

## **Parere n. 80 del 14.10.2007**

**PREC430/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla società Equitalia Polis S.p.A. - servizio di gestione delle procedure sanzionatorie amministrative di competenza della Provincia di Bologna. S.A. Area Blu S.p.A..

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

#### *Considerato in fatto*

In data 6 settembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la società Equitalia Polis S.p.A. lamenta l'esclusione disposta nei suoi confronti dalla stazione appaltante, nell'ambito della procedura per l'affidamento del servizio in oggetto.

L'istante rappresenta che l'Area Blu S.p.A. le ha richiesto, in quanto concorrente sorteggiata ai sensi dell' art. 48 D.Lgs. 163/2006, la produzione di una serie di documenti, da spedirsi entro il termine perentorio del 20 agosto 2007. Nella lettera di comunicazione, secondo quanto esposto dall'istante, la stazione appaltante precisava che in occasione delle festività, gli uffici sarebbero rimasti aperti nei giorni 16, 17 e 18 agosto dalle ore 8.30 alle ore 10.00 ed il giorno 20 agosto dalle ore 8.00 alle ore 12.00.

In data 22 agosto l'istante espone di essere stato destinatario del provvedimento di esclusione per non aver comprovato il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico organizzativa dichiarati in sede di gara, nel termine perentorio fissato con conseguente escussione della garanzia fideiussoria. La società Equitalia Polis S.p.A. lamenta che il plico, inviato tramite corriere, non è arrivato tempestivamente a causa degli orari degli uffici della stazione appaltante che, essendo compressi, hanno aggravato la prestazione. Peraltro l'istante fa presente che anche le modalità di invio della documentazione, non contemplando la possibilità di spedire la documentazione via fax o via e-mail, rendevano gravoso l'adempimento.

Viene inoltre contestata dall'istante la mancata apertura del plico e verifica dei documenti in esso contenuti da parte della stazione appaltante, nonché l'avvenuto incameramento della cauzione provvisoria.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, Area Blu ha replicato che il termine assegnato per la produzione dei documenti era pari a 12 giorni, risultando, pertanto, più ampio dei dieci giorni previsti dall' art. 48 del D.Lgs. 163/2006. Inoltre nella lettera di richiesta dei documenti la stazione appaltante aveva diligentemente indicato il dettaglio degli orari di apertura degli uffici al fine di agevolare la consegna. In ordine alle modalità di consegna, la stazione appaltante ritiene di averne garantito vari tipi - ad eccezione del fax, mezzo considerato non idoneo per la spedizione di documentazione in originale - quali la posta tradizionale, l'agenzia di recapito, o la consegna a mano. Infine per quanto attiene alla mancata apertura della busta contenente la documentazione, la stazione appaltante sostiene di aver provveduto alla stessa, al contrario di quanto sostenuto dall'istante. Per quanto concerne l'incameramento della cauzione provvisoria l'Area Blu sostiene di aver agito legittimamente, non sussistendo in capo alla Equitalia Polis condizioni di non imputabilità del ritardo, valutate sulla base dell'atto di regolazione n. 15/2000 di questa Autorità.

In data 17 ottobre 2007 si è tenuta l'audizione alla quale hanno partecipato sia l'istante, sia la

stazione appaltante, che hanno ribadito quanto già esposto in atti.

### *Ritenuto in diritto*

L' art. 48, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che le stazioni appaltanti, 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, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

Detta previsione, ripropone esattamente il contenuto dell' art. 10, comma 1quater, della L. n. 109/94, sul quale la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel senso di ritenere perentoria la natura del termine fissato per il controllo a campione (Cons. di Stato, Sez. IV n. 1189/03; Sez. V nn., 6528/03, 2721/04; Sez. VI nn. 278/01 e 17294/04).

La norma è costantemente interpretata nel senso che esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità sono conseguenze automatiche del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

E' stato, peraltro, recentemente sollevato innanzi al giudice amministrativo il contrasto dell' art. 10, comma 1 quater, della legge 109/94 con il Trattato Ce (artt. 49 - 55; 81 - 86; 157), con la Costituzione (artt. 3, 41, 97), con il principio di proporzionalità nella misura in cui venga riconosciuta a detto termine natura perentoria. Sul punto è stato ritenuto che il contenuto dell' art. 48 non contraddica i principi di imparzialità e buon andamento che presidiano il delicato settore delle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, che anzi ne costituiscono la ratio superiore.

Il meccanismo sanzionatorio in esso previsto non sconta alcun profilo di collisione con le libertà comunitarie e costituzionali e la tutela della concorrenza. In particolare la circostanza che le sanzioni siano irrogate per il mero inadempimento formale (dunque, anche ove l'impresa dimostri - sia pur tardivamente - il possesso dei requisiti) non costituisce un limite alla prestazioni di servizi o allo stabilimento nel territorio nazionale protette dal diritto comunitario né al diritto di iniziativa economica sancito dall' art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all'organizzazione di impresa, di cui ciascun concorrente è chiamato a tener conto nella preparazione della propria attività. Diversamente opinando ogni regolamentazione di una competizione, sol perché rigorosa, costituirebbe un ostacolo all'esercizio della libertà economica, in spregio al principio che vuole l'interesse egoistico (si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 27/6/2007 n. 3704).

Ed invero, le misure, conseguenti all'esclusione del concorrente, di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza si presentano prive di qualsivoglia contenuto discrezionale e si rivelano, anzi, strettamente vincolate alla verifica dell'inadempimento in parola.

Nel caso di specie, la stazione appaltante da quanto descritto in narrativa, ha posto in essere un comportamento conforme a quanto dettato dall' art. 48 del D.Lgs. 163/2006, avendo concesso alla ditta sorteggiata dodici giorni di tempo per comprovare i requisiti dichiarati. Peraltro, non possono ritenersi condivisibili le censure mosse dall'istante in ordine alle modalità con cui la stazione appaltante ha concesso la possibilità di inviare la documentazione in quanto esse non risultano gravose, non essendo state richieste forme particolari.

In ordine all'apertura del plico, è stato chiarito dalla stazione appaltante che la stessa è stata eseguita. Infine, in ordine all'incameramento della cauzione, come sopra è stato evidenziato, tale decisione risulta essere automatica, e svincolata, salvo eccezioni da questa stessa Autorità segnalate, da qualsiasi discrezionalità della stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

### **Il Consiglio**

- ritiene che il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'istante sia conforme alla normativa di settore.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Andrea Camanzi

IL PRESIDENTE

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 novembre 2007