

Sonia Lazzini (a cura di)  
Sull'Elemento soggettivo nel comportamento delle  
imprese

-----  
In altre parole, in tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni \_ quale incameramento della cauzione provvisoria\_ che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara.

**Pertanto, tale produzione è sicuramente tardiva ai fini dell'esclusione (peraltro, parte ricorrente neppure ha interesse a coltivare la relativa domanda di annullamento), ma non ai fini dei provvedimenti di tipo sanzionatorio, di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità di Vigilanza.**

l'esistenza oggettiva del fatturato, indicato nel certificato, costituisce elemento che configura l'esistenza della buona fede dell'impresa, con la conseguenza, come già affermato, che può riconoscersi una esimente in ordine all'escussione della cauzione e alla segnalazione dell'Autorità di Vigilanza, risultando pertanto, i relativi provvedimenti illegittimi

*Per il Tar Piemonte (sentenza numero 1482 del 23 maggio 2009), mentre l'esclusione, in caso di inadempimento ex art. 48 del codice dei contratti, è automatica in caso di mancata dimostrazione del reale possesso dei requisiti di ordine speciale, per quanto concerne l'incameramento della cauzione provvisoria ci potrebbe essere l'esimente della buona fede: tale opinione è in netto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente!.*

<p><b>Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente proponeva un motivo nuovo e impugnava specificamente il verbale del 17 febbraio 2007, conosciuto a seguito del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione in data 10 marzo, per la parte in cui la Commissione aveva rilevato la necessità di procedere sia</b></p>
---

**all'escussione della fideiussione prestata dalla medesima a titolo di cauzione provvisoria, sia alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il motivo nuovo era il seguente: 1 - Violazione della lex specialis di gara. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, per travisamento dei fatti, sviamento ed ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?**

Ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato. Il provvedimento di esclusione contestato, infatti, è stato assunto in quanto la Commissione di Gara ha ritenuto che per l'anno 2006 non fosse stato comprovato il possesso del requisito relativo all'esecuzione di un milione e duecentocinquantamila euro con la documentazione prevista dalla legge per fornire tale prova, in quanto non è stato prodotto, entro il termine perentorio di dieci giorni previsto nella lettera di richiesta dell'Amiat del 12 dicembre 2008 (prot. 12259), certificazione per l'Istituto di Fisiologia Clinica del CNR, che è risultato rientrare nella categoria delle Amministrazioni e degli Enti Pubblici, come previsto dall'art. 42, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; più precisamente, per il 2006, è stata comprovata, nelle forme prescritte, tenuto conto anche delle dichiarazioni nelle quali l'IVA era compresa nelle cifre esposte, l'esecuzione di servizi per soli euro 1.223.447,37, al netto di IVA e non risultava comunque, dalla documentazione prodotta, relativamente all'istituto di fisiologia del C.N.R., quale importo, per il fatturato del 2006, fosse riferito effettivamente a servizi di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e/o DPI, essendo gli importi risultanti da tale documentazione riferiti, per stessa dichiarazione della ricorrente, indistintamente al lavanolo di biancheria piana e di biancheria confezionata, anche ipotizzando che gli abiti da lavoro, come nella terminologia usuale del settore, rientrassero nell'ambito della biancheria confezionata. In sostanza, la Commissione ha ritenuto che la ricorrente non avrebbe prodotto entro il termine di 10 giorni dalla richiesta, avvenuta con nota del 12 dicembre 2008, l'idonea attestazione prevista dall'art. 42, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006, relativamente all'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R. e ha ritenuto che dal suddetto certificato dell'Istituto di Fisiologia Clinica C.N.R. non risultasse quale importo, per l'anno 2006, fosse riferito al solo servizio di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro e/o DPI, oggetto dell'appalto. Secondo parte resistente, il fatto che la ricorrente abbia prodotto il certificato dell'Istituto di Fisiologia Clinica del C.N.R., con nota del 27 gennaio 2009 (doc. 9 ricorso), entro il termine di dieci giorni assegnato dall'Amministrazione nella nota del Presidente della Commissione del 26 gennaio 2009 e non a seguito della prima richiesta del 12 dicembre 2008 confermerebbe che la produzione del certificato è da ritenersi irrimediabilmente tardiva. Tale rilievo è esatto con riferimento all'intrapresa esclusione, atteso che, come affermato del tutto condivisibilmente dalla giurisprudenza amministrativa, legittimamente viene esclusa da una gara la concorrente che non ha documentato il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica entro il termine di 10 giorni di cui all'art. 48, d.lg. n. 163 del 2006, non potendosi intendere lo stesso che come perentorio, in quanto la contraria interpretazione costringerebbe la P.A. a prolungare sine die la fase di controllo dei documenti e l'Amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità, inaccettabile, di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti (cfr.: Cons. St., V, 328/07; id., VI, 7294/04; id., V, 6528/03 e T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 novembre 2007, n. 720). **Tuttavia, ai fini dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, può venire in rilievo un ulteriore elemento di valutazione, rappresentato dalla buona fede dell'impresa, buona fede dedotta, ovviamente, da dati oggettivi risultanti dalla documentazione di gara e che, per quanto riguarda il provvedimento di esclusione, non può**

