

La Plenaria di Palazzo Spada detta termini perentori per le verifiche dei requisiti post-aggiudicazione.

di Marco Giustiniani

Data di pubblicazione: 26-2-2014

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 25 febbraio 2014, n. 10

Presidente Giovannini, Estensore Meschino

1. L'art. 48, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, di cui al comma 1, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 38 di A.P. del 2013, proposto dalla s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza speciale per i beni archeologici di

Roma – Commissario delegato per la realizzazione di interventi urgenti nelle aree archeologiche di Roma e Ostia Antica, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

s.p.a. Gherardi Ing. Giancarlo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell' ATI con la RE. CO. Restauratori consorziati, la B.5 s.r.l., l'Arch. Didier Repellin e l'Arch. Marina Di Guida, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUATER n. 1257 del 2013 e della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUATER n. 2180 del 2013, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Roma – Commissario delegato per la realizzazione di interventi urgenti nelle aree archeologiche di Roma e Ostia e della s.p.a Gherardi Ing. Giancarlo in proprio e quale Capogruppo mandataria Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Vaiano, l'avvocato dello Stato Chiarina Aiello, l'avvocato Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– Il commissario delegato per la realizzazione degli interventi urgenti nelle aree archeologiche di Roma e Ostia Antica ha indetto, con bando del 4 agosto 2011, una procedura di gara ristretta, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lettera *b*), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*; d'ora innanzi solo Codice) per l'affidamento della progettazione esecutiva, l'esecuzione e il restauro del prospetto settentrionale e meridionale e la realizzazione delle cancellate a chiusura dei fornicci del primo ordine dell'Anfiteatro Flavio (Colosseo).

Alla procedura hanno partecipato due imprese: la Società Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l. (d'ora innanzi solo Lucci) e la Gherardi Ing. Giancarlo s.p.a., capogruppo mandataria dell'ATI con la Re. Co. Restauratori consorziati, la B5 s.r.l., l'arch. Didier Repellin e l'arch. Marina di Guida (d'ora innanzi solo Gherardi).

La Gherardi si è classificata al primo posto, ottenendo il punteggio di 67,475. La Lucci si è classificata al secondo posto, ottenendo il punteggio di 59,761 punti.

La Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Roma, subentrata nella gestione della procedura al Commissario delegato, ha aggiudicato la gara alla Gherardi in via provvisoria il 27 luglio 2012 e in via definitiva il successivo 30 agosto.

2.– La Lucci, con il ricorso n. 8014 del 2012, ha impugnato tali atti innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio deducendo numerosi vizi di illegittimità a carico della Gherardi, tali da comportarne l'esclusione dalla gara.

3. La Gherardi ha proposto un ricorso incidentale con cui ha dedotto numerose illegittimità volte a sostenere che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e fosse priva pertanto di legittimazione.

4. Nel corso del processo, così instaurato, la stazione appaltante, con atto del 22 novembre 2012, prot. n. 39127 (comunicato all'impresa il successivo giorno 23, prot. n. 39244), ha escluso dalla procedura l'aggiudicataria per non avere prodotto, ai sensi dell'art. 48, secondo comma, del Codice, la documentazione necessaria a comprovare i requisiti di partecipazione. In particolare, con nota del 31 ottobre 2012, prot. n. 35805, la stazione appaltante aveva chiesto all'aggiudicataria di depositare tale documentazione entro il termine di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione. L'aggiudicataria avrebbe provveduto al deposito, tardivamente, in data 7 dicembre 2012. Ricevuto l'atto di esclusione, la Gherardi, deducendo di avere effettuato il deposito in data 9 novembre 2012, ha chiesto all'amministrazione di rivedere la sua determinazione.

In particolare, su espressa richiesta della stazione appaltante, la Gherardi ha dichiarato, con atto del 3 dicembre 2012, di avere consegnato la documentazione negli uffici della Soprintendenza «al quinto piano» dove un «addetto, una signora» ha indicato una stanza, collocata «vicina agli ascensori» per effettuare il deposito, che è stato poi «protocollato» da un funzionario di cui la società riferisce di non ricordare il nome. Il Ministero, dopo avere accertato, con dichiarazione resa dai dipendenti ai sensi del d.p.r. n. 445 del 2000, che nella data indicata non risulta dall'analisi del protocollo effettuato alcun deposito, ha confermato, con atto del 4 dicembre 2012, l'esclusione dalla procedura di gara della Gherardi.

5. Quest'ultima avverso il suddetto provvedimento ha proposto autonomo ricorso, n. 10520 del 2012, con cui in particolare, asserito di aver prodotto la documentazione e lamentata la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ha sostenuto che il termine previsto dall'art. 48, secondo comma, del Codice, in mancanza di diversa determinazione contenuta nella *lex specialis*, ha natura ordinatoria e non perentoria, aggiungendo, sul punto, che neanche l'amministrazione ha rispettato il termine di dieci giorni per la richiesta dei documenti.

Nell'ambito del medesimo giudizio:

- è intervenuta, *ad opponendum*, la Lucci, la quale ha, altresì, proposto ricorso incidentale assumendo che la Gherardi avrebbe dovuto essere esclusa per le ragioni già prospettate nel primo ricorso;

- la Gherardi ha proposto controricorso incidentale, che ha riprodotto il ricorso incidentale proposto nell'altro ricorso.

6.– Il Tribunale amministrativo, riuniti i giudizi, li ha decisi con dispositivo pubblicato il 5 febbraio 2013 e con successiva motivazione contenuta nella sentenza del 28 febbraio 2013, n. 2180.

In relazione al ricorso n. 10520 del 2012, il Tribunale, in primo luogo, ha annullato l'atto di esclusione, ritenendo che l'art. 48, secondo comma, del Codice deve essere interpretato, a differenza del primo comma dello stesso articolo, nel senso che il termine indicato dall'amministrazione per il deposito della documentazione richiesta ha valenza sollecitatoria e non perentoria. In questa prospettiva, si aggiunge, essendo incontestato che la documentazione è stata acquisita in data 7 dicembre 2012, diventa irrilevante accertare se effettivamente la Gherardi abbia consegnato detta documentazione già in data 9 novembre 2012.

In secondo luogo, il primo giudice ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, presentato dalla Lucci in qualità di interveniente *ad opponendum*, in quanto «l'oggetto del giudizio è costituito (...) dal provvedimento di esclusione mentre il ricorso incidentale è volto ad impugnare il precedente provvedimento di aggiudicazione».

Infine, per le medesime ragioni appena indicate, il Tribunale amministrativo ha dichiarato inammissibile il controricorso incidentale proposto dalla Gherardi.

In relazione al ricorso n. 8014 del 2012, il Tribunale: a) ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla Gherardi e per l'effetto, applicando i principi enunciati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 7 aprile 2011, n. 4, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Lucci; b) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla Gherardi.

7.– La Lucci ha proposto appello avverso il dispositivo e con successivo atto integrativo ha impugnato anche la motivazione della sentenza.

In particolare, l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui:

a) non ha ritenuto perentorio il termine previsto dall'art. 48 del Codice (si cita, tra le altre, la sentenza della Sesta sezione 8 marzo 2012, n. 1321, che si è espressa in questo senso);

b) ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso incidentale, in quanto l'art. 263 del Codice non richiede che i lavori vengano realizzati, essendo sufficiente la redazione del progetto.

La Lucci ha, poi, riproposto, con l'atto di appello, i motivi contenuti nel ricorso principale, sopra riportati, non esaminati dal primo giudice.

8. Si è costituita in giudizio la Gherardi rilevando che la sentenza è corretta nella parte in cui ha ritenuto che il termine previsto dall'art. 48 non abbia natura perentoria, richiamando, in ogni caso, l'avvenuto deposito della documentazione entro il termine del 9 novembre 2012 e la mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Sono stati, poi, riproposti i motivi contenuti nel ricorso incidentale, già indicati, non esaminati dal primo giudice.

9. Si è costituito in giudizio il Ministero dei beni e delle attività culturali, rilevando che la Lucci non avrebbe censurato la parte della sentenza con cui il primo giudice ha ritenuto che la stessa non sia legittimata ad interloquire sul provvedimento adottato dall'amministrazione. Nel merito, vengono addotte le analoghe argomentazioni contenute nell'atto difensivo della società resistente.

10. La Lucci ha depositato, in vista dell'udienza pubblica del 18 giugno 2013, una memoria con la quale, in relazione alla questione inerente al rispetto del termine, ha affermato che «la mera produzione di un frontespizio recante un timbro e una sigla illeggibile di un soggetto ignoto, peraltro non individuato dall'amministrazione in nessuno dei suoi dipendenti nonostante le ricerche all'uopo compiute» non può costituire prova dell'effettiva consegna dei documenti.

11. La Gherardi ha anch'essa depositato una memoria, in vista della stessa udienza, con la quale ha rilevato che la Soprintendenza aveva disposto che la documentazione avrebbe dovuto essere consegnata «presso la sede del Palazzo Massimo – Piazza dei Cinquecento 67 – Segreteria del Soprintendente». Sul punto si aggiunge che «se poi l'ufficio, indicato dall'amministrazione per la ricezione della documentazione, ha provveduto o non ha provveduto tempestivamente a protocollarla è circostanza che non può essere imputata all'impresa».

12. Con l'ordinanza 9 marzo 2013, n. 791, la Sezione ha rigettato la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza, ritenendo che, «all'esito di una valutazione comparativa degli interessi implicati nella vicenda per cui è causa, deve essere attribuita prevalenza agli interessi pubblici inerenti alla, per quanto possibile, celere realizzazione delle opere oggetto della procedura di gara».

13. All'udienza pubblica del 18 giugno 2013, in cui la causa è stata trattenuta per la decisione, il Collegio ha ritenuto necessario per la definizione della controversia rimettere all'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza n. 4023 del 2013, l'esame delle due seguenti questioni:

a) sulla natura, perentoria o ordinataria, del termine previsto dall'art. 48, secondo comma, del Codice;

b) sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

14. La prima questione concerne la decisione in ordine alla legittimità o meno dell'atto di esclusione dalla procedura di gara della Gherardi, essendo necessario stabilire, a tale fine, quale sia la corretta interpretazione dell'art. 48, secondo comma, del Codice, poiché "la scelta interpretativa sulla natura perentoria o meno del termine in questione incide, ovviamente, sull'accertamento della fondatezza o meno del ricorso di primo grado n. 10520 del 2012, proposto dalla società Gherardi".

La seconda questione è altresì rilevante poiché, se si dovesse ritenere che l'esclusione dalla procedura di gara della Gherardi è illegittima, è necessario stabilire quale sia l'ordine di trattazione dei due ricorsi proposti, principale e incidentale.

Resta alla valutazione dell'Adunanza Plenaria, si richiama nell'ordinanza di rimessione, se – una volta enunciati i principi di diritto sulle questioni sollevate –intenda restituire per il resto il giudizio alla Sezione rimettente.

15. All'udienza del 20 novembre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nell'ordinanza di rimessione, con riguardo alla prima delle due questioni portate all'esame dell'Adunanza Plenaria, si richiamano il contenuto del citato art. 48 del Codice e gli orientamenti interpretativi che si sono formati sulla questione.

2. L'art. 48 disciplina il controllo sul possesso dei requisiti.

In particolare, il primo comma prevede 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, 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»*. La stessa norma prevede che *«quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria»* e alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di sua competenza.

Il secondo comma dello stesso art. 48 dispone che: *«La richiesta di cui al comma 1 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 e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione»* (analoga disciplina era contenuta nell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante «Legge quadro in materia di lavori pubblici»).

3. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, si riferisce nell'ordinanza, è costante nel ritenere che il termine previsto dal primo comma del predetto art. 48, in relazione alla verifica a campione, ha natura perentoria, «*tranne il caso di un oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità*» (tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; sez. V, 13 dicembre 2010, n. 8739; sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 3804) mentre è divisa sulla natura del termine che viene assegnato dall'amministrazione all'aggiudicatario nella procedura prefigurata dal secondo comma dello stesso art. 48.

3.1. Un primo orientamento ritiene che il predetto termine abbia natura ordinatoria per le seguenti ragioni.

In primo luogo, sul *piano letterale*, il secondo comma dell'art. 48, a differenza del primo comma, non contempla un termine legale entro il quale la documentazione richiesta dall'amministrazione deve essere prodotta (Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053; Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2999).

In secondo luogo, sul piano della *ratio*, è stata individuata una ragionevole causa che giustifica la diversità di disciplina: il termine di cui al primo comma dell'art. 48 deve considerarsi perentorio in ragione della «*celerità insita nella fase specifica del procedimento*» in cui si colloca la richiesta; il termine di cui al secondo comma dello stesso art. 48 deve considerarsi, mancando esigenze acceleratorie, meramente sollecitatorio (Cons. Stato, sez. V: 31 marzo 2012, n. 1886; 8 ottobre 2010, n. 6490; 27 ottobre 2005, n. 6003; sez. V, 29 novembre 2004, n. 7758; 6 giugno 2003, n. 3358; nello stesso senso: AVCP "Determinazione n. 5 del 21 maggio 2009").

In questa prospettiva è, pertanto, rimessa all'amministrazione la determinazione di stabilire, mediante una espressa enunciazione nella *lex specialis* e alla luce degli interessi sottesi alla specifica vicenda amministrativa, se assegnare al termine natura ordinatoria o perentoria (v. le sentenze sopra citate).

3.2. Un secondo orientamento assume, invece, che il termine abbia natura perentoria per le seguenti ragioni.

In primo luogo, sul *piano letterale*, il secondo comma dell'art. 48 richiama espressamente quanto previsto dal primo comma della stessa disposizione (Cons. Stato sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321). La mancata indicazione del termine entro il quale la documentazione deve essere depositata non assume rilevanza, in quanto «*spetta all'amministrazione fissarlo*» (Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133). La qualificazione, poi, di tale termine come perentorio deriva dalla previsione delle sanzioni automaticamente applicabili in caso di sua violazione (Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528).

In secondo luogo, sul piano della *ratio*, esiste una identità giustificativa «*che va ravvisata nelle esigenze di celerità e di correttezza del procedimento, per evitare il protrarsi di una procedura viziata per inadeguatezza o scorrettezza degli eventuali aggiudicatari*».

Sul punto, si aggiunge che le suddette esigenze sono ancora più pregnanti quando, mediante

la scelta del vincitore, «*il procedimento abbia raggiunto il proprio esito, e sia il possibile contraente a rendersi inadempiente alla richiesta della stazione appaltante e al conseguente onere di diligenza*» (Cons. Stato, sez. VI, n. 1321 del 2012, cit.; in questo senso anche Cons. giust. amm. sic.: 13 dicembre 2010, n. 1465; 25 maggio 2009, n. 480; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003 n. 4133; sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081; Cons. giust. amm. sic., 24 dicembre 2002, n. 684; Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2002, n. 2207).

4. Sulla seconda questione rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria nell'ordinanza si riferisce che il Collegio ritiene, anche alla luce di quanto stabilito dalla Corte di giustizia con la sentenza 4 luglio 2013, n. C. 100/12, che l'orientamento espresso dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 4 del 2011 debba essere rivisto, e, per esigenze di sinteticità, si rinvia integralmente all'ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681, altresì all'esame dell'Adunanza Plenaria nell'udienza odierna, per l'esposizione dei motivi che depongono per un cambiamento di orientamento interpretativo.

E' infatti preferibile, si soggiunge, che sia la stessa Adunanza Plenaria a verificare se la motivazione posta a base della citata sentenza della Corte di Giustizia comporti una complessiva rieducazione delle questioni riguardanti la perdurante sussistenza o meno della legittimazione e dell'interesse dell'impresa esclusa o da escludere, quando impugni gli atti di gara.

5. Si tratta ora il primo quesito, relativo al comma secondo dell'art. 48 del Codice, con l'esame in via preliminare di quanto dedotto dalla Gherardi, in vista della discussione in Adunanza Plenaria, su questioni che, si asserisce nella relativa memoria, non sono state considerate nell'ordinanza di rimessione e che proverebbero l'irrelevanza del quesito ai fini della decisione.

In particolare si deduce che: a) avendo la Gherardi eccepito in secondo grado, nelle forme dell'appello incidentale, "che si sarebbe in primo luogo dovuto deliberare la questione, di fatto – documentalmente provata –, circa l'avvenuta consegna della documentazione ex art. 48 in data 9.11.2012" (entro dieci giorni perciò dalla richiesta), poiché ciò avrebbe precluso, nello stesso giudizio di primo grado, l'esame della questione della perentorietà o meno del termine di cui all'art. 48, comma secondo, da tanto conseguirebbe l'irrelevanza di tale questione interpretativa ai fini dell'ordinanza di rimessione; b) la Lucci non ha appellato la dichiarazione del primo giudice di inammissibilità per difetto di legittimazione del suo ricorso incidentale nel secondo ricorso (n. 10520 del 2012), per cui essa non avrebbe né legittimazione né interesse ad appellare il capo della sentenza che ha accolto il ricorso autonomo della Gherardi avverso l'esclusione, con conseguente inammissibilità del relativo appello *in parte qua* e irrilevanza ai fini del decidere, anche per questo profilo, della questione della perentorietà o meno del suddetto termine.

Le deduzioni così proposte non possono essere accolte, poiché: a) l'esame della questione rimessa all'Adunanza Plenaria non è condizionato dalla deliberazione della questione di fatto sulla regolarità della consegna della documentazione da parte della Gherardi il 9 novembre 2012, ma, al contrario, tale deliberazione è rilevante soltanto in quanto il termine sia ritenuto perentorio ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice; b) la sentenza di primo grado non ha

dichiarato l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* della Lucci ma del suo ricorso incidentale escludente, poiché non relativo all'oggetto del giudizio sul ricorso n. 10250 del 2012 sull'impugnazione del provvedimento di esclusione. Si deve perciò ritenere che la Lucci, intervenore *ad opponendum* in primo grado e seconda classificata conservi la potestà di appellare la sentenza di primo grado, come già chiarito in giurisprudenza e, oggi, dall'art. 102, comma 2, c.p.a., poiché in posizione autonoma di svantaggio per la mancata esclusione dell'aggiudicataria e, perciò, titolare "*di una situazione soggettiva rilevante, caratterizzata da un interesse sostanziale di segno opposto a quello fatto valere con il ricorso originario, sulla quale si riflette la pronunzia di primo grado* (Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5834).

5.1. Si passa ora all'esame della questione interpretativa rimessa all'esame del Collegio.

L'Adunanza Plenaria ritiene, per le ragioni che seguono, che ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice l'aggiudicatario, e il secondo classificato, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico – organizzativi ed economico - finanziari entro il termine di dieci giorni dalla data della richiesta e che tale termine ha natura perentoria.

5.2. Come indicato nell'ordinanza di rimessione la giurisprudenza costante di questo Consiglio, da cui non vi è motivo di discostarsi, nell'interpretare il comma primo dell'art. 48, qualifica il termine di dieci giorni, assegnato agli offerenti sorteggiati per la presentazione della documentazione sui requisiti, come perentorio, pur non essendo definito formalmente come tale nella norma; ciò in ragione, in sintesi, della "*esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento*" (sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6003) e della "*automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza*", salva l'oggettiva impossibilità alla produzione della documentazione la cui prova grava sull'impresa (sez. V: 7 luglio 2011, n. 4053; n. 6528 del 2003, cit.; sez. IV, n. 810 del 2012, cit.).

L'individuazione del termine come perentorio è perciò anzitutto basata sulla *ratio* dello stesso in rapporto alla fase del procedimento in cui si colloca l'adempimento, in coerenza con la giurisprudenza prevalente di questo Consiglio, per cui l'art. 152 c.p.c, che definisce i termini processuali come ordinatori salvo quelli espressamente qualificati come perentori, "*vale esclusivamente per i termini processuali, mentre con riguardo ai termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo il carattere perentorio o meno va ricavato dalla loro ratio*" (Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6051 e giurisprudenza ivi citata).

5.3. Ciò richiamato, si rileva che l'esigenza di celerità del procedimento è propria anche della fase specifica in cui si inserisce l'adempimento di cui all'art. 48, comma 2, che è quella, conclusiva della procedura, che inizia con l'aggiudicazione provvisoria, seguita: dalla verifica e approvazione di tale aggiudicazione; dall'emanazione, su questa base, del provvedimento di aggiudicazione definitiva; dalla verifica dei prescritti requisiti perché l'aggiudicazione sia efficace; dalla conseguente stipulazione del contratto, eventualmente sottoposto ad approvazione e controlli (articolo 11, commi 4, 5, 8, 9 e 10, articolo 12 del Codice).

L'esigenza di celerità, e certezza, di tale fase è provata, sul piano normativo, dalla previsione del condizionamento sequenziale degli adempimenti e dalla preordinazione di termini per la verifica e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, per l'inoltro della richiesta di verifica

dei requisiti da parte dell'amministrazione e per la stipulazione, approvazione e controlli del contratto (articolo 11, commi 9 e 10, articolo 12, articolo 48, comma 2, del Codice), e, sul piano teleologico, dalla diretta strumentalità di questa fase al perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione, assumendo particolare rilevanza i principi generali di tempestività ed efficacia delle procedure di affidamento, di cui all'art. 2 del Codice, nel momento della conclusione utile della lunga e complessa attività svolta in precedenza per la scelta del contraente.

In questo quadro si deve ritenere la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e non a rallentarne l'iter a tempo indefinito dovendosi perciò, ad avviso del Collegio, interpretare per quanto possibile in questo senso la *ratio* delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata.

5.4. E' fondato allora rapportare a questa logica procedimentale l'adempimento della verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, e del secondo classificato, che l'art. 48, comma secondo, inserisce nella fase conclusiva del procedimento, poiché con tale verifica si incide in modo diretto sull'esito operativo della procedura condizionando l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, con il controllo dell'affidabilità tecnico – economica anzitutto dell'aggiudicatario, e l'accertamento, di conseguenza, della possibilità di stipulare o meno il contratto.

Si tratta quindi di un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo poiché, se la verifica è positiva, viene stipulato il contratto, se manca, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale nuova aggiudicazione, con effetto determinante, in entrambi i casi, per la conclusione efficace della procedura.

5.5. Sarebbe allora in evidente contraddizione con questa logica se l'aggiudicatario potesse costringere l'Amministrazione "*a tenere in piedi sine die per l'esame della documentazione la struttura organizzativa predisposta per la gara*" (Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081), così come potrebbe farlo anche il secondo classificato in caso di inadempimento del primo, con evidente pregiudizio per l'amministrazione, venendo con ciò sospesa a tempo indeterminato, a causa di tale inerzia, una procedura pubblica lunga e complessa nella fase in cui giunge all'esito per cui è stata attivata.

Ciò a fronte, inoltre: della produzione di documenti già in possesso degli interessati alla cui esibizione devono essere pronti fin dalla fase della verifica a campione; dell'incongruità di una norma che, mentre obbliga la stazione appaltante a inoltrare la richiesta per la verifica nel termine di dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, nella logica perciò della tempestiva sequenzialità degli atti, consentirebbe ai destinatari della richiesta di adempiervi senza alcuna perentoria scadenza; della immotivata differenza di trattamento, infine, tra il vincitore e il secondo classificato, da un lato, e gli altri concorrenti sorteggiati in precedenza, dall'altro, essendo obbligati questi e non quelli all'osservanza di un termine perentorio, in contrasto con il principio della *par condicio* fra i concorrenti.

5.6. Questa conclusione, basata sulla *ratio* della previsione normativa, è avvalorata anche dalla lettera della norma, in cui si specifica che la richiesta della documentazione

all'aggiudicatario e al secondo classificato ha il medesimo contenuto ed è assistita dalle medesime sanzioni di quella di cui al comma 1, essendo testualmente previsto che si tratta della richiesta "*di cui al comma 1*" e che, se la prova del possesso dei requisiti non è fornita o confermata, si applicano le "*suddette sanzioni*", avendo richiamato la giurisprudenza sul comma primo, riguardo a tali sanzioni, che l'esclusione dalla gara si ha anche nella "*ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa...*" (Cons. Stato, sez. IV, n. 810 del 2012, cit.).

L'identità per tali profili del contenuto normativo dei due commi è confermata dal fatto che il secondo reca le sole previsioni integrative necessarie a causa della diversità della fase in cui si colloca la verifica, relative: a) al tempo della richiesta da parte della stazione appaltante della prova dei requisiti, da fare "*entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara*", essendo la richiesta successiva a tale conclusione al contrario di quella da inoltrare ai sensi del primo comma; b) alla modalità di prosecuzione del procedimento in caso di mancata verifica, che, in quanto successiva all'intervenuta aggiudicazione, non può che dare luogo alla ridefinizione della soglia di anomalia per l'eventuale nuova aggiudicazione.

5.7. Per quanto sinora considerato si deve concludere non soltanto che la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti deve avvenire, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, entro un termine perentorio ma, anche, che questo termine è lo stesso, di dieci giorni dalla data della richiesta, previsto nel primo comma dell'articolo, non essendovi motivo per ritenere che le disposizioni dei due commi, fondate sulla stessa *ratio* e coordinate con il rinvio del secondo al primo, si differenzino poi per la durata del periodo fissato per l'adempimento, non emergendo alcuna specificità in tal senso nel comma secondo, attinente anzi, come detto, ad una fase del procedimento che ha raggiunto il proprio esito e tanto più, quindi, deve essere informata ad esigenze di celerità.

5.8. Tale conclusione non risulta inficiata da quanto dedotto in contrario con le memorie depositate dall'Avvocatura dello Stato e dalla Gherardi, con cui si asserisce, in sintesi: la violazione dei principi di trasparenza, efficacia e buon andamento, che impongono la previa e chiara determinazione degli obblighi imposti ai privati; di quelli di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, anche alla luce del principio comunitario di proporzionalità; del principio di stretta legalità nella previsione di sanzioni, non potendosi in particolare applicare la sanzione dell'esclusione in corso di procedura, di cui al primo comma dell'art. 48, ad un soggetto ormai passibile soltanto di decadenza dall'aggiudicazione, né introdurre una sanzione non prevista, essendo date quelle richiamate nel secondo comma per la mancata prova del possesso dei requisiti e non per l'inosservanza di un termine.

Tali deduzioni non possono essere accolte, poiché: l'interpretazione dell'articolo 48, comma 2, sopra indicata, non comporta alcun adempimento innovativo per i privati essendo già chiaro dal testo della norma il loro obbligo a comprovare il possesso dei requisiti; l'esclusione è prevista dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice "*in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice...*", essendo con ciò coerente quella del soggetto che non comprovi il possesso di requisiti essenziali per la prestazione oggetto del contratto da stipulare; la sanzione non è immotivata né irragionevole alla luce dello scopo del procedimento

e dell'interesse pubblico con esso perseguito, non risultando rilevante, in questo quadro, il fatto che l'esclusione sia comminata in corso di gara o dopo la sua conclusione; né si introducono sanzioni non previste avendo chiarito la giurisprudenza, come già rilevato, che l'inutile scadenza del termine per la presentazione della documentazione comporta la sanzione dell'esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 48 (sez. IV, n. 810 del 2012, cit.), alle cui sanzioni il comma 2 rinvia.

E' peraltro dirimente, anche per i profili ora considerati, la palese irragionevolezza della possibilità che l'efficace conclusione della gara resti sospesa a tempo indefinito a discrezione dei soggetti privati.

5. 9. L'Adunanza Plenaria afferma pertanto il seguente principio di diritto: *“L'articolo, 48, comma secondo, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma primo del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, di cui al comma primo, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti”*.

6. Per la trattazione della seconda questione sottoposta all'Adunanza Plenaria si rinvia alla pronuncia resa dal Collegio in data odierna nell'esame delle ordinanze di rimessione n. 2059 e n. 2681 del 2013 ed alla relativa definizione dei principi di diritto.

7. Ciò affermato l'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., restituisce gli atti alla Sezione sesta di questo Consiglio per le ulteriori pronunce sul merito della controversia e sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), affermato il principio di diritto di cui in motivazione, restituisce gli atti alla Sezione sesta per ogni ulteriore statuizione nel merito della controversia e sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere