



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6289/2006, proposto da GIAVAZZI s.r.l. in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma,
via di Ripetta 142;

c o n t r o

– CONSORZIO IDRICO e di TUTELA delle ACQUE del NORD (ora:
SOCIETA' INFRASTRUTTURE ACQUE NORD s.p.a.) in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco
Locati e Antonella Giglio, con domicilio eletto presso lo studio del secondo
in Roma, via Gramsci 14;

– AUTORITA' per la VIGILANZA sui LAVORI PUBBLICI, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

nei confronti

– Mezzanzanica S.P.A., in persona del rappresentante legale p.t., non
costituita;

– Zurich International Italia S.P.A., in persona del rappresentante legale
p.t., non costituita;

N.3704/2007

Reg.Dec.

N. 6289 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 188/2007

– Zurigo Compagnia di Assicurazioni S.A., in persona del rappresentante legale p.t., non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Milano Sez. III, n. 1325 del 7 giugno 2006, non notificata;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Infrastrutture Acque Nord;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza del 17 aprile 2007 il Consigliere Francesco Bellomo e uditi per le parti l'avv. Manzi per delega dell'avv. Ferrari e l'avv. Giglio;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Milano GIAVAZZI s.r.l. domandava l'annullamento:

- a) della deliberazione del Consiglio di amministrazione del Consorzio Idrico e di Tutela delle Acque del Nord Milano n. 121 del 6 giugno 2000, recante approvazione dei verbali della gara indetta per l'affidamento delle opere di completamento della prima linea – Sezione di disinfezione opere civili impianto depurazione Pero, con cui è stata disposta l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara *de qua*;
- b) dei verbali di gara del 12.4.2000, 15.5.2000 e 16.5.2000, approvati con la predetta deliberazione;
- c) della segnalazione n. 2565/2P NL/pc del 2 agosto 2000 del

Consorzio all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai sensi dell'art.

10, comma 1 *quater*, l.n.109/94;

d) delle misure sanzionatorie e dei provvedimenti eventualmente emessi e comunque emittenti da parte dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, l.n.109/94;

e) delle note prot. n. 2566/2P NL del 2 agosto 2000 e prot. n. 3191/2P NL del 6.10.2000, recanti richiesta di escussione della cauzione provvisoria prestata dall'impresa ricorrente per la partecipazione alla gara;

f) di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso e, in particolare, occorrendo, dell'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n.15/2000 del 30.3.2000 in *parte qua*;

nonché, occorrendo, quali atti presupposti e connessi:

g) del bando di gara, nella parte in cui rinvia alla disposizione dell'art. 10, comma 1 *quater*, l.n.109/94;

h) delle note prot. n. 1256/2P NL/pc del 13.4.2000, prot. n. 1512/2P NL/pc dell'8.5.2000, prot. n. 1983/2P NL/pc del 15.6.2000, prot. n. 2564/2P NL/pc del 2.8.2000, prot. n. 2615/2P NL/pc del 4.8.2000 del Consorzio Idrico e di Tutela delle Acque del Nord Milano.

Domandava, altresì, la declaratoria che l'impresa deve essere riammessa alla gara *de qua*, che nessuna misura sanzionatoria e nessun provvedimento ai sensi degli artt. 10, comma 1 *quater*, 4 comma 7, 8 comma 7 l.n.109/94 possono essere adottati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e che la cauzione provvisoria prestata dall'impresa ricorrente per la partecipazione alla gara non può essere escussa.

Il tutto previa disapplicazione dell'art.10, comma 1 *quater*,

l.n.109/94 per contrarietà con il diritto comunitario, ovvero previa rimessione alla Corte di Giustizia della relativa questione, ovvero previa rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1 quater, l.n.109/94 e s.m., per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97 Costituzione.

Domandava, infine, la condanna delle amministrazioni al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'eventuale esecuzione del provvedimento impugnato.

Si costituivano in giudizio per resistere al ricorso il Consorzio Idrico e di Tutela delle Acque del Nord Milano, l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, la controinteressata Mezzanzanica S.P.A. .

