

Il termine perentorio dei 10 giorni di cui all'art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i. vale solo per le ditte sorteggiate: l'inosservanza comporta (anche) l'escussione della provvisoria

Solo per l'aggiudicatario provvisorio, l'amministrazione ha la facoltà di decidere, sul bando, il termine, perentorio o dilatorio o sollecitatorio, di presentazione della documentazione sui requisiti speciali nonché l'eventuale integrazione

### **Sintesi di Consiglio di stato, V sez., n. 3358 del 16 giugno 2003**

Parole chiave:

---

Appalti di lavori – sorteggio per la verifica dei requisiti di ordine speciale - art. 10, comma 1°, quater, della legge 109/94 s.m.i. – termine perentorio dei 10 giorni – l' inosservanza comporta: esclusione della procedura, segnalazione all'autorità, escussione della provvisoria – vale solo per le ditte sorteggiate – per l'aggiudicatario provvisorio, vale la discrezionalità dell'amministrazione – viene rispettata la par conditio perché ad aggiudicazione provvisoria avvenuta, esiste un solo “concorrente” – facoltà dell'amministrazione di richiedere eventuali integrazioni alla documentazione

Esito del giudizio:

---

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo rigetta con conferma della sentenza appellata (Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche n. 5/2001)

Il quesito posto dal ricorrente:

---

Il termine perentorio di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i., la cui inosservanza comporta tre conseguenze (esclusione, segnalazione all'Autorità, escussione provvisoria) si applica, oltre alle ditte sorteggiate, anche all'aggiudicatario provvisorio?

La risposta dei giudici:

---

La disposizione in esame non contiene alcun riferimento al rispetto del termine fissato nella prima parte della disposizione stessa a carico dei sorteggiati, da parte dell'aggiudicatario il cui termine fissato dall'Amministrazione appaltante è sollecitatorio, tende a conseguire una rapida conclusione del procedimento di gara ma è liberamente determinabile da parte della stessa Amministrazione nella sua entità e nelle conseguenze derivanti dal suo mancato rispetto.

Conseguenze operative:

---

E' necessario puntualizzare che in forza di tale disciplina speciale della gara in esame, mentre non è dubbio che l'Amministrazione appaltante si sia risolta esplicitamente per la qualificazione della perentorietà del termine nelle prime due ipotesi qui sopra indicate (presentazione delle offerte e della documentazione richiesta ai sorteggiati ai sensi dell'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109/94), non altrettanto può dirsi per la richiesta dei documenti all'aggiudicatario provvisorio, fattispecie per la quale, data la sua oggettiva diversità rispetto alle altre due prese in esame, doveva essere espressamente indicata la qualificazione della natura perentoria del termine assegnato non potendo supplire il mero richiamo alla disciplina contenuta nell'art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/94 che, pur estendendo all'ipotesi qui considerata la disciplina prevista in modo espresso per la richiesta dei documenti ai partecipanti sorteggiati, non contiene alcuna indicazione specifica sulla natura del termine in questione.

E', quindi, consentito all'Amministrazione non solo di fissare un termine perentorio ovvero indicare semplicemente un termine dilatorio per gli adempimenti in parola ma, sulla base della valutazione

degli interessi pubblici considerati prevalenti, anche di consentire integrazioni della documentazione o correzioni della stessa per agevolare la prova della sussistenza dei requisiti richiesti da parte del soggetto risultato vincitore nel confronto concorrenziale e quindi più idoneo alla esecuzione dei lavori (in questo senso anche l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 15/2000).

Nel merito appare corretta la decisione di primo grado qui appellata che ha ben colto l'aspetto essenziale qui evidenziato chiarendo, altresì, in modo parimenti condivisibile, che l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 30 marzo 2000 ha escluso che l'art. 10, comma 1-quater, della legge 109/94 comporti "tout-court" la perentorietà del termine indicato dall'Amministrazione per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario provvisorio, salva rimanendo la facoltà, che nel caso di specie non è stata esercitata, di conferire tale natura al termine in questione discrezionalmente da parte dell'Amministrazione appaltante

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA . IN NOME DEL POPOLO ITALIANO.

