

Verifica a campione

La verifica a campione: problemi e prospettive

di MAURO GIOVANNELLI

La «verifica a campione» introdotta dalla Merloni-ter ha sollevato non pochi problemi interpretativi dietro all'apparente semplicità di formulazione della norma in merito alla sua applicazione e alle prospettive future dopo l'introduzione del Regolamento in tema di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici.

L'art. 3 della legge 18 novembre 1998 n. 415 (cosiddetta Merloni ter) ha - tra le altre integrazioni - aggiunto, sotto la rubrica «soggetti ammessi alle gare», al testo dell'originario art. 10 della legge 109/1994, un ulteriore comma (1-quater) che letteralmente così si esprime: «I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, 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, scelte 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 dal bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova 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, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione».

Si tratta della cosiddetta «verifica a campione», come subito è stata definita da chi si è occupato del tema (1). La norma in esame si rivela ad una prima lettura di facile comprensione, stante anche la lineare esposizione del dettato.

Non mancano, peraltro, problemi interpretativi e di es-

si, in particolare, ci vogliamo occupare nel presente scritto.

Vedremo anche le prospettive che l'istituto, nel merito, propone, sulla base dell'evoluzione legislativa in tema di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici (art. 8, legge 109/94 e regolamento D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34).

Come è facile immaginare la disposizione in oggetto è stata e sarà nel futuro, con le precisazioni e i limiti che vedremo, di frequente applicazione, stante l'obbligatorietà per le stazioni appaltanti di procedere alla verifica da essa prefigurata e la consistenza delle sanzioni in essa

Nota:

(1) Sull'argomento, si vedano: Frascolla R., *La verifica a campione in La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di Caringella F., Milano, 1999, 317; Boccella M., Ponti A., *La qualificazione delle ditte appaltatrici, il sorteggio del 10% delle ditte partecipanti alla gara e il nuovo istituto del supplemento nella legge Merloni ter*, in *Nuova rass.*, 1999, 1264. Invece, più in generale, per un'analisi delle novità introdotte dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 si vedano: Tassan Mazzocco D., Angelieri C., Zoppolato M., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter) (commento alla l. 18 novembre 1998, n. 415)*, Milano, 1999; De Rose C., *Le novità della Merloni ter e loro compatibilità comunitaria: prime riflessioni di ordine sistematico*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 1701, il quale, tra l'altro, a proposito della corrispondenza della ratio delle «verifiche a campione» allo spirito della normativa comunitaria in materia di appalti, afferma che «non v'è dubbio che anche le esigenze economiche espresse dal messaggio comunitario trovino risposta nei citati profili normativi come in altri, quali la verifica dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati da parte di partecipanti alle procedure concorsuali previamente sorteggiati omissis» (cit. pag. 1702). Ancora, per un commento alla legge 415/1998: Bernardini M., *La seconda riforma della legge quadro sugli appalti pubblici (commento alla l. 18 novembre 1998, n. 415)*, in *Corr. Giur.*, 1999, 271; Dammicco G., *Tutte le novità della l. n. 415 del 1998, c.d. Merloni ter*, in *Gazzetta Giur.*, 1999, 6, 1; Visone A., *Merloni ter in pillole*, in *Nuova Rass.*, 1998, 2278. Infine, una critica al procedimento scelto dal legislatore viene mossa da Tabarrini A. e Tabarrini L. in *Le nuove norme in materia di lavori pubblici*, Rimini, 1998, 55 ss., dove, tra l'altro, si sottolinea che «quanto alla procedura, non condividiamo in quanto si presenta lunga, macchinosa e difficoltosa e va contro la logica, ormai seguita in ogni campo, dello snellimento delle procedure al fine di conseguire il massimo dell'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa».

In questo senso anche: Atto di regolazione n. 15 del 30 marzo 2000 dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici.

previste, che per più versi incidono sui partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici che abbiano violato il precetto primario della norma.

Conferma l'annotazione fin qui fatta la già consistente giurisprudenza che, in relazione a diversi aspetti del suo contenuto, si è già pronunciata (2).

Le fattispecie disciplinate dall'art 10, comma 1-quater

La lettura della norma rivela immediatamente che il legislatore ha voluto, nel corpo di un unico comma, disciplinare due fattispecie diverse, le quali non paiono rispondere poi ad una *ratio* o meglio ad una finalità perfettamente identica.

Con la prima si è inteso sottoporre a verifica obbligatoria da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 2, comma 2 della stessa legge 109/94 un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate e prima che si sia proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica circa il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa «eventualmente richiesti dal bando di gara».

In questo caso la disposizione normativa sembra voler realizzare una duplice finalità: da un lato quella di dare speditezza al procedimento di aggiudicazione, evitando che offerte prive di alcuni requisiti richiesti dal bando possano influenzare in modo anomalo la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia delle offerte presentate; dall'altro quella di garantire la *par condicio* dei concorrenti, in funzione preventiva di cautela, scoraggiando, attraverso un forte sistema sanzionatorio, che concorrenti privi dei requisiti richiesti sotto i profili richiamati possano inserirsi nel procedimento concorsuale al solo scopo di alterare la regolare formazione del meccanismo di anomalia per favorire un diverso concorrente in grado di approfittarne (3).

Con la seconda fattispecie, invece, si è voluto applicare lo stesso regime di verifica, s'intende a posteriori e dopo gli esiti dell'aggiudicazione, nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che lo segue in graduatoria, per il caso che essi non fossero ricompresi tra i soggetti già sorvegliati a titolo cautelativo, con l'effetto, nel caso di esito negativo della verifica ed oltre l'uguale applicazione delle sanzioni, di rideterminare la nuova soglia di anomalia dell'offerta e di procedere all'eventuale nuova aggiudicazione.

