

Qualora l'impresa sorteggiata per la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale, riesca a dimostrare (fax guasto) di non aver ricevuto la richiesta di documentazione, può essere riammessa alla procedura con conseguente annullamento della richiesta di escussione della garanzia provvisoria

Nulla è dovuto invece, se, a seguito di richiesta (illegittima) di chiamata in garanzia del fideiussore, l'ente garante decide di non emettere più fideiussioni a favore della ditta obbligata ben potendo la stessa ricercare altri fideiussori disponibili

Il Tar del Lazio, Sez III di Roma, con la sentenza numero 2589 del 19 marzo 2004 si occupa di una particolare fattispecie relativa al "famigerato" art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i. in ordine agli errori scusabili per l'inapplicabilità delle sanzioni in esso contemplate

Nel caso in esame infatti la non imputabilità del ritardo risulta dalla documentazione depositata in atti ove si riscontra che la mancata ricezione del fax con il quale l'ANAS ha provveduto a richiedere la documentazione relativa al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara e, invece, l'immediata spedizione del plico contenente i documenti, non appena ricevuta effettiva conoscenza di tale richiesta.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

SEZIONE III

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11449/2003 proposto dalla "Ing. Orfeo \*\*\*\*\* S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Corrente ed elett.te dom.ta in Roma, via L. Mantegazza n. 24 (cav. L. Gardin);

CONTRO

- l'A.N.A.S. S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dalla Avvocatura dello Stato;

- Soc. \*\*\*\*+S.P.A. – \*\*\*\*\*, non costituita in giudizio;

- Soc. \*\*\*\*\* s.r.l., non costituita in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara n. 2 del 9 ottobre 2003, nella parte in cui la commissione di gara ha escluso dalla licitazione privata "CA33/03 – SS n. 127 Settentrionale Sarda - Lavori di ammodernamento e sistemazione dell'itinerario Sassari –Tempio – Olbia. Tratto scala Ruia – Tempio. Lotto n. 1 Stralcio n. 1. Lavori di completamento" l'impresa ricorrente dal prosieguo delle operazioni di gara in quanto "i documenti richiesti sono pervenuti oltre il termine richiesto";

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi:

- la lettera di invito alla gara prot. n. 2035 del 1 agosto 2003, nella parte in cui non risultano indicate le modalità di richiesta dei documenti ex art. 10, co. 1 quater L. n. 109/94;
- la nota ANAS s.p.a. prot. n. 4449 del 12.9.2003 di richiesta documenti inviata a mezzo fax;
- la nota ANAS s.p.a. prot. n. 4625 del 22.9.2003 di comunicazione del “rapporto di trasmissione” del doc. prot. n. 4449;
- la nota ANAS s.p.a. prot. n. 4976 del 10.10.2003 a firma del Dirigente con la quale si è comunicata l'esclusione ai sensi dell'art. 10, co. 1-quater L. n. 109/94, l'attivazione del procedimento sanzionatorio innanzi all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici e richiesto all'impresa assicuratrice il pagamento delle somme previste a titolo di cauzione;
- la nota ANAS S.p.a. prot. n. 4974 del 9 ottobre 2003 a firma del Dirigente, con la quale si è provveduto alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza LL.PP. ai sensi dell'art. 10, co. 1-quater L. n. 109/94 nei confronti della ricorrente;
- ove mai dovesse occorrere, il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

#### E PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO

derivante alla indicata esclusione e dall'incameramento della cauzione, da liquidarsi alla stregua della espletando C.T.U. ovvero, in subordine, in via equitativa.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Vista la costituzione dell'Avvocatura dello Stato per l'A.N.A.S. S.p.a.

Visti gli atti tutti di causa.

Designato Relatore il Referendario Alessandro Tomassetti.

Uditi, alla udienza del 14 gennaio 2004, per il ricorrente l'avv. F. Panizzolo per delega dell'avv. G. Corrente e per l'Avvocatura dello Stato l'avv. L. Linda.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 12 novembre 2003 e depositato il 19 novembre 2003, la ricorrente impugnava gli atti in epigrafe deducendo la illegittima esclusione dalla licitazione privata “CA33/03 – SS n. 127 Settentrionale Sarda - Lavori di ammodernamento e sistemazione dell'itinerario Sassari – Tempio – Olbia. Tratto scala Ruia – Tempio. Lotto n. 1 Stralcio n. 1. Lavori di completamento”.

In particolare, durante la seduta della Commissione di gara dell'11 settembre 2003, la odierna ricorrente è stata sorteggiata per la verifica dei documenti così come previsto dall'art. 10, co. 1-quater, L. n. 109/94.

L'ANAS S.p.a. ha predisposto la richiesta prot. n. 4449 del 12 settembre 2003 ed ha reputato di inviarla esclusivamente a mezzo fax. Nello stesso giorno, peraltro, alle ore 10,39, la ricorrente aveva segnalato all'ANAS di non aver ricevuto documenti che pur risultavano inviati dall'ANAS; ciò malgrado, l'ANAS, alle ore 11,49, inviava la richiesta prot. n. 4449 solo a mezzo fax.

La ricorrente deduce di non avere mai ricevuto il fax in oggetto e di avere espressamente evidenziato, sin dal 23 settembre 2003, che la richiesta di documenti non era mai pervenuta.

Deduce inoltre di avere provveduto all'invio della documentazione sin dal 2 ottobre 2003 avendo quindi comprovato il possesso di tutti i requisiti dichiarati con l'invio della propria offerta.

Evidenzia, peraltro, la ricorrente che per altra gara, avendo effettivamente ricevuto la richiesta di documenti in data 16 settembre, aveva provveduto tempestivamente ad inoltrarli all'ANAS (peraltro, si tratta della stessa documentazione), con ciò risultando implicito che l'unico motivo per il quale non si era provveduto all'inoltro era quello della mancata ricezione della istanza.

Conclude la ricorrente per la illegittimità degli atti impugnati sotto i seguenti profili:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1-quater L. n. 109/94; violazione dell'atto di regolazione dell'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. n. 15 del 30 marzo 2000; violazione degli artt. 1, 2 e 3 della L. n. 241/90; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere (difetto assoluto di istruttoria, omessa considerazione dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione, perplessità e contraddittorietà dell'azione amministrativa, sviamento);

- violazione e falsa applicazione dell'art. 10, co. 1-quater della L. n. 109/94; eccesso di potere (difetto assoluto di istruttoria, omessa considerazione dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto assoluto di motivazione, perplessità e contraddittorietà dell'azione amministrativa).

Chiedeva inoltre il risarcimento dei danni.

Si costituiva in giudizio la Avvocatura dello Stato.

Alla udienza del 17 dicembre 2003 la causa veniva assunta in decisione dal Collegio.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato.

L'art. 10, comma 1 quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109, così come novellato dall'art. 3 L. 18 novembre 1998, n. 415 dispone che "i soggetti di cui all'art. 2 comma 2 (della legge n. 109 del 1994) 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".

Quanto alla natura del termine per la produzione della documentazione in oggetto, ritiene il Collegio di potere condividere le argomentazioni sostenute, in relazione alla perentorietà dello stesso, sia dal Consiglio di Stato (n. 3066 del 6 giugno 2001 "Ha natura perentoria il termine di dieci giorni fissato dall'art. 10 comma 1 quater L. 11 febbraio 1994 n. 109, come novellato dall'art. 13 L. 18 novembre 1998 n. 415, per comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa eventualmente richiesta nel bando di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici, presentando la documentazione indicata nel bando stesso o nella lettera di invito), sia dalla Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (atto di regolazione 30 marzo 2000 n. 15, "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").

La natura perentoria del termine non impedisce, tuttavia, all'impresa di provare la non imputabilità del ritardo o della omissione nel deposito della documentazione richiesta e, per tale via, eliminare le conseguenze sfavorevoli previste dalla norma.

Occorre anzi affermare che la rigorosa interpretazione in ordine alla natura del termine di dieci giorni previsto dall'art. 10, comma 1 quater, L. n. 109/94, impone una altrettanto rigorosa indicazione del dies a quo dal quale calcolare il decorso del termine che non può che essere ricollegato alla avvenuta cognizione, in capo alla impresa partecipante, della richiesta effettuata da parte della Amministrazione.

Tali conclusioni possono ritenersi applicabili alla fattispecie oggetto dell'odierno ricorso in considerazione della avvenuta dimostrazione, da parte della ricorrente, della non imputabilità del ritardo.

Dalla documentazione depositata in atti risulta, infatti, la mancata ricezione del fax con il quale l'ANAS ha provveduto a richiedere la documentazione relativa al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara e, invece, l'immediata spedizione del plico contenente i documenti, non appena ricevuta effettiva conoscenza di tale richiesta.

In particolare, la ricorrente, sin dal giorno 11 settembre 2003 aveva provveduto a segnalare all'ANAS il malfunzionamento del proprio fax in fase di ricezione (fax del 12 settembre 2003 nel quale si legge "in riferimento alla Vs. nota prot. n. 4422 dell'11.9.2003, con la presente Vi comunichiamo di aver ricevuto solo la pagina di trasmissione, ma non anche i chiarimenti che nella medesima si citano. Considerato che sin dal pomeriggio di ieri 11.9 abbiamo provveduto a segnalarVi tale circostanza, e pur avendo da Voi ricevuto rassicurazioni circa l'invio del fax completo tra il pomeriggio dell'11.9 e la mattinata di oggi 12.9, ci preme evidenziare che al momento nulla ci è pervenuto").

D'altra parte, dagli atti di causa risulta anche l'avvenuta richiesta di intervento, da parte della ricorrente, della assistenza tecnica sulla propria macchina fax proprio in corrispondenza con l'inoltro del fax di richiesta di documenti ad opera dell'ANAS (richiesta di intervento in data 12 settembre 2003 alle ore 11.00; fax inviato dall'ANAS in data 12 settembre 2003 alle ore 11.46), con conseguente prova in ordine all'effettivo guasto subito dal fax al momento della spedizione dello stesso da parte dell'ANAS.

Occorre peraltro rilevare, così come si legge nella relazione della società Xerox in merito alle conseguenze di guasti alle macchine fax, che la possibile caduta di tensione ovvero lo spegnimento del fax determinano la perdita degli eventuali documenti rimasti nella memoria del computer e non stampati per motivi di natura tecnica.

Sotto tale profilo, può giustificarsi la dedotta mancanza di cognizione, anche successivamente alla riparazione dello stesso fax, del documento spedito dall'ANAS, non stampato proprio a causa della avvenuta perdita di memoria del fax causata dallo stesso guasto ovvero dai lavori di riparazione posti in essere sulla macchina.

In conclusione, assorbita ogni altra doglianza non esaminata, nei predetti limiti il ricorso deve essere accolto nella parte impugnatoria e, di conseguenza, l'esclusione della ricorrente e gli atti sottostanti vanno annullati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Il ricorso stesso va invece respinto quanto alla domanda di risarcimento del danno in considerazione del fatto che l'annullamento della eliminazione della ricorrente dalla gara consente alla stessa di partecipare utilmente alla gara oggetto del presente ricorso.

Quanto poi al lamentato danno derivante dalla perdita di chance con riferimento alla impossibilità di partecipare ad altre gare a seguito del diniego, da parte dell' \*\*\* S.p.a. di stipulare nuove polizze fideiussorie a seguito dell'incameramento della cauzione provvisoria effettuato dall'ANAS in conseguenza della esclusione dalla gara di cui al presente ricorso, rileva il Collegio la infondatezza della pretesa.

Sotto tale profilo, infatti, assumono rilievo due circostanze; da un lato il fatto che la ditta ricorrente avrebbe potuto richiedere fideiussione ad altri istituti assicurativi una volta venuta a conoscenza della indisponibilità dell'IS.FI.ME S.p.a. ad emettere ulteriori polizze fideiussorie e, dall'altro, il fatto che dagli atti di causa non risulta la avvenuta esclusione della ricorrente da alcuna delle gare indicate, con la conseguente esclusione di alcun danno in capo alla ricorrente.

Le spese, in considerazione dell'accoglimento parziale del ricorso, si liquidano in Euro 2.000,00 oltre IVA e CPA, pari al 50% della somma complessiva determinata in Euro 4.000,00.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, accoglie per quanto di ragione il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'ANAS.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la parte resistente al pagamento, in favore della ricorrente, del 50% delle spese di causa - determinate in complessive Euro 4.000,00 (quattromila/00) - liquidate in Euro 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA e CPA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 14 gennaio 2004.

- Luigi Cossu, Presidente

- Alessandro Tomassetti, Referendario - estensore.