venire, come detto, in rilievo. Tuttavia, l'esistenza oggettiva del fatturato, indicato nel certificato, costituisce elemento che configura l'esistenza della buona fede dell'impresa, con la conseguenza, come già affermato, che può riconoscersi una esimente in ordine all'escussione della cauzione e alla segnalazione dell'Autorità di Vigilanza, risultando pertanto, i relativi provvedimenti illegittimi. Pertanto, il ricorso deve essere accolto, con la conseguenza che il provvedimento impugnato deve essere annullato con esclusivo riferimento all'incameramento della cauzione e alla segnalazione dell'Autorità di Vigilanza (di cui ai motivi aggiunti), restando, invece, legittima la disposta esclusione dalla gara. Già il Consiglio di Stato (in un'unica decisione peraltro n.d.r.) ha affermato che in seguito ad una verifica a campione tra i partecipanti alle gare di appalto per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, quando tale prova non sia fornita, ovvero non si confermino le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità, tuttavia, il Supremo Collegio è chiaro circa l'inapplicabilità delle sanzioni nei casi in cui un'impresa in buona fede abbia errato in ordine all'interpretazione del bando e della normativa generale ed abbia ritenuto di avere il requisito in realtà carente o contestato

(Tar Piemonte, Torino con la sentenza numero 1492 del 23 maggio 2009

**Non ci sono valide scuse per non presentare i documenti entro 10 giorni dalla richiesta dell'amministrazione. Lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione di cui all'articolo 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i in quanto l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative**

La norma va letta allora conciliando i contrapposti interessi, e ritenendo che il termine di dieci giorni è suscettibile di proroga con atto motivato della stazione appaltante ove l'impresa richiedente la proroga compri un impedimento a rispettare il termine, impedimento che non deve tuttavia essere meramente soggettivo (p. es. evitabili disfunzioni organizzative interne all'impresa), bensì evidenziare una oggettiva impossibilità, o estrema difficoltà, di rispettare il termine medesimo (p. es., diniego o ritardo nel rilascio della richiesta documentazione da parte dell'ufficio competente) pertanto: <Se è vero che il termine in commento va ritenuto suscettibile di proroga secondo il prudente apprezzamento della stazione appaltante, nel caso in cui l'impresa adduca un impedimento oggettivo a fornire tempestivamente la documentazione, tuttavia stante l'esigenza di celere svolgimento della gara, le richieste di proroga vanno valutate con particolare rigore e possono essere accolte solo nel caso di impedimenti seri, oggettivi, ragionevoli, documentati>\_nella fattispecie sottoposta all'adito giudice, quindi: < Tale non appare l'impedimento addotto dall'impresa ricorrente, perché lo stato di salute dell'amministratore della società rappresentante dell'ATI non può essere una valida ragione per ritardare l'invio della documentazione, ove si consideri che: l'impresa, nell'ambito della propria organizzazione, deve prevedere un sostituto che possa supplire in caso di impedimenti dell'amministratore, e se non provvede in tal senso non può far gravare sui terzi le proprie disfunzioni organizzative;\_l'impresa che partecipa ad un appalto di lavori pubblici, sa che può essere destinataria di un controllo a campione, e deve pertanto tempestivamente premunirsi per tale eventualità>

(Consiglio di Stato con la decisione numero 2714 del 15 maggio 2001)

**A fronte di accertati inadempimenti da parte della ditta sorteggiata (ex art. 48 del D.L.gs. 163/2006 smi) è sempre obbligatoria l'esclusione dell'impresa dalla procedura? Il termine dei 10 giorni è perentorio? In quali circostanze si può tralasciare l'escussione della garanzia provvisoria?**

La perentorietà di un termine può derivare o dalla dichiarazione espressamente contenuta nella legge oppure essere desunta implicitamente dalla "ratio legis" e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento, in un arco di tempo prefissato, è indirizzato a soddisfare; quest'ultimo è appunto il caso del termine di 10 giorni fissato dall'art. 48 d. lgs. 163/06, per le esigenze di immediato esaurimento del tratto procedimentale: essendo il termine perentorio, è irrilevante che la ricorrente abbia successivamente comprovato, presentando tardivamente la relativa documentazione, i requisiti richiesti, va pertanto conferma l'esclusione dalla procedura ma non anche l'escussione della garanzia provvisoria emergendo la violazione del principio di proporzionalità ( che consiste nel rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi perseguiti ed i mezzi utilizzati, con il minore sacrificio possibile per gli interessi dei privati confliggenti con l'interesse pubblico)

(Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste con la sentenza numero 720 del 8 novembre 2007)

Giurisprudenza di parere contrario rispetto al Tar Piemonte, Torino, 23.05.2009 n.

1492

**Non c'è differenza tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara)\_Art 10 comma 1 quater della Legge Merloni: le tre conseguenze sono parallele ed autonome**

Nel corso del procedimento di primo grado, a sua difesa la Società esclusa sosteneva che si era trattato di mero errore materiale (aveva in termini inviato i certificati di buona esecuzione di lavori di categoria OG6 anziché di categoria OG3), al quale aveva posto rimedio immediatamente inviando la documentazione giusta, tanto è vero che poi la società stessa sarebbe risultata aggiudicataria di altro analogo appalto, precisando altresì che sarebbe ingiusto equiparare i concorrenti che di fatto posseggono i requisiti richiesti a quelli che invece non li posseggono affatto. Poiché la ricorrente non ha impugnato l'atto di esclusione dalla gara, dovuto alla stessa ragione, e adottato sin dall'aprile del 2000, mentre l'atto di incameramento, unico oggetto d'impugnativa, risulta adottato sei mesi dopo, nell'ottobre dello stesso anno, il TAR adito dichiarava il ricorso inammissibile in quanto rivolto avverso un atto consequenziale di altro atto (l'esclusione dalla gara) non impugnato. I giudici di Palazzo Spada non accolgono comunque l'appello sebbene fondino la propria decisione su di una motivazione diversa rispetto al Tar. In primo luogo viene data autonomia alle tre sanzioni contemplate dalla norma sul sorteggio dei requisiti di ordine speciale: l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione, la segnalazione del fatto all'Autorità: da qui si può evincere che la mancata impugnazione dell'atto di esclusione vale soltanto a rendere definitiva l'esclusione dalla gara della società interessata, lasciando pertanto aperta la possibilità di contestare l'incameramento della cauzione provvisoria o di far valere le proprie ragioni innanzi all'Autorità. Secondariamente il supremo giudice amministrativo (ancora una volta) conferma la perentorietà del termine di 10 giorni, scaduto il quale la Stazione appaltante deve agire nei termini suddetti. A ciò fa riscontro l'evidente ratio di assicurare tempi brevi e certi prima della apertura delle buste delle offerte; né il termine può essere ritenuto irrazionalmente troppo breve perché i partecipanti alla gara ben conoscono le regole del gioco laddove queste prevedono un controllo preventivo a campione e quindi sono posti in grado di premunirsi tempestivamente per il caso che vengano sorteggiati. Per quanto sopra riportato, si legge nella decisione emarginata, una volta scaduti i termini di presentazione della documentazione, la norma non permette di distinguere tra inadempimento formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara), con la conseguenza che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità conseguono automaticamente

**La responsabilità è oggettiva dell'impresa che non riesce a dimostrare il reale possesso dei requisiti di ordine speciale**

L'incameramento della cauzione si presenta come atto meramente esecutivo, ai sensi dell'art. 10 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 una volta verificata l'inidoneità della documentazione presentata dalla società partecipante ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica: l'escussione della cauzione è conseguita ad una responsabilità oggettiva per la cui attribuzione, non occorre accertare elementi di natura soggettiva attinenti alla colpa o al dolo del soggetto del fatto  
(Tar Piemonte, Torino con la sentenza numero 1587 del 31 marzo 2006)

**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

(Consiglio di Stato con la decisione numero 4001 del 3 luglio 2003)

**Una volta comprovato il mancato effettivo possesso dei requisiti di ordine speciale a seguito dell'applicazione della procedura di cui all'art. 10 comma 1 quater della Merloni, l'escussione della garanzia provvisoria (anche verso partecipanti diversi dall'aggiudicatario) è un atto dovuto**

Non è necessaria alcuna analisi sull'elemento psicologico per verificare la falsità delle dichiarazioni essendo sufficiente il solo inadempimento, anche quale erronea applicazione delle norme di gara (obbligo di diligenza nelle trattative precontrattuali)\_ a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10, comma 1-quater, la previsione di incameramento della cauzione provvisoria prestata da un concorrente all'appalto di opera pubblica è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario, assumendo in tal modo una funzione di garanzia riferita non più alla stipula del contratto, bensì alla serietà e affidabilità dell'offerta; pertanto, la sanzione dell'incameramento della cauzione de qua è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza - che si verifica anche con l'erronea interpretazione delle norme di gara - nelle trattative precontrattuali, con la conseguenza che il detto incameramento prescinde dall'accertata falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese, essendo applicabile per il solo dato formale e obiettivo dell'inadempimento e restando quindi esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti di cui invece difetta

(Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 4558 del 17 maggio 2004)

**Obbligatoria escussione della provvisoria per mancato possesso dei requisiti speciali\_In caso di mancata presentazione della documentazione sui requisiti di ordine speciale, l'amministrazione ha l'obbligo ( e non la facoltà) di escutere la garanzia provvisoria**

< Come appare oramai consolidato in giurisprudenza, l'incameramento della cauzione in caso di mancata documentazione dei requisiti di qualificazione è un processo automatico e obbligatorio per la stazione appaltante. Ne deriva la non necessità di inviare all'impresa la comunicazione di avvio del procedimento prevista dalla legge sul procedimento, ed addirittura si ammette la possibilità di escussione anche se questa sanzione non è prevista in modo esplicito dal bando di gara>\_ma non solo:< Secondo l'orientamento oramai dominante in tema di accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione, si evidenzia come l'art. 10 comma 1 quater della legge 11 febbraio 1994 n. 109, ossia la norma che impone all'impresa partecipante di dare prova, su richiesta della stazione appaltante, del

possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa ed economico-finanziaria, non pone alcuna distinzione tra inadempimento formale (per errore o altro) ed inadempimento sostanziale (mancanza dei requisiti per partecipare alla gara). Ciò comporta che le conseguenze di legge, ossia non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sono effetti automatici, e derivano dal mero scadere del termine di dieci giorni dalla richiesta. In concreto, per l'incameramento si prescinde dall'accertamento della falsità delle dichiarazioni rese dalle imprese o dalla valutazione delle ragioni ostative alla produzione documentale, restando così esclusa la necessità di indagini sull'elemento psicologico del concorrente per verificare se abbia o meno falsamente e coscientemente dichiarato il possesso dei requisiti, di cui invece difetta o di cui abbia comunque omesso di dimostrare l'effettivo possesso>\_ed infine, l'adito giudice precisa che:<In merito alla decisione di escutere l'integrità dei partecipanti, occorre osservare come la norma invocata, estendendo l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti alla gara, e non più solo dell'aggiudicatario, ha comportato un mutamento nella funzione di tale garanzia, che non è più limitata alla fase di stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, e quindi grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte.. \_Pertanto, la previsione di cui all'art. 10 comma 1 quater della legge 109, che prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara, ha un ambito applicativo maggiore, tant'è che la giurisprudenza la ritiene non necessariamente ristretta alle sole ipotesi ivi contemplate. Il che implica che non solo le imprese sorteggiate nel 10% dei concorrenti da sottoporre a verifica dei requisiti, nonché l'aggiudicatario e la seconda graduata, ma tutte le partecipanti possono essere soggette a tale controllo, poiché tale facoltà costituisce espressione di un potere generale di contrarre secondo regole predefinite di tutela della concorrenza che impongono determinati requisiti soggettivi, di natura morale e di capacità economica e finanziaria, alle imprese che intendono partecipare alle gare pubbliche >

(Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 3025 del 2 aprile 2004)

**Appalto integrato: in fase di sorteggio se l'impresa si dimentica di allegare anche i documenti relativi al progettista con cui ha fatto un'Ati, sono legittimi (e dovuti) gli atti di esclusione, di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità\_ in caso di inadempimento alla norma di cui all'articolo 48 del codice dei contratti, esiste una presunzione di responsabilità assoluta\_Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso contro< la determinazione con la quale il ministero della difesa ha disposto l'incameramento e l'escussione della cauzione prestata per la partecipazione alla gara d'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento per l'Arsenale militare di La Spezia;>?può essere invocato l'errore scusabile?c'è possibilità di integrazione postuma?**

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, assolve ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione dei requisiti dichiarati \_Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara\_La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto, ogni volta che non risulti allegata e/o depositata la documentazione comprovante la possidenza, in capo all'impresa concorrente ed ai soggetti ad essa associati, dei requisiti dichiarati in gara; produzione documentale che deve avvenire nei termini di legge (10 giorni dalla richiesta).\_ E' stato chiarito in giurisprudenza, che in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 10 quater, l. 11 febbraio 1994 n. 109 - ora l'art. 48 del D.Lvo n. 163/2006 - non distingue tra inadempimento formale (per

errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza conseguono automaticamente una volta scaduto il termine fissato nella legge. Del tutto irrilevante, dunque, la regolarizzazione postuma della documentazione non potendosi ammettere la sanatoria retroattiva di adempimenti soggetti a termini perentori nell'ambito del procedimento di gara ed afferenti, pertanto, a situazioni che, una volta definite, devono considerarsi irretrattabili

(Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 3682 del 6 aprile 2009)