



## **ATTO DI REGOLAZIONE n. 15 del 30 MARZO 2000**

**NATURA DEI TERMINI PER GLI ADEMPIMENTI PREVISTI PER I SOGGETTI AMMESSI ALLE GARE ED ULTERIORI QUESTIONI INTERPRETATIVE RELATIVE ALL'APPLICAZIONE DELL'ART. 10, COMMA 1 *QUATER* DELLA LEGGE 11 FEBBRAIO 1994, N. 109 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI**

Q/85

In data 8 marzo 2000, presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici si è tenuta una audizione in merito alle questioni interpretative derivanti dalla applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 10, comma 1 *quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, sollevata anche da quesiti e segnalazioni di stazioni appaltanti.

Premesso In base a quanto disposto dal comma 1 *quater* dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 3, comma 1, della legge 18 novembre 1998, n. 415, i soggetti aggiudicatori, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 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 nelle domande 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 alla 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 della legge 109/94. 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 tra 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 delle offerte ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Con riferimento alla indicata normativa sono emersi comportamenti non uniformi delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle concrete modalità di espletamento della verifica, all'ambito ed ai presupposti del procedimento relativo ed alle modalità della documentazione dei requisiti.

Si è ritenuto conseguentemente di indire una audizione tenutasi l'8 marzo 2000 al fine di:

1. definire la natura del termine di cui all'art.10, comma 1 *quater* della legge in esame;
2. definire l'ambito di applicazione del procedimento ivi previsto;
3. individuare i presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie;



4. accertare se trovi applicazione al procedimento indicato la normativa sull'autocertificazione ed individuare gli atti e la documentazione che i partecipanti alle gare sono tenuti a presentare.

E tanto alla luce, altresì del regolamento sulla qualificazione 25 gennaio 2000 n. 34.

#### *Considerato*

Finalità evidente della indicata normativa (art. 10, comma 1 *quater* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche) è quella di consentire alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare di appalto dei partecipanti che non siano in possesso dei requisiti richiesti, relativamente alla capacità tecnico-organizzativa ed economico finanziaria, e ciò per ragioni di speditezza del procedimento ed al fine, altresì, di evitare che le relative offerte possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia delle offerte presentate.

In relazione a tali finalità, sono da condividere le indicazioni contenute nella circolare del Ministero dei lavori pubblici prot. 1285/508/333 del 25 ottobre 1995, relative alla obbligatorietà dell'attivazione del procedimento di verifica ed alla sua applicabilità ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Non sembra, infatti, che la norma, per come è formulata - con l'impiego dell'indicativo presente - lasci spazio di valutazione alla stazione appaltante, che è tenuta, pertanto, ad effettuare il controllo, mentre rientra nella sua discrezionalità la sola determinazione relativa al numero delle imprese da verificare che, in ogni caso, non può essere inferiore al dieci per cento delle offerte presentate arrotondato all'unità superiore.

Analogamente, poi, è da ritenere che l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porti ad escludere - per il principio di tassatività delle sanzioni - che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al caso di contestuale controllo, disposto dalla stazione appaltante, dei requisiti di carattere generale. Con riferimento ai medesimi, e se non comprovati, può procedersi, in via di autotutela, alla sola esclusione dalla gara per l'impresa inadempiente, senza l'applicazione alla stessa delle ulteriori sanzioni per tale caso non specificamente disposte, salvo ovviamente l'obbligo di denuncia dei fatti costituente reato.

Sorge, invece, questione se le sanzioni possono essere irrogate solo nel caso in cui siano stati rispettati i preventivi adempimenti fissati dalla norma, per la individuazione delle imprese da controllare a seguito di pubblico sorteggio, dopo aver disposto la esclusione immediata di quelle le cui offerte sono da ritenere, già nella prima fase, obiettivamente inammissibili. A tale quesito deve darsi risposta affermativa, in quanto la individuazione dei soggetti da sottoporre a verifica costituisce adempimento necessario per la individuazione dei soggetti cui possono essere irrogate le "sanzioni" tutte previste dalla legge.

E' da ritenere, inoltre, preclusa la possibilità di sottoporre a verifica soggetti non sorteggiati, salvi ovviamente quegli accertamenti che ove aggiudicatari saranno disposti all'esito della procedura e in osservanza di precise indicazioni normative.

