

N. 05138/2012REG.PROV.COLL.
N. 05736/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5736 del 2009, proposto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Hewlett Packard Italiana S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso lo studio Satta & Associati in Roma, Foro Traiano, n. 1/A;

Regione Marche;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Lazio – Roma, 20 aprile 2009, n. 3976;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Hewlett Packard Italiana S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Russo e gli avvocati Romano e Satta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora innanzi: 'l'AVCP' o: 'l'Autorità appellante') riferisce che, con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 9105/2008, la soc. Hewlett Packard Italiana s.r.l. (d'ora in poi: 'la soc. HP' o: 'la società appellata') chiedeva l'annullamento degli atti con cui l'Autorità, in asserita applicazione delle previsioni di cui all'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aveva applicato nei suoi confronti la misura della sanzione pecuniaria pari ad euro duemila, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per la durata di un mese.

Le misure in questione erano state adottate dall'Autorità su segnalazione della Regione Marche, la quale, nell'ambito di una gara di appalto per servizi di gestione di alcune anagrafi (cui aveva partecipato l'odierna appellata), aveva chiesto alla società in questione di comprovare, ai sensi dell'art. 48 del 'codice dei contratti', il particolare requisito di idoneità tecnico-economica consistente nell'aver svolto *“nell'arco degli ultimi tre anni (...) servizi identici nel settore oggetto della gara per un importo non inferiore a 80.000,00 euro”*.

Ebbene, nonostante la società appellata fosse certamente in possesso del requisito in questione (la circostanza è ormai pacifica in atti), essa aveva provveduto a fornire piena prova di tale possesso solo dopo che l'amministrazione aggiudicatrice aveva disposto la sua esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione.

Risulta, ancora, agli atti che, dopo aver adottato tali misure, la Regione Marche (alla quale, *medio tempore*, la società appellata aveva comunque fatto

pervenire la piena prova in ordine al possesso dei richiamati requisiti) procedeva comunque ad inviare la documentazione all'Autorità appellante, per l'adozione delle conseguenti misure.

Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. del Lazio accoglieva il ricorso ed annullava provvedimenti assunti dall'Autorità.

La sentenza in questione è stata impugnata in sede di appello dall'Autorità, la quale ne ha contestato l'erroneità sotto diversi profili.

In primo luogo, il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che l'art. 48 del 'codice dei contratti' impedisca all'AVCP di adottare le sanzioni pecuniarie e preclusive nel caso in cui l'impresa partecipante, assoggettata a verifica a campione, abbia – sì – dimostrato il possesso dei requisiti richiesti, ma vi abbia provveduto solo dopo lo spirare del termine di dieci giorni fissato dal medesimo art. 48.

Sotto tale aspetto, il TAR avrebbe erroneamente ritenuto di poter fare applicazione nel caso di specie dell'orientamento giurisprudenziale (favorevole alla ricorrente in primo grado) formatosi nella vigenza dell'art. 10, co. 1-*quater* della l. 11 febbraio 1994, n. 109, senza avvedersi delle profonde differenze che sussisterebbero fra la disposizione del 1994 e quella del 2006.

Inoltre, il Tribunale avrebbe omesso di considerare che la diversità di *ratio* fra la vecchia e la nuova disposizione emergerebbe anche dal diverso regime sanzionatorio recato da ciascuna di esse (in pratica, il meno rigido regime sanzionatorio fissato dalla disposizione del 2006 confermerebbe l'interpretazione secondo cui l'adozione dei richiamati provvedimenti da parte dell'Autorità potrebbe essere disposta anche come conseguenza del mero ritardo nel fornire le informazioni richieste).

L'Autorità appellante sottolinea, poi, che la tesi qui esposta non contrasta con il principio comunitario del *favor participationis*, né con la previsione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, in quanto – per un verso – le

cause di esclusione dalle gare contemplate dall'art. 45, cit. non hanno carattere di tassatività ed in quanto – per altro verso – la *ratio* sottesa alla richiamata interpretazione restrittiva sarebbe – appunto - riconducibile al principio comunitario del *favor participationis*.