Con sentenza n. 1325 del 7 giugno 2006 il TAR dichiarava il ricorso irricevibile nelle parti dirette avverso il provvedimento di esclusione e inammissibile, per carenza di interesse, nel resto.

2. La sentenza è stata appellata da GIAVAZZI s.r.l., che - con i primi tre motivi di gravame - contrasta le argomentazioni del TAR e - con il quarto - ripropone le censure formulate nel ricorso primo grado.

Si è costituita per resistere all'appello il Consorzio Idrico e di Tutela delle Acque del Nord Milano, oggi Società Infrastrutture Acque Nord.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 17 aprile 2007.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. La società appellante ha partecipato all'asta pubblica indetta dal Consorzio Idrico e di Tutela delle Acque del Nord Milano (di seguito:

Consorzio) per l'aggiudicazione dell'appalto delle opere di completamento della prima linea – Sezione di disinfezione- opere civili impianto di Pero dell'importo complessivo a base d'asta di £. 1.414.000.000.

Nel corso della procedura, la stazione appaltante ha eseguito il sorteggio pubblico, di cui all'art.10 comma 1 *quater* l.n.109/94, per la verifica dei requisiti dichiarati dai partecipanti; tra le ditte sorteggiate, è risultata compresa anche la GIAVAZZI s.r.l., cui l'amministrazione, con nota del 13 aprile 2000, ha richiesto la presentazione, entro il termine del 28 aprile 2000, dei documenti idonei a comprovare il possesso dei dichiarati requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa. La medesima ha provveduto al deposito della documentazione richiesta, omettendo tuttavia di presentare i certificati di esecuzione di lavori nella categoria OG1, di valore pari almeno al 40% dell'importo dell'appalto.

A seguito della nota 8 maggio 2000, con cui il Consorzio comunicava all'impresa che non risultavano prodotti i suindicati certificati, l'interessata provvedeva a trasmettere (in data 10 maggio 2000) la documentazione idonea a comprovare il possesso del requisito richiesto per la partecipazione alla gara.

Con verbale in data 15 maggio 2000, la commissione di gara disponeva l'esclusione della società dal prosieguo della procedura, sul presupposto che la stessa non avesse prodotto la documentazione richiesta nel termine perentorio originariamente assegnato, non potendosi considerare validi i certificati fatti pervenire oltre la scadenza di detto termine.

Con delibera n. 121 del 6 giugno 2000 il CdA approvava i verbali di gara e aggiudicava l'appalto all'impresa MEZZANZANICA s.p.a.

Con nota 15 giugno 2000, ricevuta dalla società in data 19 giugno 2000, il Consorzio comunicava la disposta esclusione dalla gara “per mancata comprova, nel termine assegnato, del requisito di capacità, con le ulteriori conseguenze previste dalla disposizione citata”.

Successivamente, con note in data 2 agosto 2000, la stazione appaltante provvedeva alla segnalazione dei fatti all’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e all’escussione della cauzione provvisoria prestata dalla GIAVAZZI, mediante richiesta indirizzata alla Zurich International Italia s.p.a. che aveva rilasciato la garanzia fideiussoria.

3. Il TAR ha innanzitutto dichiarato irricevibile il ricorso presentato dalla GIAVAZZI avverso il provvedimento di esclusione (notificato in data 8 novembre 2000), ritenendo che il termine per l’impugnazione decorresse dal 19 giugno 2000 (giorno in cui la società aveva ricevuto la comunicazione della disposta esclusione dalla gara).

Con il primo motivo di gravame l’appellante censura tale capo di decisione, sostenendo che il *dies a quo* per l’impugnazione fosse il 4 agosto 2000, giorno in cui il Consorzio ha trasmesso la delibera del CdA di approvazione dei verbali di gara in cui era comminata l’esclusione e approvata la graduatoria.

La doglianza è infondata.

Con la nota 19 giugno 2000 la stazione appaltante, oltre a comunicare la disposta esclusione, espressamente indicava le ragioni della misura adottata e rendeva noto l’esito della procedura di gara.

Con tale comunicazione la società veniva anche informata che il CdA del Consorzio, con delibera n. 121 del 6 giugno 2000, aveva approvato

i verbali e le operazioni di gara, confermando in via definitiva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Mezzanica S.P.A. .

Alla luce di tali elementi risulta senz'altro condivisibile il giudizio del TAR, avendo l'appellante acquisito già il 19 giugno 2000 la piena conoscenza delle misure adottate dalla stazione appaltante nei suoi confronti, dei motivi posti a fondamento delle stesse e della loro portata lesiva, nonché degli estremi e del contenuto essenziale dell'atto che ha definito il procedimento concorsuale.

Tale conclusione, peraltro, è conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficiente, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la conoscenza del nucleo essenziale del provvedimento, salva la possibilità di proporre motivi aggiunti in relazione ad aspetti della motivazione emersi successivamente.

Il motivo n. 1 di appello è dunque respinto.

4. Il TAR ha dichiarato inammissibile la restante parte del ricorso, ravvisando che dal consolidamento processuale del provvedimento di esclusione discendesse il difetto di interesse ad agire del ricorrente per l'annullamento delle determinazioni inerenti la cauzione e la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in quanto atti ad esso meramente consequenziali.

Tale decisione viene gravata con i motivi n. 2 e 3 di appello.

Il motivo n. 2, essendo proposto per l'ipotesi di accoglimento del motivo n. 1 (e, dunque, per l'ipotesi che il ricorso avverso l'atto di esclusione fosse ricevibile), va respinto *de plano*.

Con il motivo n. 3 l'appellante sostiene che esclusione dalla gara,

incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità sono sanzioni autonome, suscettibili di separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Nessuna preclusione, dunque, potrebbe discendere dal consolidamento dell'atto di esclusione.

La tesi merita accoglimento, pur non mancando aspetti di criticità nella questione, non a caso oggetto di contrasti in giurisprudenza, ragione per cui la stessa va approfondita.

Giova riportare il testo dell'art. 10, comma 1-quater.

I soggetti di cui all' articolo 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, 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 nel 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, alla 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.

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).

Da ciò, peraltro, non possono trarsi argomenti decisivi - in un senso o nell'altro - in ordine all'autonomia dei singoli effetti.

Infatti, ascrivere le sanzioni al comando della norma piuttosto che al provvedimento di esclusione non implica perciò solo che la definitività di questo non comporti la inoppugnabilità di quelle.

E' nota la decisione n. 949/05 della V Sezione, secondo cui: "Così consolidatasi l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi alla ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni d'incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto all'atto di esclusione, divenuto ormai definitivo".

Il Collegio ritiene, tuttavia, di seguire un'altra strada, più confacente al tema processuale.

La giurisprudenza, tra cui quella segnalata dall'appellante, pare orientata a riconoscere autonoma lesività ai provvedimenti di escussione

della cauzione e segnalazione all'Autorità allorquando è stata chiamata a pronunciarsi su di essi indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara.

E' indiscutibile che l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione.

Se fosse adottata la tesi patrocinata dal giudice di primo grado (e dalla decisione n. 949/05 del Consiglio) si perverebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara - verso cui non ha alcun interesse - per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara - comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso - implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali.

Va, invece, affermato che - pur a fronte di un identico potere ex art. 10, comma 1quater - la fattispecie che ne legittima l'esercizio (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che esso produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra amministrazione e cittadino, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti.

Il motivo di appello n. 3 è accolto.

Da ciò discende la necessità di esaminare le censure ai

provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità riproposte con il quarto motivo di appello.

5. Sotto un primo profilo l'appellante lamenta la violazione dell'art. 10, comma 1quater legge 109/94, essendo il termine ivi previsti di natura ordinatoria ed avendo essa prodotto, sia pure oltre detto termine, la documentazione richiesta.

Il motivo è privo di pregio.

La giurisprudenza del Consiglio è consolidata nel senso della natura perentoria del termine fissato per il controllo a campione (Sez. IV n. 1189/03; Sez. V nn. 2207/02, 6528/03, 2721/04; Sez. VI nn. 278/01 e 17294/04; C.G.A.R.S. n. 44/02), essendosi manifestato qualche dissenso solo con riferimento alla diversa ipotesi dell'aggiudicatario provvisorio.