Non è più attuale, invece, la questione prospettata quando era necessaria, in ordine al possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, l'esibizione del certificato di iscrizione all'Albo dei costruttori, se l'avverbio "eventualmente" contenuto nella norma in esame fosse pleonastico, come ritenuto nella circolare del Ministero dei lavori pubblici prima citata.



Per quanto concerne il procedimento di verifica è da premettere che la sua obbligatorietà riguarda tutte le procedure di gara con almeno due concorrenti ed ancorché relative ad appalti di valore pari o inferiore ad un milione di ECU se i partecipanti non abbiano le attestazioni di cui al nuovo sistema di qualificazione.

Il procedimento in esame non ha, invece, luogo nel caso di aggiudicazione a trattativa privata, ancorché la stessa sia stata preceduta da una gara informale, in quanto in tal caso non si procede a determinazione della media.

La determinazione del numero delle imprese da assoggettare a verifica, come esattamente rilevato dal Ministero, deve avvenire con riferimento alle domande di partecipazione che siano state previamente considerate ammissibili. Se è pur vero, infatti, che la norma si riferisce testualmente alle offerte "presentate", è altrettanto vero, tuttavia, che una sua ragionevole interpretazione non può che implicare il solo riferimento alle offerte che siano state previamente ammesse alla gara, stante l'inutilità di considerare, ai fini della verifica a campione, quelle che manchino dei necessari presupposti formali o documentali, previsti dal bando, per poter essere prese in esame. Ed al riguardo, va anche tenuto presente che l'indicazione, contenuta nella norma, relativa alle buste, prima della cui apertura deve essere effettuato il controllo, è da ritenersi riferita alle buste contenenti l'offerta economica ed inserite nei plichi, unitamente alla domanda di partecipazione corredata con la documentazione concernente la qualificazione alla partecipazione stessa e la cauzione.

Concretamente, le stazioni appaltanti, dopo avere aperto i plichi, dovranno accantonare e adeguatamente custodire le buste contenenti l'offerta economica, e verificata l'ammissibilità delle domande proposte, devono procedere ad individuare mediante sorteggio pubblico, tra le domande ritenute ammissibili, quelle relative alle imprese da controllare sospendendo il procedimento per il tempo previsto dal bando e comunque superiore ai dieci giorni successivi all'inoltro della richiesta della documentazione indicata nel bando.

La realtà delle gare ha evidenziato, in ordine alla presentazione della documentazione probatoria, il problema dei limiti alle richieste di documenti da parte delle stazioni appaltanti.

Questo problema riguarda sia la possibilità di richiedere certificazione relativa a fatti, la fonte documentale dei quali è nel possesso dell'amministrazione (requisiti, elenchi ecc.), sia la possibilità dei partecipanti alle gare di far riferimento a documenti già esibiti all'amministrazione. Ne costituisce corollario il quesito se le anzidette fonti documentali o i documenti debbano essere in possesso della stessa stazione appaltante ovvero siano oggetto possibile di riferimento anche se in possesso di separati uffici della stessa o di altra amministrazione.

In ordine al primo problema deve ritenersi applicabile l'art. 10 della legge 4 gennaio 1968, n. 15 il quale stabilisce che "Le singole amministrazioni non possono richiedere atti o certificati concernenti fatti, stati e qualità personali che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che esse stesse siano tenute a certificare".

Deve, altresì, ammettersi la possibilità per l'impresa di adempiere all'obbligo probatorio depositando nei termini dichiarazione circa il possesso da parte della stazione appaltante dei documenti richiesti, ove conservino validità ed ovviamente sotto la propria personale responsabilità per eventuali difformità da sopravvenuti dati reali (art.18 legge 7



agosto 1990, n. 241, confermata dall'art. 7 del D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403).

Circa il quesito posto come corollario, è coerente con principi di funzionalità e stante il riferimento normativo al "possesso" da parte dell'amministrazione che le fonti documentali ed i documenti ai quali il partecipante alla gara può fare riferimento sono quelle in possesso dell'apparato amministrativo cui appartiene l'Ufficio che svolge le funzioni di stazione appaltante, mentre non vi è possibilità materiale e non è quindi configurabile una potenzialità giuridica di "possesso" riferito ad altre amministrazioni, cioè a delle pubbliche amministrazioni.