Si è costituita in giudizio la soc. HP, la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 3 aprile 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora innanzi: 'l'AVCP' o: 'l'Autorità appellante') avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato accolto il ricorso proposto da una società attiva nel settore dell'informatica avverso gli atti con cui l'Autorità l'aveva sanzionata ai sensi dell'articolo 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per avere reso solo in ritardo le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti tecnici che era stata chiamata a comprovare in sede di c.d. 'verifica a campione' nell'ambito di una procedura di gara di appalto.

2. L'appello della Autorità è infondato.

2.1. Con il primo degli argomenti richiamati in premessa, l'Autorità appellante afferma che anche il previgente sistema normativo (e, segnatamente, gli articoli 8, comma 7 e 10, comma 1-*quater* della l. 109 del 1994) dovesse essere correttamente inteso nel senso di applicare la sanzione della sospensione anche ai casi di mancata prova tempestiva della veridicità della dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara.

2.1.1. L'argomento in questione non può essere accolto in quanto esso mira, a ben vedere, a revocare in dubbio la validità dell'orientamento giurisprudenziale di questo Giudice di appello secondo cui l'articolo 10-*quater* della l. 109 del 1994 deve essere interpretato nel senso che la

tardiva prova circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa giustifica l'esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione, ma non anche le ulteriori misure conseguenti alla segnalazione all'Autorità (*i.e.*: la sanzione pecuniaria e il divieto di partecipazione alle gare per un tempo fissato dalla legge).

Al riguardo, il Collegio ritiene che non emergano nel caso in esame ragioni per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in via di principio, deve riconoscersi carattere perentorio al termine di dieci giorni, previsto, in sede di verifiche a campione, dall'art. 10, comma 1-*quater*, l. 11 febbraio 1994 n. 109 (nel testo introdotto dall'art. 13 l. 18 novembre 1998 n. 415; in seguito: articolo 48, comma 1 del 'codice dei contratti'), al fine di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente previsti dal bando. (in tal senso –*ex plurimis* -: Cons. Stato, IV, sent. 42 del 2005).

Il medesimo orientamento giurisprudenziale ha chiarito che, se entro il termine utile la documentazione non è fornita, l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti.

Nel caso in cui, successivamente (e quindi tardivamente), la documentazione sia invece comunque presentata, occorre verificare se questa compri o meno le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

Infatti, se la prova è positivamente fornita le vicende di gara (esclusione ed incameramento) restano sfavorevolmente definite, ma la concorrente ritardataria non sarà assoggettata a sanzione, non avendo fornito alcuna falsa dichiarazione.

Se invece la concorrente fornisce tardivamente una documentazione insufficiente, l'ordinamento reagisce anche sotto il profilo sanzionatorio,

risultando tale ipotesi del tutto sovrapponibile a quella della mancata produzione dei documenti richiesti.

Ne consegue da un lato che la violazione del termine comporta comunque il (legittimo) incameramento della cauzione; dall'altro che la presa in considerazione da parte della stazione appaltante della documentazione tardivamente prodotta non sana in alcun modo l'inadempimento posto in essere dalla partecipante.

L'esame della documentazione tardiva risulta infatti esclusivamente finalizzato ad orientare il successivo segmento procedimentale, avente ad oggetto l'irrogazione da parte dell'Autorità dell'ulteriore sanzione, in caso di carenza sostanziale dei documenti (in tal senso: Cons. Stato, IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

2.1.2. Ebbene, non risulta che nel caso di specie l'Autorità abbia addotto argomenti effettivi onde revocare in dubbio la correttezza del richiamato orientamento giurisprudenziale, del quale si è limitata ad affermare la non condivisibilità, senza – tuttavia – articolare sul punto effettivi argomenti *a contrario*.

2.2. Con il secondo argomento l'Autorità afferma che, anche a voler prendere atto del richiamato orientamento giurisprudenziale (lo si ripete: formatosi nella vigenza delle previsioni di cui all'articolo 8, comma 7 e di cui all'articolo 10, comma 1-*bis* della l. 109 del 1994), lo scenario sarebbe significativamente mutato a seguito dell'entrata in vigore del 'codice dei contratti' (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), il cui articolo 48 avrebbe nettamente mutato i termini della questione.