Gli argomenti richiamati a sostegno dell'anzidetta posizione sono di ordine sia sistematico che letterale, ed il Collegio non ha motivo per ripudiarli.

6. In via subordinata - per l'ipotesi che a detto termine sia riconosciuta natura perentoria - l'appellante solleva il contrasto dell'art. 10, comma 1quater 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.

Le questioni di violazione comunitaria o costituzionale, che possono essere congiuntamente esaminate attesa la loro connessione, sono infondate.

La norma censurata esiste nell'ordinamento da numerosi anni ed è stata confermata - come lo stesso appellante ricorda - nel Codice dei contratti pubblici.

Il suo contenuto non contraddice 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 essa previsto non sconta, *prima facie*, 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 inserito nel quadro dei valori dell'ordinamento giuridico, ai fini dell'identificazione interna dell'area di rilevanza e meritevolezza.

Con ciò, dunque, lasciandosi in disparte ogni questione attinente all'esistenza di motivi di interesse generale che giustifichino - in chiave estrinseca - l'ipotizzato limite.

Quanto, invece, alla dedotta violazione del principio di proporzionalità non si ravvisa l'anzidetta violazione.

Il principio di proporzionalità si articola in tre distinti profili:

- a) idoneità -> rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consente di raggiungere l'obiettivo;
- b) necessarietà -> assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. In virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio;
- c) adeguatezza -> tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione.

L'appellante, lungi dall'evidenziare quale sia il profilo coinvolto nella specie, si limita genericamente a denunciare che l'esercizio del potere sanzionatorio (esclusione + incameramento cauzione + segnalazione all'Autorità) sarebbe sproporzionato allorché l'impresa dimostri - sia pure tardivamente - il possesso dei requisiti.

Senonché tale potere è riconosciuto dal legislatore ed è, come in precedenza evidenziato, vincolato ai presupposti.

Per inficiare la ragionevolezza della norma occorre indicare quali parametri logici o di sistema specifici la scelta di ascrivere siffatto carico sanzionatorio all'inadempimento formale (che inadempimento resta ed esige una sanzione significativa per realizzare l'effetto virtuoso che la norma si propone) mette in crisi.

Al riguardo l'appellante ipotizza una disparità di trattamento tra chi sia privo dei requisiti e chi li dimostri tardivamente (tutti, però, assoggettati alla medesima sanzione), dimentico del fatto che la disparità di trattamento può configurarsi - nelle ipotesi di stessa disciplina per situazioni diverse - solo ove l'elemento di differenza sia significativo rispetto alla fattispecie, sicchè l'identica soluzione di casi diversi risulti inadeguata o priva di ragioni d'essere.

Senonchè, nella specie, l'istituto in esame ha caratteristiche e finalità rispetto alle quali il possesso o meno dei requisiti - comunque non tempestivamente documentati - resta irrilevante, mentre ben potrà rilevare ad altri effetti.

7. Con l'ultima censura l'appellante invoca la violazione di principi e disposizioni di rango ordinario.

La censura è inammissibile.

Ricostruito in senso sfavorevole all'appellante il significato della norma e rigettate le questioni di illegittimità della medesima l'esito è segnato, atteso che l'eventuale contrasto con principi o disposizioni aliunde applicabili è inidoneo - trattandosi di fonti equiordinate - ad impedire l'applicazione al caso della norma che lo regola.

8. In conclusione, in parziale riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va rigettato nel merito quanto alla domanda di annullamento dei provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. L'esito negativo della fase rescissoria conduce, comunque, a una pronuncia di rigetto dell'appello.

La criticità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, rigetta l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 17 aprile 2007, con l'intervento dei sigg.ri:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Carmine Volpe	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Lanfranco Balucani	Consigliere
Francesco Bellomo	Consigliere Est.

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

FRANCESCO BELLOMO

Segretario

GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....27/06/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria