.=

Più precisamente l'indicazione di lavori appartenenti alla categoria OS21 per un importo pari a L. 1.625.114.534 non è stato ritenuto "coerente con i dati riportati nelle restanti parti del certificato, dove è espressamente indicata come categoria d'appalto la sola categoria OG3, dove sono riportati importi di lavori eseguiti dall'Edil Europa srl" – azienda ceduta alla ricorrente – "del tutto diversi. Né è tantomeno attribuibile all'Edil Europa srl parte dei lavori ricondotti a detta categoria, in difetto di qualsiasi specifica indicazione nel certificato stesso". In aggiunta a ciò la Commissione di gara ha rilevato che "il certificato non contiene l'attestazione che i lavori sono stati eseguiti regolarmente e con buon esito. Anzi i lavori sono dichiarati non collaudabili per motivi imputabili all'impresa".

In altri termini la Commissione contesta il contenuto del certificato rilasciato dal Comune di Avellino.

Avverso tale valutazione la società ricorrente sostiene al contrario che il certificato è chiaro ed univoco e che in ogni caso avrebbero dovuto chiedersi chiarimenti, quantomeno direttamente all'Amministrazione che ha rilasciato detto certificato. Deduce altresì che è stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento.

Come rilevato in sede di appello dall'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, la ricorrente ha dimostrato in corso di causa il possesso del requisito sostanziale richiesto dalla lex specialis.

Infatti ha ottenuto dal Comune di Avellino che aveva rilasciato il certificato in contestazione ulteriore certificazione che, unitamente ad altra già prodotta in sede di gara, ha fugato ogni dubbio in proposito e comprovato il possesso del requisito inerente alla categoria OS21 (cfr. memoria del 21.3.2001).

Osserva il Collegio che il "thema decidendum" non verte pertanto sul possesso del requisito bensì sui poteri della stazione appaltante, in sede di verifica ex art. 10 comma 1-quater della legge n. 109/1994, in ordine alla dimostrazione del medesimo mediante un certificato che risulti essere impreciso.

In altri termini l'Amministrazione non contesta la veridicità della dichiarazione rilasciata dalla ricorrente bensì l'idoneità del certificato prodotto a confermarla; dal suo canto la ricorrente – giova ribadirlo - non contrasta l'esclusione dalla gara bensì l'adozione delle sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

In tale evenienza appare maggiormente rispondente alla ratio della norma in questione – volta ad assicurare che alla gara partecipino soggetti non solo in possesso dei requisiti sostanziali ma anche che,

rendendo all'amministrazione dichiarazioni veritiere, non precludano alla stessa l'apprezzamento del valore di determinati fatti - ritenere che l'Amministrazione eserciti la sua facoltà di chiedere chiarimenti o quantomeno motivi sulla opportunità di non farvi ricorso.

Invero se tra le finalità della norma in commento v'è quella di sanzionare il concorrente che abbia reso dichiarazioni infedeli, risulterebbe illogico e sproporzionato far ridondare a carico del medesimo imperfezioni ed imprecisioni dovute esclusivamente all'Amministrazione terza che abbia rilasciato la certificazione probatoria,

In tale ipotesi, allorché si ripete sia stata prodotta la certificazione richiesta ma questa non sia stata ritenuta chiara ed univoca, occorre ammettere l'impresa concorrente a fornire i chiarimenti e le precisazioni necessarie, se del caso anche interpellando direttamente l'Amministrazione terza ed invitandola al perfezionamento ed integrazione del certificato.

Tale soluzione costituisce l'opportuno equilibrio tra il fine di verificare compiutamente la serietà e correttezza dell'impresa partecipante - sanzionandola con l'escussione e la segnalazione all'Autorità solo in ipotesi di effettiva responsabilità - e l'esigenza di non recare intralcio alla conclusione delle operazioni di gara, non compromesse come nella specie dalla mancanza di impugnativa avverso il provvedimento di esclusione.

Sotto questo profilo il ricorso può dirsi fondato.

Sussistono i motivi per disporre la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania-sede di Napoli, sez.I,

ACCOGLIE

il ricorso in epigrafe proposto dalla “***** coop. a r.l.” e, per l'effetto, pronuncia l'annullamento dei provvedimenti impugnati.