Secondo l'appellante, infatti, il comma 1 dell'articolo 48 (nella formulazione vigente al tempo della proposizione dell'appello), nel differenziarsi in modo significativo dalla formulazione di cui alla l. 109 del 1994, paleserebbe una *voluntas legis* evidentemente volta a far derivare per intero il complesso delle conseguenze pregiudizievoli di cui al medesimo

comma quale effetto della mancata, tempestiva presentazione della prova del possesso dei requisiti richiesti.

Più specificamente, l'articolo 48 del codice dei contratti evidenzerebbe una soluzione di continuità testuale e sistematica rispetto alla previgente formulazione di cui all'articolo 10 della 'legge Merloni', superando il previgente sistema nel cui ambito occorreva distinguere fra:

omessa comprova (la quale giustificava: a) sia la sanzione escludente e l'escussione della cauzione; b) sia le ulteriori sanzioni interdittive conseguenti alla comunicazione del fatto all'Autorità) e mero ritardo nel fornire la prova (il quale avrebbe giustificato le sanzioni *sub a*), ma non anche quelle *sub b*)).

Nella tesi dell'appellante, una conferma della tesi in questione sarebbe rinvenibile:

- in primo luogo, dal testo stesso del comma 1 dell'articolo 48, le cui evidenti differenze testuali rispetto alle previsioni di cui alla l. 109 del 1994 paleserebbero l'erroneità del giudizio del T.A.R., il quale ha parlato al riguardo di un testo "*sostanzialmente reiterativo*" di quello del 1994;

- in secondo luogo, dalla scelta del Legislatore del 2006 di abbassare il minimo edittale della sanzione interdittiva che può essere irrogata dall'Autorità in caso di mancata comprova dei requisiti dai tre mesi del previgente regime a un solo mese. Nella tesi dell'Autorità, tale scelta di politica sanzionatoria "*ben può essere giustificata dalla scelta del legislatore di estendere l'ambito di operatività del potere sanzionatorio e colpire anche i casi (meno gravi) di mancata tempestiva risposta alla richiesta di fornire le prove del possesso dei requisiti (senza falso)*".

2.2.1. L'argomento in questione non può essere condiviso.

2.2.2. In primo luogo, si osserva che dall'esame comparativo delle due previsioni che qui rilevano (a) l'articolo 10, comma 1-*quater*, secondo periodo della l. 109 del 1994 e b) l'articolo 48, comma 1, secondo periodo

del d.lgs. 163 del 2006) non emerge affatto quella rilevante soluzione di continuità anche testuale affermata dall’Autorità appellante, la quale paleserebbe la *voluntas legis* di superare lo *status quo ante* normativo nella cui vigenza si era formato l’orientamento giurisprudenziale richiamato sub 2.1.1.

Al contrario – e in modo difforme da quanto affermato con l’atto di appello – la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove ha affermato che la seconda delle disposizioni da ultimo richiamate presentasse un carattere “*sostanzialmente reiterativo*” della previgente disposizione del 1994.

A conferma di quanto appena affermato, è sufficiente riportare *de extenso* il testo delle due disposizioni in questione:

a) l’articolo 10, comma 1-*quater*, secondo periodo della l. 109 del 1994 stabiliva che “[*quando la prova del possesso dei requisiti*] non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell’offerta, 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 cui all’articolo 4, comma 7 [*sanzioni pecuniarie*], nonché per l’applicazione delle misure sanzionatorie di cui all’articolo 8, comma 7 [*misure interdittive*]”;

b) dal canto suo, l’articolo 48, comma 1, secondo periodo del d.lgs. 163 del 2006 stabilisce che “[*quando la prova del possesso dei requisiti non sia fornita*] ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell’offerta, le stazioni appaltanti procedono all’esclusione del concorrente dalla gara, all’escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all’Autorità per i provvedimenti di cui all’art. 6 comma 11 [*sanzioni pecuniarie*]. L’Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”.

Al riguardo si osserva che nessuna delle (peraltro, lievi) differenze esistenti

fra i due testi giustifica l'opzione interpretativa proposta dall'Autorità appellante, ovvero è idonea a revocare in dubbio l'evidente carattere di continuità sistematica fra le due disposizioni, sì da giustificare in toto l'affermazione del T.A.R. secondo cui la seconda di esse presenta un carattere sostanzialmente reiterativo di quanto già affermato (ai fini che qui rilevano) dalla disposizione del 1994.