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

**D E C I S I O N E**

Sul ricorso in appello n. 2330/2001 del 9 marzo 2001 proposto dal Comune di san Benedetto del Tronto in persona del Sindaco in carica rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Guarino e dall'avv. Luigi Romanucci ed elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio del primo in piazza Borghese n. 3;

**CONTRO**

\*\*\*\* IDROIMPIANTI s. r. l. in proprio e quale mandataria dell'Associazione temporanea di imprese con \*\*\*\* s. r. l.,

e nei confronti

\*\*\*\* s. p. a , già \*\*\*\* s. r. l., in proprio e quale mandataria dell'Associazione di imprese con \*\*\*\* s. p. a . in persona del legale rappresentante non costituitasi;

CONSCOOP, in persona del legale rappresentante non costituitosi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche n. 5/2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati ;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di \*\*\*\* IDROIMPIANTI s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'Associazione di Imprese con \*\*\*\* s. r. l.

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

Visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 28 marzo 2003 la relazione del Consigliere dottor Goffredo Zaccardi e uditi, altresì, gli avvocati C. Malinconico per delega dell'avv. A. Guarino e Ferola.

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

1) I fatti di causa possono darsi per noti come rappresentati puntualmente nell'atto di appello con riserva dei motivi proposto dall'appellante Comune di San Benedetto del Tronto.

2) Appare, tuttavia, utile precisare alcune circostanze in punto di fatto per una migliore comprensione della questione posta all'attenzione al Collegio.

2.1) Con bando di gara in data 9 agosto 2000 il Comune attuale appellante ha indetto una gara pubblica da aggiudicare con il criterio di cui all'art. 21, comma 1°, lett. b) della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (109/94), per la realizzazione dei lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione comunale, 2° lotto, in località Sentina, per un importo a base d'asta di £. 4.919.890.000.

Con nota raccomandata in data undici ottobre 2000 n. 42792, anticipata via fax, il Dirigente del settore lavori pubblici del Comune comunicava alla \*\*\*\* IDROIMPIANTI s. r. l. la provvisoria aggiudicazione dei lavori e chiedeva, ai sensi dell'art. 10, comma 1°, quater, della legge 109/94, la produzione della

documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa entro il termine di 10 giorni (21 ottobre 2000) che definiva perentorio ed a pena di esclusione. La Società attuale appellata, che aveva partecipato alla gara in Associazione temporanea di imprese, quale mandataria, con la \*\*\*\* s. r. l., spediva i documenti con raccomandata del 20 ottobre 2000 che giungeva al Comune di San Benedetto del Tronto il successivo 26 ottobre, quando in sede di verifica la Commissione di gara, riunitasi il 24 ottobre, aveva estromesso la Società medesima ed aggiudicato la gara alla seconda concorrente in graduatoria.

2.2) Il disciplinare di gara, allegato al bando, prevedeva (pag. 5, punto 1. primo capoverso) che “i plichi contenenti l’offerta e le documentazioni, pena l’esclusione dalla gara, devono pervenire, a mezzo di raccomandata ed esclusivamente per mezzo del servizio postale di Stato, entro il termine perentorio ed all’indirizzo di cui al punto 6. del bando” medesimo. Quindi entro il 25 settembre 2000. Disponeva, altresì, il medesimo disciplinare (pag. 8, punto 2. secondo capoverso) che “ai concorrenti sorteggiati....viene richiesto di esibire, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta, la documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi”. Anche per l’esibizione di tale documentazione (pag. 9, punto 2. Lett. D ultimo capoverso) veniva prescritta la modalità della presentazione “per raccomandata esclusivamente per mezzo del servizio postale dello Stato”. Con autonoma disposizione il disciplinare stabiliva, inoltre, che “qualora l’aggiudicatario provvisorio ed il secondo in graduatoria non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, si applicano le disposizioni di cui all’art. 10, comma 1-quater, ultimo periodo. “Il riferimento normativo è con evidenza relativo alla legge 109/94.