La *ratio* di questa seconda fattispecie pare, quindi, prescindere da uno specifico significato di cautela e di disincentivazione di offerte non regolari e soffermarsi piuttosto sul principio della *par condicio*, sul rispetto del bando di gara e sull'ineludibile esigenza che l'aggiudicazione avvenga a favore di chi possiede effettivamente tutti i requisiti prescritti (4).

Passando, ora, ad analizzare il contenuto normativo della disposizione in esame, i problemi che si pongono all'interprete sono, in verità, abbastanza numerosi.

Obbligatorietà della verifica a campione

Il primo riguarda il carattere sicuramente obbligatorio della procedura di verifica a campione: le amministrazioni aggiudicatrici debbono, quindi, provvedervi in tutte le procedure di gara con almeno due concorrenti (5).

La procedura in questione non si applica, invece, nei casi di aggiudicazione a trattativa privata, anche se questa è stata preceduta da una gara informale, perché in questo caso non si procede alla determinazione della media.

Un secondo problema riguarda l'arco temporale entro il quale le amministrazioni aggiudicatrici debbono provvedere alla verifica a campione.

È naturale che il tempo di effettuazione della procedura debba rispondere a ragioni di celerità, rese palesi - tra l'altro - dall'indicazione del termine (dieci giorni) entro il quale i requisiti richiesti vanno comprovati e comunque dalla *ratio* complessiva del sistema che comporta la sospensione delle attività di aggiudicazione fino alla ricezione e alla verifica della documentazione inviata.

La norma indica tale tempo di effettuazione con l'espressione «prima di procedere all'apertura delle buste presentate» e la formula usata potrebbe far ritenere che la verifica debba eseguirsi prima di qualsiasi operazione preliminare, compreso l'accertamento di inammissibilità

Note:

(2) Si segnala la prima pronuncia giurisprudenziale in materia di verifiche a campione, ovvero quella del T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 gennaio 2000, n. 69, in *www.diritto.it* con nota di Alesio M., il quale attentamente sottolinea come «la verifica potrà dar luogo ad un diffuso contenzioso, in quanto l'ammissione o l'esclusione di un concorrente non rileva solo fra il sorteggiato e la stazione appaltante. Infatti, la decisione presa a seguito della verifica può incidere pure sul calcolo della soglia di offerta anomala, per cui le altre imprese potrebbero dimostrare la sussistenza di un loro eventuale interesse a ricorrere, in quanto pregiudicate dalla decisione medesima». Si segnalano inoltre, T.A.R. Campania, Salerno, 23 maggio 2000, n. 366, in TAR, 2000, 7-8, 3389; T.A.R. Lazio, sez. III bis, 30 maggio 2000, n. 4437; T.A.R. Toscana, sez. I, 6 novembre 2000, n. 2273, in *www.bosettiogatti.com*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, ord. 23 novembre 2000, n. 3841, in *www.giust.it* con commento di Alesio M., nella quale si affronta il problema della natura dei termini, propendendo per la natura ordinatoria del termine di giorni dieci, entro il quale l'impresa sorteggiata dovrà comprovare il possesso dei requisiti, anche se giova ricordare che con l'Atto di regolazione n. 15 del 30 marzo 2000, l'Autorità di vigilanza ha espressamente qualificato il suddetto termine come perentorio. Infine, di recente, Cons. Stato, sez. VI, ord. 13 febbraio 2001, n. 1020. Da ultimo, T.A.R. Campania, sez. I, 5 marzo 2001, in *www.giust.it*.

(3) Così anche Frascolla R., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di Caringella F., cit., sub. art. 10, 317-318.

(4) Sulla *ratio* della disposizione: Frascolla R., Tabarrini A. e L., *Commentario alla Merloni ter*, Rimini, 1998, 57; Mezzapaco S., *Supplemento, un anidoto contro l'inadempimento*, in *Giàda al diritto*, 1998, 49, 107.

(5) Sotto il regime del D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55, la verifica andava fatta anche per gli appalti di importo pari o inferiore ad un milione di ECU, per quanto l'art. 5, comma 1, testualmente disponesse che, per quegli appalti, «l'ente committente richiede, ai fini dell'accertamento dell'idoneità tecnica e finanziaria dell'impresa, il solo certificato di iscrizione all'Albo Nazionale dei costruttori per categoria e classifica corrispondente ai lavori previsti nell'appalto».

per vizi formali, come ad esempio quelli afferenti alla presentazione dell'offerta oltre i termini di scadenza, alla non sigillatura delle buste, alla mancata indicazione del nominativo o dell'oggetto dell'appalto, alla mancata prestazione della richiesta cauzione.

Ma una tale interpretazione non sarebbe ragionevole, perché allungherebbe inesorabilmente i tempi di accertamento, determinerebbe un ritardo nell'aggiudicazione e comunque comporterebbe un inutile spreco di attività per verifiche su soggetti poi destinati, per le indicate ragioni formali, ad essere esclusi.

Allora diventa logico che la verifica vada fatta dopo che sono state compiute le operazioni preliminari e quindi sulle domande che sono previamente considerate ammissibili, con l'esclusione di quelle che non abbiano i requisiti formali per la partecipazione alla gara.

Risulta conseguentemente ragionevole interpretare il riferimento alle «buste delle offerte presentate», come rivolto alle buste delle «offerte economiche», che lascia spazio alla Commissione di gara di isolare quelle buste e procedere alla verifica formale dei plichi, delle domande di partecipazione e della documentazione concernente la qualificazione e la cauzione (6).

Ne discende la conseguenza che anche la scelta del numero dei concorrenti da sottoporre a verifica per il possesso dei requisiti a cui si riferisce la norma debba effettuarsi sugli offerenti che hanno superato il vaglio, diciamo così, dell'ammissione preliminare e cioè non siano già incorsi nell'esclusione determinata da irregolarità formali, di tipo diverso da quelle di cui si discute.

Non avrebbe, infatti, senso non si dice di sottoporre a verifica soggetti ormai inesorabilmente già esclusi dalla procedura di aggiudicazione, ma neanche che di essi si debba tener conto per determinare la soglia minima numerica degli offerenti da verificare.

In definitiva il numero degli offerenti che dovranno comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa dovrà essere almeno pari al dieci per cento delle domande presentate e preliminarmente ammesse, con facoltà dell'amministrazione di elevare la soglia del dieci per cento delle stesse, che il legislatore indica come minima.

Non paiono offrire problemi i dati, chiaramente emergenti dalla norma, secondo cui gli offerenti da sottoporre a verifica debbono essere scelti attraverso sorteggio pubblico, cosicché la discrezionalità dell'amministrazione si esercita solo sul numero dei sorteggiati, oltre la soglia minima del 10%, ma non sul criterio di scelta.

Di converso ne deriva che eventuali o necessari altri controlli disposti dalla stazione appaltante, anche in correlazione alle prescrizioni della *lex specialis* costituita dal bando, su soggetti partecipanti diversi dai sorteggiati, se possono portare alla loro esclusione in via di autotutela non consentono l'applicazione delle sanzioni previste dalla norma in esame che, per il principio della tassatività (7) e della gravità delle stesse, non possono che applicarsi alla fattispecie individuata e secondo il proce-

dimento previsto, ivi compresa - s'intende - l'estensione all'aggiudicatario ed al secondo classificato secondo l'ipotesi espressamente prevista dall'ultima parte della norma in esame.

Il Regolamento Bargone

Come abbiamo visto all'inizio, parlando delle finalità o meglio della *ratio* della norma, il legislatore nell'intento di deflazionare le offerte irregolari e soprattutto quelle fatte a scopo emulativo o con l'intento specifico di turbare a vantaggio di qualche offerente o a danno di altro, la corretta formazione della soglia di anomalia, ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di far «comprovare», almeno ad un numero minimo di partecipanti, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, «eventualmente richiesti dal bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera d'invito».

Tali requisiti, poi, assumono un diverso significato a seconda che la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici sia regolata dalla disciplina transitoria prevista dagli artt. 29 e ss. del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (c.d. regolamento sulla qualificazione) o dal sistema a regime dato dal possesso dell'attestato di qualificazione rilasciato dagli organismi di autorizzazione (8), il quale «costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici» (art. 1, comma 3 D.P.R. 34/2000) e «le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità e contenuti diversi da quelli previsti» nel regolamento (art. 1 comma 4 D.P.R. 34/2000). Di contro

Note:

(6) Nel senso del testo si esprimono anche Atto di regolazione n. 15/2000 e T.A.R. Toscana, sez. I, 6 novembre 2000, n. 2273; *contra* Frascolla R. in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di Caringella F., cit. 317-318.

(7) L'art. 1, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, recita che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Il raffronto con altre più note disposizioni è immediato, in primo luogo con l'art. 25 della Costituzione, il cui comma 2 dispone che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»; in secondo luogo con gli artt. 1 e 2 c.p. In particolare, spesso la Corte di Cassazione è intervenuta a chiarire il significato e la portata dell'art. 1, legge 689/81, come ad esempio da ultimo Cass., sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in cui si qualifica la riserva di legge come «assoluta», al pari di quella contenuta nell'art. 25 Cost. Ancora, si ricordano Cass., sez. I, 21 settembre 1990, n. 9633 e Cass., sez. I, 15 febbraio 1999, 1242. Sulla riserva di legge Cerbo P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 42 ss.

(8) Come noto la fase transitoria è già cessata per le gare sopra soglia comunitaria al 1° marzo 2001, mentre cesserà per gli appalti sotto soglia al 1° gennaio 2002, s'intende salva per quest'ultima la proroga che il legislatore dovesse accordare.

nella fase transitoria le imprese per partecipare alle gare dovranno dare conto del possesso di specifici requisiti (cifra di affari in lavori in rapporto all'appalto da affidare, esecuzione di importo determinato di lavori appartenenti alla categoria prevalente, costo del personale dipendente, dotazione di attrezzatura tecnica), che documenteranno con una serie a volte complessa e articolata di elementi.

Ne discende, di conseguenza, il diverso rilievo della verifica a campione che nel primo caso (sistema a regime) non potrà che limitarsi a domandare la produzione dell'attestato di qualificazione, la cui autenticità potrà essere ora certificata anche attraverso la autodichiarazione consentita dalla semplificazione amministrativa, mentre nel secondo la richiesta potrà essere più ampia e riguardare tutta la documentazione dichiarata nella domanda di partecipazione alla gara attestante il possesso degli elementi dichiarati e che denotano i requisiti di capacità necessari e richiesti dal bando per accedere all'aggiudicazione dei lavori in gara.

È, quindi, di tutta evidenza che, per quanto utile o necessaria per conseguire gli obiettivi che si sono definiti richiamando la *ratio* della norma, la verifica perderà gran parte del suo valore «sostanziale» allorché il sistema di qualificazione andrà a regime in modo completo, perché l'elusione della procedura sotto i profili richiesti sarà molto più difficile e il rigoroso sistema sanzionatorio con notevole probabilità sarà di per sé in grado di contenere le imprese concorrenti da avventure partecipative di corto respiro (9).

Vi è poi da chiarire che significato assuma l'espressione contenuta nella norma in esame, secondo cui la verifica in questione potrebbe riguardare solo i requisiti «eventualmente» richiesti dal bando.

Se l'avverbio non ha esclusivamente un significato «pleonastico» (10), è da ritenere che il legislatore abbia avuto in mente il regime precedente al regolamento di qualificazione, fondato innanzitutto sull'iscrizione delle ditte partecipanti all'Albo Nazionale dei Costruttori e richiedere la produzione di quel certificato per l'attestazione dei requisiti impliciti nelle categorie da esso contemplate e la produzione specifica degli altri elementi eventualmente richiesti dal bando, peraltro esclusivamente per gli appalti superiori ad un milione di ECU, in quanto per quelli pari od inferiori l'art. 5, comma 1, del D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55 vincolava la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere il possesso di ulteriori requisiti.

Con l'entrata in vigore del regime della qualificazione lo spazio di richiedere ulteriori requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa diversi da quelli impliciti nell'attestato si riduce, quindi, notevolmente, anche per il divieto contenuto nell'art. 1, comma 4 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 ed è limitato come si è detto agli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro o solo a quelli previsti dalle leggi speciali (ad esempio legge 46/90).

S'intende, poi, che il possesso di tali requisiti sarà stato solo dichiarato dal concorrente sorteggiato nella domanda di ammissione alla gara, perché se neanche vi fosse la dichiarazione di possesso si sarebbe dovuto procedere all'esclusione formale del partecipante prima ancora di sottoporlo al procedimento di verifica a campione.

Si può, così, concludere che dalla verifica a campione si potrebbe addirittura prescindere, con espressa indicazione nel bando di gara, quando per l'importo dell'appalto (superiore a euro 150.000) l'amministrazione aggiudicatrice richieda la presentazione in allegato alla domanda di gara della copia, certificata conforme, dell'attestato di qualificazione (11).

Accantonato, quindi, il problema fondamentale del si-

Note:

(9) Fanno eccezione alla considerazione generale svolta nel testo gli appalti di importo pari od inferiore a 150.000 euro, che sfuggendo ai sensi dell'art. 28 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 all'obbligatorietà dell'attestato di qualificazione da parte delle ditte partecipanti, possono far sì che le stazioni appaltanti richiedano nel bando oltre ai requisiti previsti dal citato art. 28, anche altri requisiti diversi e più specifici. Ne deriva che in questo caso la verifica a campione riassume tutta la sua valenza quale, almeno così sembra, l'abbia pensata il legislatore della legge 415/98.

(10) Tale significato gli attribuisce la Circolare M.M.L.L.P.P. 25 ottobre 1999 n. 1285/508/333, in questa Rivista, 2000, 2, 133 ss. e in particolare 134.

(11) Boccella M., *Il contenuto dell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109/94, come modificata dalla legge n. 415/98*, in Nuova Rass., 1999, 392, il quale, tra l'altro, sottolinea come «la presenza, all'interno della norma, della parola «eventualmente» dovrebbe stare a significare che non in tutte le gare si debba comunque procedere alla verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa omnis. Tali gare - cioè quelle nelle quali non è necessario procedere alla verifica - sono, a nostro avviso, quelle per le quali i requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa possono essere comprovati solo ed esclusivamente mediante iscrizione dell'impresa alla C.C.I.A.A. o, per appalti superiori ai 75.000.000 di lire, all'Albo nazionale dei costruttori omnis». Prosegue il commentatore, richiamando l'art. 5 del D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55 e ricordando che «È solo per quegli appalti per i quali possono e sono stati richiesti ulteriori requisiti rispetto all'iscrizione alla C.C.I.A.A. e all'A.N.C. che deve, a nostro avviso, procedersi alla verifica in questione, mediante sorteggio, sempre che il bando abbia indicato tale possibilità ed abbia individuato, anche per ragioni di trasparenza, la documentazione eventualmente da presentare in corso di gara». In Boccella M., Ponzi A., *cit.*, si ribadisce che «si debba o, quanto meno, si possa - fare a meno del sorteggio ogni qualvolta ci si trovi di fronte ad appalti di lavori pubblici di valore pari od inferiore ad un milione di ECU»; a sostegno della tesi viene riportato parzialmente il testo di un parere reso dall'A.N.C.I. al Comune di Concorezzo in data 11 marzo 1999. Degna di interesse è la pronuncia del T.A.R. Campania-Salerno, n. 366/2000, *cit.*, nella quale il collegio campano interpreta il comma 1-*quater* dell'art. 10 della Medoni, nel senso che «dall'analisi letterale del richiamato comma 1-*quater* emerge che la procedura di verifica preventiva deve essere posta in essere nel caso in cui il bando di gara richieda espressamente il possesso di determinati requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, la cui dimostrazione deve essere fornita attraverso la documentazione pure indicata nel bando. Il contenuto della norma, in uno all'utilizzo del termine «eventualmente», lascia intendere che la stessa trova applicazione solo nell'ipotesi in cui il bando preveda specifici requisiti di capacità, diversi ed ulteriori rispetto alla mera iscrizione all'A.N.C. La verifica preventiva non va, dunque, effettuata quando tale espressa richiesta non vi sia in sede di *lex specialis* della gara».

stema (transitorio o definitivo) in cui la verifica si effettua, essa si eseguirà con la richiesta ai concorrenti sorteggiati di presentare «la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito».