2.2.3. Neppure può essere condivisa la tesi dell'Autorità, secondo cui la *voluntas* del Legislatore del 2006 di far derivare la sanzione interdittiva anche dal mero ritardo nel fornire la comprova del possesso dei requisiti si desumerebbe in via indiretta dall'attenuazione della risposta sanzionatoria (nella tesi dell'Autorità, la diminuzione del minimo edittale della sospensione da tre a un mese disposta nel 2006 si giustificerebbe, appunto, quale conseguenza della scelta di ampliare il campo della sanzionabilità, annettendo – quindi – una risposta meno afflittiva a ipotesi – quali quelle all'origine dei fatti di causa – caratterizzate da una gravità obiettivamente inferiore).

L'argomento in questione non può essere condiviso, in quanto:

- in primo luogo, esso muove dall'impostazione di colmare attraverso il ricorso all'argomento dell'interpretazione sistematica le lacune del ricorso a un argomento letterale che – per le ragioni dinanzi esposte – non consente di suffragare la tesi dell'appellante. In tal modo operando, tuttavia, l'Autorità appellante finisce per privare di significato il ricorso prioritario all'interpretazione di carattere letterale (la quale, invero, nel caso in questione non lascia adito a dubbi di sorta, palesando la sostanziale continuità fra la disposizione del 1994 e quella del 2006) e per revocare in dubbio il carattere soltanto *sussidiario* dell'argomento sistematico (in tal senso: art. 12, disp. prel. Cod. civ.);
- in secondo luogo, se la *litera legis* dell'articolo 48, cit. non ammette alcuna interpretazione tale per cui il Legislatore del 2006 avrebbe ampliato l'area

della sanzionabilità in quanto tale, ne resta destituito di fondamento l'ulteriore argomento secondo cui l'abbassamento della soglia della sanzione interdittiva risulterebbe – appunto – volto a tenere conto delle ipotesi di minore gravità in cui la comprova del possesso dei requisiti non è mancata in assoluto, ma è stata solo ritardata. Conseguentemente, alla nuova – e più attenuata - scelta di politica sanzionatoria deve essere attribuito un diverso significato e finalità, dovendosi probabilmente ritenere che tale scelta derivi semplicemente dalla consapevolezza delle rigidità di un sistema interdittivo che contempla un minimo edittale eccessivamente basso.

2.3. In base a quanto sin qui esposto, deve essere confermato l'orientamento giurisprudenziale (formatosi nella vigenza dell'articolo 10 della l. 109 del 1994) secondo cui la mancata, tempestiva comprova in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non giustifica comunque l'irrogazione della più grave sanzione interdittiva quante volte la comprova sia stata soltanto ritardata, ma non radicalmente omessa.

Se ciò è vero, non risulta rilevante ai fini del decidere l'esame degli ulteriori argomenti offerti dall'Autorità, la quale sottolinea la gravità del ritardo con cui la società appellata aveva fornito la comprova dei requisiti in questione (in definitiva, solo a seguito della formale esclusione, tale società si era infine risolta a comprovare in modo certo il possesso di tali requisiti).

A tacer d'altro, tale comportamento risulta adeguatamente sanzionato con l'esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione che essa avrebbe potuto evitare semplicemente fornendo in modo tempestivo gli atti e i documenti in suo possesso.

2.4. Ed ancora, se sono corrette le acquisizioni sin qui tracciate (e, in particolare, il dato della non percorribilità sistematica dell'opzione interpretativa proposta dall'Autorità appellante), neppure risulta rilevante ai fini del decidere l'esame dell'ulteriore motivo, con cui si è sostenuta la

compatibilità di tale opzione con l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE e con il principio della *par condicio* fra i concorrenti.

A tacer d'altro, anche se si condividesse in via di principio la tesi di tale compatibilità, ciò non determinerebbe comunque la incompatibilità *de iure communitario* del diverso orientamento prescelto dal Legislatore e dinanzi richiamato.

Si tratterebbe, a ben vedere, della mera scelta fra due possibili tecniche di recepimento ambedue astrattamente compatibili con l'ordinamento comunitario, senza che l'opzione da parte del Legislatore per l'una o l'altra di esse palesi *ex se* l'illegittimità della soluzione non prescelta.

3. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 5736 del 2009, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Autorità appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 2.000 (duemila), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)