

Circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 1285/508/333 del 25 ottobre 1999

Problematiche connesse all'interpretazione dell'articolo 10, comma 1-quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni

Sono pervenuti numerosi quesiti vertenti sulla applicazione dell'articolo 10, comma 1 quater della legge 109/1994, come introdotto dalla recente legge 415/1998.

Attesa la rilevanza di massima delle questioni poste, segnalata anche dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, e la loro incidenza sulle procedure di affidamento di lavori pubblici, si ritiene opportuna la trattazione unitaria del problema al fine di rendere il più possibile diffusa ed esaustiva la risposta.

La norma in questione, come è noto, così recita: "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 inferiori al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, 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. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione e nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria ed 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 disposizione, contrariamente a quello che potrebbe apparire ad una prima lettura, non introduce un principio radicalmente nuovo nella contrattualistica pubblica.

Anche se sotto il vigore della normativa di recepimento delle direttive comunitarie (art. 19 della legge 584/1977 e art. 30 del D.lgs. 406/1991) la giurisprudenza aveva costantemente affermato l'illegittimità di un'imposizione a tutte le imprese dell'obbligo della preventiva dimostrazione del possesso dei requisiti economici e tecnici, riguardando tale obbligo solo ed esclusivamente l'aggiudicatario (v. la precedente circolare di questo Ministero 2 febbraio 1988 n. 2180), è però vero che si è sempre ritenuto appartenere in via generale all'amministrazione il potere di successivamente controllare la veridicità e l'effettività delle dichiarazioni di parte circa il possesso dei requisiti abilitanti alla partecipazione alla procedura, proprio in considerazione del carattere anticipatorio e "salvo verifica" che le stesse dichiarazioni hanno in seno alle procedure concorsuali (v. conferma anche nel recente art. 1, comma 1, dello stesso D.P.R. 403/1998).

Ciò premesso, si chiede in primo luogo se la procedura di controllo a campione prevista dalla nuova disposizione sia obbligatoria o meno.

Sembra a tale proposito potersi affermare che essa non sia facoltativa, ma che l'amministrazione debba procedervi senza alcun margine di discrezionalità, ad eccezione di quanto attiene alla mera individuazione del numero di imprese da assoggettare a verifica, nel rispetto comunque del limite minimo fissato: la norma infatti è formulata utilizzando il

verbo all'indicativo ("i soggetti..... richiedono"), in modo da non consentire diverse scelte in capo alla stazione appaltante. In altri termini, non vi è alcuna necessità di preventivamente indicare negli atti di gara né l'attivazione della procedura di verifica, né il numero di soggetti che ne saranno interessati; la sola indicazione destinata ad essere previamente espressa riguarda - per esplicita disposizione della norma in esame - il tipo di documentazione che le imprese sorteggiate saranno tenute a produrre per dimostrare la verità di quanto dichiarato. Si pone in secondo luogo il problema dell'ambito oggettivo della norma, e del suo coordinamento con le norme in materia di semplificazione.

Il dubbio se essa riguardi tutte le gare indipendentemente dal loro valore deriva dalla formulazione letterale del testo, che impone la verifica di effettivo possesso solo in relazione ai requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa "eventualmente" richiesti nel bando di gara, così lasciando intendere che vi possano essere procedure nelle quali l'obbligo di verifica non operi.

Secondo una delle interpretazioni prospettate, la norma non dovrebbe applicarsi nelle procedure di affidamento di appalti di valore pari o inferiore al milione di ECU, in quanto in esse nessun requisito sarebbe richiesto oltre al mero certificato di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori in virtù delle disposizioni sul bando tipo attualmente ancora in vigore (D.P.C.M. 55/1991), mentre specifici requisiti aggiuntivi sarebbero invece richiesti per le gare di importo superiore.

Ad avviso di questo Ufficio, detta interpretazione - che sembra confondere il termine "eventualmente" con l'avverbio "ulteriormente" - non può essere seguita. In realtà, anche per gli appalti di valore pari o inferiore al milione di ECU è richiesto il possesso di requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi, se non altro perché essi sono necessari per ottenere quell'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori, obbligatoria ex art. 2 della legge 57/1962 per tutti gli esecutori di lavori pubblici. Non dovendosi peraltro nemmeno confondere il possesso dei requisiti con la loro dimostrazione, ne deriva che per partecipare a gare di valore pari o inferiore al milione di ECU devono essere posseduti i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria adeguati al lavoro da eseguire, solo che ai sensi dell'articolo 5, primo comma, del D.P.C.M. 55/1991 (che, tra l'altro, espressamente menziona i requisiti di idoneità) il relativo accertamento non può che essere condotto alla stregua del certificato di iscrizione all'Albo, per categoria e classifica corrispondente a quel lavoro.

Non potrebbe fondatamente dirsi dunque che per le gare in questione non è richiesto nei bandi il possesso di requisiti tecnici ed economici, in quanto tali devono intendersi anche quelli attestati dall'iscrizione all'Albo, e che hanno natura uguale a quella degli ulteriori requisiti richiesti per gli appalti di valore superiore. Ne consegue quindi che non vi è ostacolo alcuno ad eseguire verifica a campione alle procedure di importo pari o inferiore al milione di ECU.

In tale prospettiva, potrebbe persino dirsi che l'avverbio "eventualmente" ha nel testo un significato addirittura pleonastico, nel senso che la verifica dell'esistenza di determinati requisiti va condotta ogni qualvolta la legge ne esiga il possesso. Certo, poiché la legge deve essere interpretata attribuendo alle parole un significato logico piuttosto che nessun significato, ne conseguirebbe ulteriormente che la verifica non dovrebbe essere compiuta nella sola ipotesi in cui la legge non esiga il possesso di specifici requisiti tecnici e finanziari, e tale caso nell'ordinamento attuale pare essere quello dell'affidamento di appalti di valore inferiore ai 75.000.000 di lire, ovviamente qualora la stazione appaltante intenda procedere a gara.

Stabilito l'ambito oggettivo di applicazione della norma in esame, le relative modalità non possono che essere individuate alla luce della vigente normativa, che nel caso di specie risulta dalla correlazione tra leggi in materia di lavori pubblici e le recenti disposizioni in materia di semplificazione.

Senonché, è bene innanzitutto precisare che le due normative non hanno la medesima sfera di destinatari, dal momento che l'articolo 10, comma 1 quater, della legge 109/1994 si rivolge a tutti i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, della stessa legge (tra cui, come noto, figurano soggetti estranei alla Pubblica Amministrazione), mentre le disposizioni in materia di semplificazione si applicano nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e con i concessionari e gestori di servizi pubblici. Per alcune categorie di stazioni appaltanti, ad esempio gli enti pubblici economici e i soggetti privati, non si pone dunque alcun problema di coordinamento tra i due complessi normativi.

Per quanto riguarda gli altri soggetti, tuttavia, deve comunque propendersi per la tesi della integrale applicazione dell'articolo 10, comma 1 quater: da un lato infatti quest'ultima norma è contenuta in legge - la 415 del 1998 - posteriore alle disposizioni di semplificazione, dall'altro lato in ogni caso essa sarebbe destinata a prevalere sulle altre in virtù del suo carattere di specialità. Pare quindi ragionevole affermare, anche per ovvi motivi di omogeneità di comportamento all'interno delle stazioni appaltanti, che la piena applicazione dell'articolo in esame, soprattutto per quanto concerne il rispetto delle modalità di verifica, non trovi ostacolo nelle disposizioni di cui alla legge 127/1997 e al D.P.R. 403/1998. E del resto, lo stesso articolo 2 di quest'ultimo testo fa espressamente salve le eccezioni previste per legge.

Ne deriva che i soggetti individuati a seguito di sorteggio pubblico devono comprovare il possesso dei requisiti richiesti mediante la presentazione della necessaria documentazione, pure se questa consista in atti (come nel caso del certificato di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori) già in possesso di altra pubblica amministrazione.

Sono inoltre stati formulati più specifici quesiti; in particolare è stato chiesto se la procedura di controllo a campione debba precedere la fase dell'ammissione delle offerte, se possa applicarsi alla trattativa privata, se possa riguardare anche altri elementi soggettivi oltre i requisiti tecnici e finanziari, ed infine quale sia la natura dei termini entro i quali la dimostrazione deve essere data.

Sotto il primo profilo, riferendosi la norma alle offerte "presentate" e non a quelle "ammesse", si pone il dubbio che la verifica debba precedere nel tempo ogni altra operazione di gara, ivi compresa quella dell'accertamento della regolarità formale e della tempestività delle offerte, che come è noto condiziona l'ammissione stessa alla gara. Seppure fondata su un'apparente imprecisione terminologica, l'incertezza interpretativa deve ad avviso di questo Ufficio risolversi nel senso che la verifica a campione non può che riguardare le sole offerte ammesse a concorrere: da un lato infatti la stessa norma impone che il controllo avvenga prima dell'apertura delle buste di offerta, e quindi sembra presupporre esaurita la fase dei riscontri formali, dall'altro lato l'effettività stessa della verifica a campione sarebbe seriamente attenuata qualora si sottoponesse a verifica anche offerte destinate a non partecipare comunque alla gara, con evidente spreco di attività amministrativa. Peraltro, non può trascurarsi che la procedura di verifica prevista dalla norma in esame non costituisce un quid distinto dalla fase di ammissione delle offerte, attenendovi invece essa stessa in quanto ha ad oggetto il controllo della veridicità di quanto l'impresa dichiara per essere ammessa a concorrere; quello che la distingue è solo la sua collocazione cronologica tra le operazioni di gara, logicamente successiva a quelle preposte a controlli formali circa la regolarità delle offerte.

Le considerazioni che precedono inducono a perplessità di fronte ad alcune recenti affermazioni giurisprudenziali, che sembrano consentire l'espletamento della verifica in questione anche dopo l'aggiudicazione, in uno con l'analogo controllo effettuato sull'aggiudicatario. Se infatti la verifica a campione attiene alla fase della ammissione - e non potrebbe essere diversamente, dovendo precedere l'apertura delle buste - essa non può

svolgersi dopo l'aggiudicazione, soprattutto tenendo conto che i suoi risultati sono potenzialmente idonei a condizionare l'individuazione stessa dell'aggiudicatario soggetto alla verifica finale, in forza di eventuali precedenti esclusioni capaci di influire sulla determinazione della media.

Sotto il secondo profilo, pare si debba escludere che la norma in commento si possa riferire all'ipotesi della trattativa privata. A prescindere dal fatto che la ratio sottesa alla verifica discende dalla necessità di evitare che la partecipazione alla procedura di gara da parte di imprese non aventi i requisiti dichiarati possa condizionare le regole della gara stessa, ed in particolare l'effettività di quella media delle offerte che assume decisivo rilievo ai fini della disciplina dell'anomalia ai sensi dell'articolo 21, comma 1 bis, della legge quadro (situazione che non ricorre evidentemente nella trattativa privata, ancorché preceduta da gara informale), non può non osservarsi che nell'ipotesi di affidamento diretto, anche secondo quanto previsto nello schema di regolamento approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, il possesso dei requisiti viene in rilievo esclusivamente con riguardo al migliore offerente, senza che alcuna dichiarazione sia richiesta agli altri soggetti interpellati.

Sotto il terzo profilo la questione appare più delicata, dal momento che la norma in esame prevede la assoggettabilità a controllo delle sole dichiarazioni aventi ad oggetto il possesso dei requisiti tecnici e finanziari. Peraltro, sarebbe notevolmente illogico se solo questi ultimi fossero suscettibili di controllo, e non lo fossero invece quelli - altrettanto importanti e condizionanti in merito alla gara - di natura soggettiva legati all'inesistenza di condanne penali, di fallimento ed altri analoghi. Se tuttavia si deve aver riguardo al principio di carattere generale sopra ricordato, per cui rientra nel generale potere dell'amministrazione procedere alla verifica dell'effettività e della veridicità delle dichiarazioni ricevute, principio di recente ribadito dall'articolo 11 del D.P.R. 403/1998, non sembra esservi dubbio circa l'esistenza in capo alla stazione appaltante del potere di verificare tutte le dichiarazioni di parte, anche oltre lo specifico ambito di applicazione dell'articolo 10, comma 1 quater della legge quadro. La sola conseguenza che discende da quanto detto è che l'eventuale falsità delle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi non potrà trovare disciplina, quanto alle conseguenze, nella norma della legge 109/1994 (ad esempio per ciò che attiene alla titolarità dell'onere di dimostrazione e alle sanzioni), ma dovrà obbedire alle regole ordinarie sulle modalità di verifica a carico della pubblica amministrazione e sulle responsabilità, salva naturalmente l'esclusione dalla gara.

Sotto il quarto profilo infine, deve ritenersi che i termini fissati dalla norma in esame abbiano natura perentoria. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, i termini stabiliti all'interno del procedimento hanno natura ordinatoria se la legge diversamente non statuisce o se dalla loro inosservanza non discende decadenza (v. per tutti Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 1987 n. 204); poiché nel caso di specie è la stessa legge a ricollegare all'inutile decorso del termine di dieci giorni una serie di conseguenze sfavorevoli per l'impresa offerente - esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, inizio del procedimento sanzionatorio - e poiché ancora al rispetto del termine stesso sono connesse esigenze di celerità dell'azione amministrativa e di continuità del procedimento di gara, non pare possa dubitarsi della natura perentoria del termine stesso, anche nella considerazione che la tutela della par condicio fra i concorrenti esclude che la stazione appaltante possa godere del benché minimo margine di discrezionalità in ordine alla disponibilità o meno delle conseguenze derivanti dall'inutile decorso del tempo.

Diversa conclusione deve invece assumersi con riferimento all'analogo termine stabilito dall'ultima parte del comma 1 quater dell'articolo 10 con riguardo alla verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario ed al secondo classificato. Nella vigenza dell'articolo 19 della legge 584/1977 e dell'articolo 30 del D.Lgs. 406/1991 - che, come è noto, prevedevano la stessa verifica dei requisiti in esito alla gara - la giurisprudenza ha affermato la natura non perentoria del relativo termine e il carattere non vincolante della comminatoria della

decadenza dalla aggiudicazione (Cons. Stato, V, 789/1996; TAR Toscana, 723/1989; TAR Umbria, 268/1988). Vero è che in questo caso la formulazione della norma, con l'espressa previsione di sanzioni e di nuova media, sembra più categorica delle precedenti, ma è altrettanto vero che - in coerenza con la natura disponibile della decadenza - deve ritenersi permanere in capo all'amministrazione il potere di avvalersi o meno del decorso del termine, se ciò non determini violazione di norme inderogabili, soprattutto in considerazione dell'interesse pubblico all'affidamento dell'opera secondo l'offerta più vantaggiosa. Nessuna discrezionalità invece può configurarsi se l'esito della verifica riveli la falsità delle dichiarazioni rese, in quanto tale situazione incide sull'esistenza dei presupposti soggettivi per l'affidamento del lavoro.

Ultima annotazione relativamente all'aspetto trattato riguarda il rapporto tra le vicende della gara ed il potere dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici in materia.

La legge ricollega i provvedimenti dell'amministrazione aggiudicatrice (esclusione dell'offerente, incameramento della cauzione, riformulazione della media e segnalazione all'Autorità) al fatto obiettivo dell'inutile decorso del termine di dieci giorni o della mancata conferma dei dati dichiarati, senza che possano rilevare altri elementi di giudizio; le stesse stazioni appaltanti devono dunque procedere a quanto di competenza ove il soggetto sorteggiato non fornisca nei dieci giorni la necessaria dimostrazione confermativa delle dichiarazioni già rese, salvi naturalmente gli ordinari rimedi giurisdizionali.

Ulteriori valutazioni attinenti all'elemento psicologico dell'omissione, all'eventuale esistenza di cause di giustificazione, e a quant'altro possa influire sul comportamento dell'offerente attengono più propriamente all'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, al fine di applicare o graduare la sanzione prevista dall'articolo 4, comma 7, della legge quadro, ma si ritiene non debbano interferire sulle operazioni di gara già concluse.

Ulteriori aspetti della complessa problematica potranno essere esaminati in seguito, se gli uffici ne segnaleranno la rilevanza.