2.3) E’ necessario puntualizzare che in forza di tale disciplina speciale della gara in esame, mentre non è dubbio che l’Amministrazione appaltante si sia risolta esplicitamente per la qualificazione della perentorietà del termine nelle prime due ipotesi qui sopra indicate (presentazione delle offerte e della documentazione richiesta ai sorteggiati ai sensi dell’art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109/94), non altrettanto può dirsi per la richiesta dei documenti all’aggiudicatario provvisorio, fattispecie per la quale, data la sua oggettiva diversità rispetto alle altre due prese in esame, doveva essere espressamente indicata la qualificazione della natura perentoria del termine assegnato non potendo supplire il mero richiamo alla disciplina contenuta nell’art. 10, comma 1-quater della legge n. 109/94 che, pur estendendo all’ipotesi qui considerata la disciplina prevista in modo espresso per la richiesta dei documenti ai partecipanti sorteggiati, non contiene alcuna indicazione specifica sulla natura del termine in questione.

La circostanza che il disciplinare di gara non abbia ripetuto anche per questa ultima fase procedimentale la indicazione espressa della perentorietà del termine assegnato assume un significato preciso – nel senso della natura meramente sollecitatoria del termine stesso -nell’ambito di una regolamentazione speciale della gara che ha previsto in tre distinte norme la disciplina delle modalità di presentazione dei documenti di volta in volta richiesti prima ai concorrenti, poi ai sorteggiati ed, infine, all’aggiudicatario provvisorio, precisando solo nei primi due casi la natura perentoria del termine stabilito e rinviando ad una norma generale, che non implica necessariamente la perentorietà del termine, nel terzo caso.

La norma richiamata nel bando (art. 10 comma, 1-quater, ultima parte, della legge 109/94) per disciplinare questa terza ipotesi, infatti, differenzia nettamente il procedimento da seguire per la richiesta dei documenti all’aggiudicatario provvisorio rispetto a quello valido per la richiesta dei documenti ai concorrenti sorteggiati.

In primo luogo il termine di dieci giorni non è assegnato ai concorrenti per presentare la documentazione, ma all’Amministrazione per richiederla all’aggiudicatario provvisorio ed il termine decorre dalla conclusione delle operazioni di gara. Si tratta con evidenza di due fattispecie ben diverse.

In secondo luogo, solo con riguardo al caso che l’aggiudicatario o il secondo graduato “non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni” è prevista l’applicazione delle sanzioni previste nella prima parte dello stesso comma 1-quater per la mancata tempestiva produzione dei documenti da parte dei concorrenti sorteggiati. La disposizione in esame non contiene perciò alcun riferimento al rispetto del termine fissato nella prima parte della disposizione stessa a carico dei sorteggiati da parte dell’aggiudicatario.

Peraltro ciò si spiega agevolmente se si tiene conto che la procedura concorsuale in senso stretto, quella di comparazione dei partecipanti alla gara, si è conclusa con l’aggiudicazione provvisoria ed è

fortemente attenuata l'esigenza di rispettare rigorosamente la "par condicio" tra i concorrenti posto che l'Amministrazione appaltante ha in questo momento di fronte il solo aggiudicatario. Il termine fissato all'Amministrazione appaltante è sollecitatorio, tende a conseguire una rapida conclusione del procedimento di gara ma è liberamente determinabile da parte della stessa Amministrazione nella sua entità e nelle conseguenze derivanti dal suo mancato rispetto. E', quindi, consentito all'Amministrazione non solo di fissare un termine perentorio ovvero indicare semplicemente un termine dilatorio per gli adempimenti in parola ma, sulla base della valutazione degli interessi pubblici considerati prevalenti, anche di consentire integrazioni della documentazione o correzioni della stessa per agevolare la prova della sussistenza dei requisiti richiesti da parte del soggetto risultato vincitore nel confronto concorrenziale e quindi più idoneo alla esecuzione dei lavori (in questo senso anche l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 15/2000).

Il mero richiamo contenuto nel bando della gara oggetto del presente giudizio alla norma ora esaminata non può implicare la previsione di un termine perentorio ma solo la facoltà dell'Amministrazione di fissarlo in modo autonomo e la previsione che nel caso di mancanza della prova del possesso dei requisiti divengono applicabili le sanzioni contemplate nella prima parte della disposizione medesima, non altro.

Per queste ragioni la mancata indicazione della natura del termine assegnato all'aggiudicatario per documentare il possesso dei requisiti di partecipazione non può comportare l'applicazione del diverso regime previsto per il termine assegnato ai concorrenti alla gara sorteggiati in corso di gara.

3) E' sulla base di questa premessa che devono essere valutate le questioni poste con l'appello in esame.

3.1) In primo luogo perdono vigore le eccezioni di rito sollevate dall'Amministrazione appellante: la Società ricorrente in primo grado non era tenuta ad impugnare immediatamente una clausola del bando che non la pregiudicava ed alla quale si è poi attenuta, né è intempestivo il ricorso prodotto quando il pregiudizio si era concretizzato con l'esclusione dalla gara dovuta, non alla disciplina del disciplinare, ma al concreto atto di attuazione del Dirigente del settore dei lavori pubblici del Comune appellante (n. 42792 in data 11 ottobre 2000) che ha ritenuto di applicare anche all'aggiudicatario provvisorio le regole fissate dal bando per le altre due ipotesi sopraindicate.

3.2) Nel merito appare corretta la decisione di primo grado qui appellata che ha ben colto l'aspetto essenziale qui evidenziato chiarendo, altresì, in modo parimenti condivisibile, che l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 30 marzo 2000 ha escluso che l'art. 10, comma 1-quater, della legge 109/94 comporti "tout-court" la perentorietà del termine indicato dall'Amministrazione per la presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario provvisorio, salva rimanendo la facoltà, che nel caso di specie non è stata esercitata, di conferire tale natura al termine in questione discrezionalmente da parte dell'Amministrazione appaltante.

3.3) Tanto basta per il rigetto dell'appello e per la conferma della sentenza appellata.

3.4) Appare, tuttavia, utile, per completezza, precisare che anche la scelta di imporre con il bando di gara la trasmissione delle domande e dei documenti esclusivamente attraverso il servizio postale senza nemmeno richiedere il ricorso a quei servizi più celeri oggi in funzione, scelta accompagnata dalla fissazione di un termine breve e perentorio per la ricezione dei plichi e non, come vorrebbe il buon senso dati i tempi spesso lunghi ed aleatori dello svolgimento di tale servizio, per la spedizione degli stessi, non appare congrua.

Né ha pregio sostenere che avendo riguardo al momento della spedizione dei plichi il momento dell'aggiudicazione definitiva sarebbe indefinito ed incerto e comunque suscettibile di rinvii, perché nulla esclude in questa fase del procedimento una sollecitazione diretta per la consegna dei documenti e perché in ogni caso il ritardo discenderebbe dalla scelta di ricorrere soltanto al servizio postale e non anche a sistemi alternativi (ad esempio la consegna diretta o per corriere) rendendo più agevoli gli adempimenti per i concorrenti e più sicuro per l'Amministrazione l'esito delle gare. La stessa Amministrazione nei suoi scritti difensivi ammette che "è infatti impossibile valutare quando il rischio di un ritardo postale debba ritenersi definitivamente scongiurato" con il che è evidente che non volendo far dipendere la scelta dell'aggiudicatario dal caso o dalla eventuale inefficienza del servizio postale poteva essere opportunamente consentito anche un diverso modo di spedizione e di consegna dei documenti non aleatorio e rimesso alla effettiva diligenza dell'aggiudicatario.

Le spese possono essere integralmente compensate tra le parti.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo rigetta con conferma della sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso addì 28 marzo 2003 *DEPOSITATA IN SEGRETERIA* Il 16 giugno 2003

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

*IL DIRIGENTE*

*f.to Antonio Natale*