Sembra, quindi, certo che l'amministrazione non possa che riferirsi e richiedere la documentazione già indicata nel bando o nella lettera d'invito, anche per non sottoporre, nel breve termine concesso per l'adempimento, il soggetto verificato a ricerche e rinvenimenti che potrebbero rivelarsi laboriosi o complessi o comunque più lunghi del tempo a disposizione.

È certo che tra la documentazione richiesta non potrà esservi quella relativa ad «atti o certificati concernenti fatti, stati e qualità personali che risultino attestati in documenti» già in possesso delle singole amministrazioni «o che le stesse siano tenute a certificare» (così si esprime l'art. 10 della legge 4 gennaio 1968 n. 15) e comunque deve ammettersi la possibilità del concorrente richiesto di depositare una dichiarazione sostitutiva di notorietà rilasciata sotto la propria responsabilità secondo la quale la stazione appaltante è già in possesso dei documenti da fornire, naturalmente ove questi conservino la loro validità (si veda in proposito anche art. 18, legge 7 agosto 1990, n. 241).

È poi ragionevole ritenere che il riferimento al possesso debba riguardare quella specifica amministrazione o comunque l'apparato amministrativo a cui appartiene l'ufficio che svolge le funzioni di stazione appaltante, senza potersi riferire ad altre amministrazioni o, in generale, alla pubblica amministrazione.

Il termine

Un problema di notevole rilievo, per gli effetti che la relativa soluzione è in grado di produrre sulle situazioni soggettive dei partecipanti alla gara sorteggiati per le verifiche circa il possesso dei requisiti di capacità, è costituito dalla natura del termine di dieci giorni decorrente «dalla data della richiesta medesima» di comprovare tali requisiti con la presentazione della documentazione indicata nel bando e nella lettera di invito.

È indiscutibile che tale termine comincerà a decorrere dalla data in cui la richiesta perviene al partecipante sorteggiato (12).

Ma il problema più delicato è quello di stabilire se il termine in questione sia perentorio, cioè non possa essere abbreviato o prorogato o invece debba ritenersi ordinario, cioè possa essere abbreviato o prorogato o comunque non sia stabilito a pena di decadenza.

Dei «termini» dispone - come noto - il codice del rito civile, nel libro primo, titolo VI, cap. II, agli artt. 152-155.

Per la verità, il secondo comma dell'art. 152 sancisce che i termini stabiliti dalla legge sono ordinari, tranne che la legge stessa li dichiara perentori (13).

I termini perentori sono quelli la cui decorrenza dà luogo automaticamente alla decadenza del potere di com-

piere l'atto (14) o, come ci si esprime efficacemente (15), il termine perentorio concreta un fatto giuridico strutturalmente autonomo caratterizzato da una propria efficacia di tipo estintivo.

Peraltro la rigida indicazione dell'art. 152 del codice del rito civile, che di sé si riferisce per la *sedes materiae* e per espressa indicazione del legislatore, solo ai termini per il compimento degli atti del processo, non ha carattere tassativo, perché la perentorietà del termine può anche «discendere dalla qualificazione dell'atto e dalla sua sussunzione sotto una determinata norma» (16).

Nel diritto pubblico ed in specie nel diritto amministrativo i termini sono generalmente perentori, «all'evidente scopo di non lasciare troppo a lungo nell'incertezza le situazioni giuridiche determinate o circoscritte dagli atti della pubblica amministrazione» e sono di conseguenza brevi, in quanto la loro commisurazione è ispirata al generale principio del *favor* per il pubblico interesse al quale è appunto uniformata l'azione della pubblica amministrazione (17).

Nel caso in esame non si possono, a nostro avviso, nutrire dubbi circa il carattere perentorio del termine di dieci giorni fissato dall'art. 10, 1-*quater* della legge 109/94 nel testo introdotto dalla legge 415/98 per la presentazione dei documenti attestanti il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-amministrativa richiesti dal bando di gara.

Non solo l'assunto è derivato dai principi generali più avanti richiamati, ma ancora di più dal dettato legislativo, perché dalla mancata presentazione o da una pre-

Note:

(12) La Corte Costituzionale si è pronunciata sul problema della decorrenza dei termini, soprattutto quando essa abbia ripercussioni sul diritto di difesa, affermando che «non è garantita l'effettività del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., quando l'inizio del decorso del termine d'impugnazione non coincida con la concreta conoscibilità dell'atto da impugnare», in Corte Cost. 14 dicembre 1990, n. 538. La Corte di Cassazione, sez. I, 23 marzo 1988, n. 2536, ha a sua volta affermato che «la notifica per mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario». Alessio M., nella nota a T.A.R. Piemonte 69/2000 cit., non manca di ricordare che «contrariamente a quanto sostenuto da taluno, la decorrenza del termine va collegata al ricevimento della richiesta, e non certo dalla data di invio, altrimenti il termine da esiguo diventerebbe addirittura impossibile da rispettare, con esiti applicativi al limite del paradosso». Per l'opinione contraria Boissetti B., *La nuova legge sui lavori pubblici*, ed. ICA, 1999, 86.

(13) Il codice di procedura civile del 1865 si esprimeva con formula diversa e probabilmente più precisa all'art. 46 (*I termini, scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità, sono perentori...*), mettendo in risalto non tanto l'espressa dichiarazione della legge, che a volte può mancare, ma piuttosto l'effetto che la legge riconnette al trascorrere del termine.

(14) Mandrioli G., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1995, I, 376.

(15) Ficardi N., *Dei termini*, in *Commentario del codice di diritto processuale civile*, diretto da Allorio E., I, Torino 1973, 1537.

(16) Così, come sempre, acutamente si esprime Satta S., in *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, libro primo, sub art. 152, pp. 532-533 e Cass. 30 luglio 1951, n. 2229; anche peraltro: Andrioli V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1961, sub art. 152, 408.

(17) Sul punto in particolare: Talice C., voce *Termine (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLIV, Milano 1992, 223-224.

sentazione difforme da quanto dichiarato nella domanda di partecipazione alla gara si fa automaticamente derivare l'applicazione della sanzione nella norma stessa prevista (18).

Dalla natura perentoria del termine di dieci giorni per comprovare il possesso dei requisiti indicati dalla norma, ne discende che l'applicazione delle sanzioni previste avviene automaticamente sia allorché la prova non è fornita, sia quando essa attesti la difformità rispetto a quanto il soggetto partecipante alla gara aveva dichiarato nella domanda o nell'offerta.

Si prescinde a questo punto sia dall'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, sia dal dato che la documentazione che li attesti, li comprovi o li renda evidenti pervenga trascorso il termine perentorio di giorni dieci dal ricevimento della richiesta.

Le sanzioni

Le sanzioni, poi, sono quelle tassativamente previste dalla norma in esame: esclusione del concorrente dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici per l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 4, comma 7 della medesima legge 109/94 e della sospensione da tre a sei mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici, come previsto dall'art. 8, comma 7 della legge.

Come si vede si tratta di sanzioni pesanti, nell'applicazione delle quali, al verificarsi dei rigidi presupposti indicati, i soggetti aggiudicatori non hanno discrezionalità neppure nella loro graduazione, discendendo esse dalla formale violazione del precetto primario costituito insieme dalla necessità di dare la prova positiva del fatto richiesto e di darla nel termine perentorio di dieci giorni. Tra le sanzioni che le amministrazioni o i soggetti aggiudicatori dovranno applicare assume rilievo l'escussione della cauzione prestata insieme alla presentazione dell'offerta per l'affidamento dei lavori e che, allo stato, l'art. 30 della legge 109/94 indica pari al 2 per cento dell'importo dei lavori stessi.

Secondo il dettato della legge e secondo l'interpretazione concreta che si è data alla prestazione di tale cauzione, essa funge da garanzia per l'adempimento da parte dell'aggiudicatario dell'obbligo di concludere il contratto di appalto, s'intende nel caso di aggiudicazione agli esiti della gara.

La cauzione ha, in altri termini, funzione simile alla clausola penale (art. 1382 c.c.) (19) fungendo da risarcimento, indipendentemente dalla prova del danno, in caso di inadempimento (sottoscrizione del contratto) o da ritardo nell'adempimento (mancata sottoscrizione nei tempi previsti).

L'originaria e tipica funzione della cauzione come fin qui si è esposto, assume, quindi, con l'introduzione del comma 1-*quater* dell'art. 10 della legge Merloni, un'ulteriore funzione che è quella di esser posta anche a garan-

zia della correttezza e linearità del comportamento precontrattuale che si manifesta appunto in sede di presentazione dell'offerta e quindi la relativa escussione viene a sanzionare una sorta di responsabilità precontrattuale delle imprese partecipanti alle gare di appalto (art. 1337 c.c.) (20).

Il rigore del disposto che stiamo esaminando, che sottopone alla stessa sanzione l'impresa inerte e l'impresa che ha reso dichiarazione infedeli, impone tuttavia di esonerare dall'applicazione delle sanzioni il soggetto che possa dimostrare che l'intempestività o l'incompletezza della presentazione dei documenti richiesti dipende da cause o fatti a lui non imputabili o siano dovuti ad errori materiali e formali operati da terzi ed estranei quindi dalla sfera di azione dell'impresa gravata dell'onere.

Note:

(18) Sul punto la giurisprudenza è pressoché unanimemente concorde. Senza riserve favorevole alla tesi: T.A.R. Veneto, sez. I, 13 dicembre 2000, n. 2604; T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 gennaio 2000, n. 69; T.A.R. Lazio, sez. III bis, 30 maggio 2000, n. 4437; T.A.R. Toscana, sez. I, 6 novembre 2000, n. 2273 e Cons. Stato, sez. VI, ord., 13 febbraio 2001, n. 1020. In senso contrario, invece, T.A.R. Lombardia, sez. III, ord., 23 novembre 2000, n. 3841. Il Consiglio di Stato (sez. IV, 6 aprile 1987, n. 204) anche se aveva in via generale dedotto la natura ordinatoria dei termini stabiliti per il completamento di atti del procedimento amministrativo, aveva peraltro ammesso la natura perentoria del termine a seguito del cui decorso la legge faccia derivare una decadenza. In senso più rigoroso per la perentorietà del termine in procedimenti amministrativi, anche senza espressa indicazione di decadenza da parte della legge, si vedano: Cass., sez. lav. 20 aprile 1984, n. 2608; Cass., sez. lav. 20 gennaio 1986, n. 352.

(19) In questo senso, T.A.R. Toscana, sez. I, 14 settembre 1995, n. 430; Cass., sez. III, 20 maggio 1999, n. 4912; T.A.R. Campania, 11 giugno 1999, n. 1604; T.A.R. Lazio, sez. III, 29 marzo 2000, n. 2443, in TAR 2000, 4, 1772, nella quale si afferma, a proposito della cauzione provvisoria del 2%, che «in tal modo, il Legislatore ha inteso introdurre una clausola penale (art. 1382 c.c.), piuttosto che una caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), atteso che appare manifesta l'intenzione di predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno subito, prescindendo quindi, da qualsiasi considerazione sull'esatta portata quantitativa del momento patito *omissis*». In generale sul tema dell'apposizione di clausola penale in convenzioni tra p. a. e privati, si segnala l'interessante parere del Cons. Stato, sez. II, 11 gennaio 1996, n. 3157.

(20) Sul tema generale della responsabilità precontrattuale, di estremo interesse è l'analisi compiuta da De Lorenzi V., *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in Riv. Dir. Comm. 1999, I, 565. L'autore compie un'esauriente ricostruzione della responsabilità precontrattuale, analizzando attentamente le problematiche sorte al comportamento delle parti nella fase di formazione del contratto, non soltanto dal punto di vista giuridico, ma anche dal punto di vista economico. De Lorenzi esordisce affermando che «Nella fase di formazione del contratto sono normalmente presenti asimmetrie di informazione tra le parti contraenti. Una parte può avere più informazioni dell'altra su circostanze inerenti alla contrattazione; e si presume che una parte abbia più informazioni dell'altra su circostanze che riguardano la propria sfera o la sfera sotto il proprio controllo (sulle proprie qualità personali, sulle qualità della propria prestazione, del proprio bene ecc.), inerenti al contratto da concludere. La presenza di asimmetrie crea le condizioni favorevoli perché la parte con più informazioni intraprenda azioni disoneste di vario tipo (*moral hazard*), che possono consistere anche nel dare informazioni false in senso ampio, a proprio vantaggio e a svantaggio dell'altra» (citata pag. 565 ss.).

Così potrebbe verificarsi ad esempio nel caso di materiale impossibilità dell'ufficio pubblico di fornire il documento richiesto o di errore commesso dall'ufficio nella redazione della certificazione da inoltrare.

In questo caso il soggetto partecipante avrà l'onere di comunicare tempestivamente e nei termini alla stazione appaltante le ragioni del ritardo o dell'incompiutezza per far apprezzare alla stessa la non imputabilità del fatto e l'eventuale concessione di una proroga o la correzione d'ufficio dell'errore materiale (21).

Del resto un'interpretazione diversa legata al dato formale richiesto dalla norma, prescindendo quindi dall'imputabilità in capo al soggetto obbligato, sarebbe tanto irragionevole da rischiare la sanzione di illegittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza (22).

È, poi, del tutto evidente che il comportamento dei soggetti aggiudicatori in sede di applicazione delle sanzioni qui esaminate è soggetto al controllo giurisdizionale in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il quale potrà rilevare - e diremo in primo luogo - l'insussistenza della fattispecie prevista dalla norma ed erroneamente affermata dalla stazione appaltante.

Va, inoltre, segnalato che l'ulteriore applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma, rimessa all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ai sensi dell'art. 4, comma 7, della legge 109/94, è sottoposta all'accertamento dell'omissione fatta «senza giustificati motivi» e quindi ad un apprezzamento discrezionale e ragionevole da parte dell'Autorità Amministrativa.

Resta, infine, da esaminare la seconda parte della norma, che come si è indicato all'inizio, individua una fattispecie diversa e che si distingue nettamente dalla precedente per la sua intrinseca *ratio*, uscendo fuori dall'ambito delle cosiddette verifiche a campione.

In questo caso, infatti, si effettua sull'aggiudicatario, si potrebbe dire quasi obbligatoriamente, perché egli deve comunque dimostrare il possesso dei requisiti anche di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dal bando.

Inoltre la verifica si effettua sul «concorrente che segue in graduatoria» ci pare, prevalentemente, per finalità preventive (se dovesse essere escluso l'aggiudicatario, l'analisi sul secondo classificato, possibile nuovo aggiudicatario, sarebbe già fatta) e acceleratorie della conclusione della procedura.

Peraltro l'effetto della verifica nel caso che si riscontrino inadempimenti agli oneri di produzione o ritardi colpevoli, oltre il limite del termine concesso, anche del secondo classificato, produce inevitabilmente la rideterminazione della soglia di anomalia dell'offerta, definita ai sensi dell'art. 21, comma 1-bis della legge n. 109/94 e, quindi, una diversa eventuale nuova aggiudicazione a favore di un soggetto diverso da quello risultante vincitore prima della verifica.

Vi è da dire, peraltro, che la disposizione in esame pone il termine per la richiesta dei documenti attestanti il possesso dei requisiti di cui si discute all'aggiudicatario e al secondo classificato solo a carico della stazione appaltante («La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara...») per il compimento di attività amministrative.

Non può, quindi, trattarsi che di un termine avente natura sollecitatoria ai fini della rapida conclusione del procedimento, la cui mancata osservanza non produce conseguenze, né tanto meno sanzioni di decadenza dal diritto di richiedere la comprova del possesso di tali requisiti.

Non è, invece, fissato dalla legge alcun termine per l'adempimento da parte dei soggetti richiesti (aggiudicatario e secondo classificato), che peraltro potrà (o meglio dovrà) essere indicato dalla stazione appaltante nell'atto di comunicazione.

Tale termine, tuttavia, non si ritiene possa avere carattere perentorio, in correlazione anche a quanto stabilito da precedenti analoghe disposizioni (art. 19, legge 584/1977 e 30, D.Lgs. 406/91), che la giurisprudenza riteneva non avere carattere vincolante sulla automatica decadenza dall'aggiudicazione (23), ma soprattutto perché in assenza di un termine perentorio non può negarsi all'amministrazione il diritto di avvalersi o meno del decorso del termine per la prevalenza che può assumere

Note:

(21) Per un'interpretazione analoga a quella proposta nel testo si veda: T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 gennaio 2000, n. 69, ove si è affermata l'inapplicabilità della sanzione ad un'impresa che aveva presentato, per errore della Camera di Commercio, bilanci afferenti a due esercizi di una società omonima a quella richiesta, di cui peraltro l'obbligato aveva acquistato un ramo di azienda.

(22) L'elemento soggettivo è regolato dall'art. 3, comma 1, legge 689/81, il quale prevede che «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Nella legge penale le ipotesi di responsabilità oggettiva sono espressamente regolate dall'art. 42, comma 3, c.p. che dispone «la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione». In materia si segnala Cass., sez. I, 11 giugno 1987, n. 5071, in cui si dice che a proposito dell'autore di violazioni per le quali è prevista sanzione amministrativa «il quale è scriminato soltanto in mancanza di colpa, al pari di quanto avviene in materia penale per i delitti colposi e le contravvenzioni, alle quali le infrazioni amministrative sono al riguardo equiparate». Sul tema della colpevolezza, Cerbo P., op. cit., 76, ricorda come «affinché un soggetto sia punito con una sanzione amministrativa è necessario che la violazione, per la quale è prevista la sanzione, sia in qualche modo imputabile a quel soggetto; in altre parole egli deve esserne, in base a quanto previsto astrattamente dalla legge, responsabile: solo in presenza di una simile situazione di imputabilità, del resto, si può muovere ad un soggetto un rimprovero (che rende possibile la successiva applicazione della sanzione amministrativa)».

(23) Interpretazione analoga, con qualche attenuazione, non condivisa, circa la vincolatività dell'applicazione della sanzione, si trova nella Circolare MMLL-PP. 25 ottobre 1999 n. 1285/508/333, che si può leggere in questa Rivista, 2000, 2, 133 ss. e in particolare p. 135. Nel senso del testo si erano espresse tra le altre decisioni: T.A.R. Toscana, sez. I, 28 luglio 1983, n. 723 in TAR 1983, I, 3575; T.A.R. Umbria, 2 settembre 1988, n. 268 in TAR 1988, I, 3400.

l'interesse pubblico di addivenire all'aggiudicazione ad un'offerta seria e conveniente.

Una volta, invece, che il termine, anche eventualmente prorogato, sia decorso e in modo più evidente quando sia riscontrata la presenza di dichiarazioni non veritiere non avallate dal riscontro positivo dei requisiti richiesti in ordine alla capacità economico-finanziaria e tecnico-amministrativa, la stazione appaltante è vincolata nell'applicazione delle identiche sanzioni previste per i soggetti sorteggiati preliminarmente alla formazio-

ne della graduatoria e, come abbiamo visto, in sede preliminare di verifica.

Anzi in questo caso l'inadempimento si rivela anche più grave perché esso normalmente produce la modificazione della graduatoria per effetto del ricalcolo della soglia di anomalia, rende vane attività amministrative compiute a volte anche di natura lunga e complessa, sconvolge posizioni di affidamento e comunque adduce discredito alla stessa serietà delle procedure di selezione concorrenziale dei soggetti migliori.

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati

I SEMINARI DELL'AVVOCATURA

Roma - Centro Congressi Frentani, Via Frentani, 4

Programma

- | | | |
|-----------------|---|---|
| 30 giugno 2001 | <p>LA TESTIMONIANZA
NEL PROCESSO</p> <p><i>Esame e controesame nel processo penale</i>
Prof. Avv. Giuseppe Frigo</p> <p><i>La prova giudiziale civile</i>
Prof. Avv. Federico Carpi</p> <p><i>Il contributo della psicologia
nella formulazione e valutazione
della prova</i>
Prof. Avv. Luisella De Cataldo</p> | <p><i>La interpretazione e l'applicazione
delle norme comunitarie</i>
Prof. Avv. Antonio Tizzano</p> |
| 13 ottobre 2001 | <p>LE TECNICHE
DELL'INTERPRETAZIONE</p> <p><i>Il linguaggio della legge</i>
Prof. Michele Ainis</p> <p><i>La verifica di legittimità costituzionale
della norma</i>
Prov. Avv. Alessandro Pace</p> | <p>17 novembre 2001</p> <p>LE TECNICHE DIFENSIVE
NEL PROCESSO DEL LAVORO</p> <p><i>Problematiche di qualificazione
o inquadramento del rapporto
giuridico controverso</i>
Prof. Avv. Maurizio Cinelli</p> <p><i>Adattamenti delle tecniche difensive
nelle controversie del lavoro
dei dipendenti delle pubbliche
amministrazioni</i>
Prof. Avv. Bruno Sassani</p> <p><i>Disciplina dell'onere probatorio
e disparità sostanziale delle parti</i>
Prof. Avv. Antonio Vallebona</p> |

I lavori saranno coordinati dall'avv. Alarico Mariani Marini
Per informazioni rivolgersi alla segreteria del Centro per la formazione 00186 Roma - Via del Governo Vecchio, 3
tel. n. 06/6872866 - fax 06/7873013 - E-mail: cnf.formazione@tin.it