Dalla formulazione del testo della norma e dalla *ratio* sottesa alla stessa si evince, poi, che il termine di dieci giorni entro cui occorre documentare i requisiti indicati è da considerare perentorio ed improrogabile; nel senso che il suo obiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto della esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione alla Autorità di vigilanza. Né assume rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero la documentazione degli stessi successivamente al decorso dei dieci giorni assegnati, dato che, per come è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti indicati, il solo dato obiettivo e formale dell'inadempimento nel termine prescritto.

Sul punto, appaiono condivisibili le indicazioni del rappresentante dell'ufficio legislativo del Ministero dei lavori pubblici relative alla natura dell'incameramento della cauzione. La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto, prima della entrata in vigore della legge-quadro sui lavori pubblici, che la cauzione provvisoria dovesse servire come garanzia per l'amministrazione dell'adempimento da parte dell'aggiudicatario dell'obbligazione relativa alla sottoscrizione del contratto. Il suo incameramento, nel caso di inadempimento all'obbligazione indicata, dava luogo ad un risarcimento forfettizzato del pregiudizio che si riteneva presuntivamente fosse derivato all'amministrazione. Con l'introduzione del comma 1 *quater* dell'art. 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, la previsione relativa all'incameramento della cauzione provvisoria è stata estesa anche ai partecipanti diversi dall'aggiudicatario assumendo in tal modo una funzione di garanzia, non più in riferimento alla stipula del contratto, sebbene alla serietà ed affidabilità dell'offerta. In ogni caso, come è stato riconosciuto da quasi tutti gli interventori nel corso dell'audizione, la formulazione della norma non lascia spazio ad alcuna valutazione discrezionale per la stazione appaltante dovendo la stessa, al verificarsi dell'inadempimento, procedere alla esclusione dalla gara ed all'incameramento della cauzione, oltre che alla segnalazione alla Autorità di vigilanza per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 4 comma 7 della legge 109/94.

L'automatismo, il carattere sanzionatorio degli adempimenti ora descritti, non precludono tuttavia la prospettazione di una duplice attenuazione degli effetti sopra indicati.

La prima riguarda l'ipotesi che, a istanza dell'impresa, sia comprovata la non imputabilità alla stessa della omissione o del ritardo. In questa ipotesi, viene meno lo stesso riferimento alla impresa del comportamento materiale che è a presupposto della sanzione. Equiparabile è il caso in cui non sussistano gli estremi della fattispecie prevista dalla legge. Così nell'ipotesi in cui si tratti di mancata prova del possesso dei requisiti generali o di errore della stazione appaltante di ritenere non provato il possesso dei requisiti richiesti. Si ritiene allora ammissibile in sede amministrativa, nei limiti in cui si è



verificata una situazione di impossibilità non imputabile all'impresa, comunque da valutare con estremo rigore sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, l'esercizio dei poteri di autotutela con restituzione della cauzione già incamerata.

La seconda è configurabile nel momento successivo della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 7 dell'art. 4 della legge quadro da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, assumendo rilevanza in tal caso oltre all'inadempimento la mancanza di "giustificati motivi".

Diversa ipotesi normativa è quella della richiesta della documentazione di cui trattasi all'aggiudicatario provvisorio ed al secondo graduato, nel caso in cui gli stessi non siano stati già in precedenza sorteggiati. Qui la norma pone il termine di dieci giorni, ma per l'attività amministrativa intesa alla richiesta della documentazione di cui trattasi, termine cui non può riconoscersi, in quanto riferito all'attività di pubblici poteri e senza sanzione di decadenza, che natura sollecitatoria.

L'amministrazione può certo fissare nella richiesta un termine per l'adempimento da parte delle imprese e la scadenza del termine porta all'adozione dei provvedimenti tutti previsti per l'altra ipotesi prima esaminata. Sennonché, non essendo fissato per legge un tempo massimo e non superabile ed avendo quello determinato dall'amministrazione funzione di tutela degli interessi della amministrazione stessa, questa può valutare anche la coerenza con questi interessi stessi di iniziative di correzione od integrazione di documenti e la stessa possibilità - prospettata dal Ministero dei lavori pubblici - di addivenire ugualmente alla stipulazione del contratto con il primo o, in subordine, con il secondo graduato, la cui offerta sia la più vantaggiosa, qualora sia stata dagli stessi, sia pure tardivamente, fornita la prova relativa al possesso dei requisiti in esame.

Da ultimo è da precisare che nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario provvisorio o il secondo classificato non comprovi il possesso dei requisiti sarà necessaria una nuova determinazione della soglia di anomalie delle offerte e, come afferma l'ultima parte dell'articolo 10, comma 1 *quater*, "la conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

Qualora il procedimento di verifica abbia dato esito negativo in ordine al secondo graduato e dal ricalcolo della media, successiva alla esclusione della sua offerta, sia derivata la anomalia dell'offerta, dell'aggiudicatario provvisorio, non si provvederà all'aggiudicazione definitiva allo stesso, ma l'appalto dovrà essere aggiudicato all'impresa meglio classificata sulla base della nuova media, previa, ovviamente, verifica del possesso dei requisiti da parte del nuovo aggiudicatario.

La stessa procedura e le stesse determinazioni saranno assunte nel caso che entrambi, il primo ed il secondo classificato, non forniscano la prova del possesso dei requisiti.

In tutti i casi in cui si ridetermini la media, rimane all'amministrazione la facoltà di scegliere tra procedere all'aggiudicazione oppure dichiarare deserta la gara alla luce degli elementi economici desumibili dalla nuova media come rideterminata.

Va precisato, inoltre, che per gli appalti di importo pari o superiore al controvalore in EURO di 5 milioni di DSP si deve procedere alla determinazione della soglia di anomalia una sola volta, in quanto in tal caso non è consentita la esclusione automatica delle offerte anomale, ma si deve procedere alla verifica progressiva, cominciando da quella più conveniente per la stazione appaltante, della congruità delle offerte stesse, oltre che del



possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario da parte di quello considerato migliore offerente. (art. 21 comma 1bis della legge 109/94)

Quanto, infine, alla possibilità di documentare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi facendo ricorso all'autocertificazione, non sembra che vi siano difficoltà di carattere generale all'applicazione della relativa normativa; resta, tuttavia, il fatto che il ricorso all'autocertificazione, sulla base della legge vigente, è consentito nei confronti delle amministrazioni pubbliche con riferimento a quei soli dati e fatti risultanti da certificati che in alternativa potrebbero essere rilevati da uffici pubblici.

Pertanto, per ogni altro tipo di dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti rimane integro l'obbligo di esibire documentazione non sostituibile con proprie dichiarazioni.

Alle indicazioni sin qui riportate possono essere aggiunte altre precisazioni, con riferimento ai più specifici problemi prospettati per iscritto da stazioni appaltanti o imprese e oralmente in sede di audizione.

Per quanto riguarda la verifica dei requisiti di ordine generale che non è implicata nel sistema di cui all'art. 10 comma 1 *quater*, a parte le precisazioni già offerte, non possono che valere i criteri generali contenuti nella legislazione vigente in tema di documentazione amministrativa.

Circa la possibilità di ammissione con riserva alla gara di partecipanti sorteggiati che non abbiano provato il possesso dei requisiti la soluzione non può essere che negativa, in quanto si concreterebbe una situazione che priverebbe di certezze la media delle offerte necessarie ai fini della indicazione della soglia di anomalia delle offerte, verifica di anomalia che è logico e funzionale presupposto per lo svolgimento delle ulteriori fasi della gara e sul quale, una volta sciolta la riserva, potrebbe essere necessario tornare con rideterminazione di detta soglia.

Al quesito prospettato con riferimento alla gestione degli enti locali e cioè della destinazione delle entrate da incameramento della cauzione può darsi risposta col precisare che le entrate stesse possono essere qualificate "una tantum" con le conseguenze di legge.

Infine, in ordine ai requisiti proposti in tema di bilanci da presentare e di costo del personale (sul quale, si veda oggi, la precisa indicazione di cui all'art. 18 del DPR 25 gennaio 2000, n. 43) può farsi rinvio alle indicazioni, che si condividono, contenute nella circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n. 182/400/93 del 1° marzo 2000.

I Consiglieri

Il Presidente

Il Segretario

Approvato nella seduta del 30 marzo 2000