

N. 03580/2016 REG.PROV.COLL.

N. 14679/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 14679 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Società Gelbyson Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nikolaus W.M. Suck, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XXI Aprile, 11;

***contro***

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comando Generale della Guardia di Finanza, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Società ABL Srl;

***per l'annullamento***

del decreto del Comandante del Centro di Aviazione della Guardia di Finanza n. 52 in data 22 ottobre 2015, comunicato in data 26.10.2015, di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di rimessa in efficienza, eventuale fornitura e sostituzione di parti di ricambio, dei galleggianti di emergenza installati sugli elicotteri HH-412C, CH.109B e OH-500°/B in dotazione al Corpo, di cui al bando di gara pubblicato in GU, 5<sup>^</sup> Serie Speciale – contratti pubblici n. 69 del 15.6.2015;

della nota della Guardia di Finanza del 26 ottobre 2015, di comunicazione del decreto di esclusione;

occorrendo e in parte qua dei verbali della commissione di gara del 9.9.2015, 25.9.2015 e 19.10.2015;

della ulteriore nota della Guardia di Finanza – Centro di Aviazione del 25.11.2015 di conferma dei suddetti provvedimenti;

di ogni altro atto antecedente o successivo, collegato o connesso.

Visti il ricorso, i motivi integrativi (e occorrendo aggiunti) e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

La Guardia di Finanza, Centro di Aviazione, ha indetto una gara europea a procedura aperta per l'affidamento del servizio di rimessa in efficienza, eventuale fornitura e sostituzione di parti di ricambio, dei galleggianti di emergenza installati sugli elicotteri HH-412C, CH-109B e OH-500/A/B in dotazione al Corpo.

La stazione appaltante, con decreto n. 52 del 22 ottobre 2015, ha approvato le decisioni della Commissione aggiudicatrice ed ha escluso la Gelbyson Srl dal prosieguo della procedura di gara perché:

- i documenti prodotti, con particolare riferimento alla dimostrazione del requisito di aver svolto servizi analoghi nel triennio 2012-2013-2014 per un importo non inferiore ad euro 130.000,00, costituiti da estratti di bilanci di verifica relativi a ciascun anno, ex punto "17.3.2" del disciplinare di gara, non sono idonei a comprovare il predetto requisito speciale, da possedere a pena di esclusione, autocertificato in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara;
- non è stata prodotta la prova del possesso della certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQAP-2120) necessaria per poter emettere, all'occorrenza, le certificazioni di conformità previste al punto 6. del capitolato tecnico.

Con detto decreto, la stazione appaltante ha proceduto nei confronti della ricorrente altresì:

- all'escussione della somma di euro 390,00 per non aver versato la sanzione pecuniaria avendo fruito del soccorso istruttorio ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006;
- all'escussione della residua somma di euro 3.510,00 dalla originaria cauzione provvisoria di euro 3.900,00;
- alla segnalazione all'Autorità Nazionale AntiCorruzione per i provvedimenti di competenza.

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

*Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, co. 2-bis e 46, del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice*

*appalti). Violazione dei principi di leale collaborazione tra amministrazione e privato e di favor participationis. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e ingiustizia manifesta.*

L'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 avrebbe introdotto nel nostro ordinamento il c.d. soccorso istruttorio rinforzato, a seguito del quale qualsiasi irregolarità sarebbe sanabile e l'esclusione dalla gara potrebbe essere disposta solo quando il concorrente, invitato ad integrare o regolarizzare gli elementi o le dichiarazioni, non dovesse provvedervi nel termine assegnato dalla stazione appaltante

Per effetto del combinato disposto degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del codice dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio rinforzato sarebbe obbligatorio per qualunque ipotesi di omissione o irregolarità delle dichiarazioni rese in gara e dei documenti prodotti, in ogni fase della gara.

Ne consegue che, ove in sede di controlli ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 la stazione appaltante avesse ritenuto di rilevare l'assenza o la mancata prova di requisiti previsti a pena di esclusione dal bando, avrebbe dovuto ricorrere al c.d. soccorso istruttorio ai sensi delle norme citate e chiedere alla Società di completare la documentazione oppure, occorrendo, di depositare nei termini di legge ulteriore documentazione idonea, potendo procedere all'esclusione solo in caso di mancata produzione entro detti termini.

*Eccesso di potere per violazione dei principi di favor participationis e di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto. Violazione e falsa applicazione della lex specialis ed in particolare del punto 17.3.2 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e ingiustizia manifesta.*

Il disciplinare di gara sanzionerebbe con l'esclusione solo ed esclusivamente il mancato possesso del requisito di avere eseguito negli ultimi tre anni servizi analoghi per un determinato ammontare presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici o privati e non anche la sua dimostrazione secondo modalità diverse da quelle ivi indicate.

*Eccesso di potere per violazione dei principi di favor participationis e di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto. Violazione della lex specialis ed in particolare dei punti 13 e 15.5 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e ingiustizia manifesta.*

La certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQP-2120) menzionata nel provvedimento di esclusione non sarebbe inclusa tra i requisiti per la partecipazione alla gara, come si evincerebbe dalla semplice lettura del punto 13 del disciplinare di gara.

*Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 1, ultimo cpv, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di proporzionalità e dei principi di logicità e ragionevolezza. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento e ingiustizia manifesta.*

La giurisprudenza amministrativa avrebbe più volte chiarito che la c.d. triplice sanzione di cui all'art. 48, comma 1, ultimo cpv., d.lgs. n. 163 del 2006, lungi dall'essere applicabile automaticamente per il solo fatto della mancata prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, potrebbe essere legittimamente irrogata solo in caso di effettiva assenza del requisito e a seguito di un giudizio di gravità del comportamento dell'impresa sotto il profilo della correttezza e buona fede.

Con motivi integrativi (o aggiunti), la ricorrente ha inteso meglio esplicitare le censure relative al provvedimento confermativo del 25 novembre 2015 ed all'operato della stazione appaltante e della commissione di gara in sede di procedimento di selezione delle offerte.

La detta nota del 25 novembre 2015, emanata in riscontro alla "richiesta di autotutela e relativa intenzione di proporre impugnazione giurisdizionale ex art. 243 bis, Cod. Appalti" presentata dalla Gelbyson il 18 novembre 2015, oltre ad essere illegittima in via derivata per i vizi che affliggerebbero il provvedimento di esclusione di cui costituisce atto confermativo, sarebbe illegittima, laddove si configuri come nuova valutazione, per i motivi essenzialmente già dedotti nell'atto introduttivo del giudizio che la ricorrente ha ampliato e innervato di maggiori dettagli.

La ricorrente ha altresì sostenuto che l'illegittimità degli atti impugnati troverebbe origine anche nella circostanza che il modo di procedere della stazione appaltante sarebbe stato fuorviante ed avrebbe violato i suoi diritti partecipativi nonché i principi di trasparenza e affidamento.

Per quanto previsto dalla *lex specialis*, la Commissione avrebbe dapprima dovuto procedere alla verifica ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 ed all'adozione di tutti i provvedimenti conseguenti in caso di mancata conferma dei requisiti e, superata tale fase, in una seduta successiva avrebbe dovuto procedere con i concorrenti ammessi all'apertura delle offerte economiche.

La ricorrente, avendo ricevuto la comunicazione relativa all'apertura della busta contenente l'offerta economica, senza alcun rilievo o atto precedente, ne avrebbe logicamente dedotto che la Commissione aveva superato ed esaurito la fase di controllo ex art. 48 con esito favorevole nei propri confronti.

Viceversa, nella seduta del 19 ottobre 2015 non sarebbe stata aperta la busta contenente l'offerta economica della Gelbyson, ma sarebbe stata effettuata la valutazione della documentazione prodotta dai concorrenti ex art. 48, all'esito della quale Gelbyson è stata esclusa.

In tal modo, la stazione appaltante avrebbe condizionato la ricorrente nella propria decisione di essere presente o meno alla seduta e alla valutazione dei requisiti. La mancata partecipazione alla seduta, in definitiva, sarebbe stata determinata da una violazione del procedimento previsto nella *lex specialis* e da un'errata informazione da parte della stazione appaltante sull'oggetto della seduta stessa.

La certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQP-2120), inoltre, non sarebbe mai stata menzionata nel disciplinare di gara e non sarebbe neppure inclusa tra i documenti da produrre a corredo dell'offerta ai sensi del punto 15 del disciplinare, che individuierebbe come unica certificazione di qualità richiesta per la partecipazione alla gara la ISO 9001/2008.

L'Avvocatura Generale dello Stato ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività della notificazione e, nel merito, con analitica memoria, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 14 gennaio 2016, n. 119, "considerato che, ad una prima sommaria delibazione, il ricorso non appare assistito da adeguato *fumus boni iuris* in quanto:

il sub procedimento di verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, caratterizzato dalla perentorietà del termine, costituisce una fase procedimentale successiva a quella di verifica delle dichiarazioni ai fini dell'ammissione alla gara nel cui ambito opera il c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006;

non è in contestazione che la comprova del requisito di aver svolto servizi analoghi nel triennio 2012-2013-2014 per un importo non inferiore ad euro 130.000,00 non sia avvenuta con le modalità di cui al punto. 17.3.2 del disciplinare di gara;

dal punto 6 del capitolato tecnico, che integra la lex specialis di gara, emerge che il concorrente avrebbe dovuto essere in possesso del certificato di qualità serie AER-Q-2120 (AQAP-2120)".

La ricorrente ha prodotto altra memoria a sostegno ed illustrazione delle proprie ragioni.

All'udienza pubblica del 24 febbraio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. L'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività della notifica è infondata.

La data di perfezionamento della notifica effettuata dall'avvocato per mezzo del servizio postale, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 53 del 1994, coincide con quella della consegna del plico all'Ufficio postale e, nel caso di specie, la consegna all'Ufficio postale è avvenuta in data 25 novembre 2015, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione alla ricorrente del provvedimento impugnato, avvenuta il 26 ottobre 2015.

La Corte costituzionale, infatti, con sentenza 20-26 novembre 2002, n. 477, ha dichiarato l'illegittimità del combinato disposto della norma contenuta nell'art. 4, comma 3, della legge n. 890 del 1982 e dell'art. 149 del codice di procedura civile, nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

2. Nel merito, il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

3. Il Centro di Aviazione della Guardia di Finanza, con decreto n. 52 del 22 ottobre 2015, ha approvato le decisioni della Commissione aggiudicatrice ed ha escluso la Gelbyson Srl dal prosieguo della procedura di gara perché:

- i documenti prodotti, con particolare riferimento alla dimostrazione del requisito di aver svolto servizi analoghi nel triennio 2012-2013-2014 per un importo inferiore ad euro 130.000,00, costituiti da estratti di bilanci di verifica relativi a ciascun anno, ex punto "17.3.2" del disciplinare di gara, non sono idonei a comprovare il predetto requisito speciale, da possedere a pena di esclusione, autocertificato in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara;

- non è stata prodotta la prova del possesso della certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQAP-2120) necessaria per poter emettere, all'occorrenza, le certificazioni di conformità previste al punto 6. del capitolato tecnico.

Con lo stesso decreto, come già evidenziato nella parte in fatto, ha disposto nei confronti della ricorrente:

- l'escussione della somma di euro 390,00 per non aver versato la sanzione pecuniaria avendo fruito del soccorso istruttorio ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006;

- l'escussione della residua somma di euro 3.510,00 dalla originaria cauzione provvisoria di euro 3.900,00;

- la segnalazione all'Autorità Nazionale AntiCorruzione per i provvedimenti di competenza.

La stazione appaltante, con atto del 25 novembre 2015, in risposta ad istanza di autotutela ex art. 243 del codice dei contratti pubblici, ha confermato il decreto n. 52 del 22 ottobre 2015.

3.1 Con il primo motivo d'impugnativa, la ricorrente ha sostenuto che, per effetto del combinato disposto degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del codice dei contratti pubblici, ove in sede di controlli ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 la stazione appaltante avesse ritenuto di rilevare l'assenza o la mancata prova di requisiti previsti a pena di esclusione dal bando, avrebbe dovuto ricorrere al c.d. soccorso istruttorio e chiedere alla Società di completare la documentazione oppure, occorrendo, di depositare nei termini di legge ulteriore documentazione idonea, potendo procedere all'esclusione solo in caso di mancata produzione entro detti termini.

In sostanza, la Società Gelbyson ha sostenuto che il c.d. soccorso istruttorio rinforzato si applica anche alla fase del controllo sul possesso dei requisiti di cui all'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, per cui la sua esclusione sarebbe illegittima non avendo la stazione appaltante richiesto alla concorrente di completare la produzione documentale.

La prospettazione non può essere condivisa.

L'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 39, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, stabilisce che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria; in tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Se il tempo decorre inutilmente, la norma prevede l'esclusione dalla gara.

Il successivo art. 46, comma 1, dispone che, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Il comma 1 ter dell'art. 46 aggiunge che le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2 bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

L'art. 48 del codice dei contratti pubblici, infine, prevede che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, scelti con sorteggio pubblico (tale richiesta, ai sensi del secondo comma è altresì inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria), 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.

Sulla base di tale quadro normativo, premesso che la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente è scomponibile in una pluralità di fasi, occorre ritenere che il c.d. soccorso istruttorio riguarda la sola fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti per

l'ammissione alla gara, ma non anche la fase del controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa il cui possesso sia stato dichiarato nel segmento procedimentale anzidetto.

In altri termini, una cosa è verificare le dichiarazioni relative ai requisiti necessari per l'ammissione alla gara, altra cosa è verificare che i requisiti dichiarati sussistono.

Il c.d. soccorso istruttorio, ivi compreso il soccorso rinforzato, attiene alla fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali, non anche alla fase della comprova della loro sussistenza.

Infatti, l'art. 46, comma 1, obbliga le stazioni appaltanti al soccorso nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 ed il terzo comma specifica che le disposizioni sul c.d. soccorso istruttorio rinforzato si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni.

Ne consegue che la fase di comprova dei requisiti di idoneità non è affatto contemplata nel perimetro di applicazione del soccorso istruttorio.

D'altra parte, tale fase, in quanto connotata da particolare rapidità al fine di consentire una sollecita conclusione del procedimento, non potrebbe tollerare una ulteriore interlocuzione con la stazione appaltante in ordine alla sufficienza dei documenti prodotti per comprovare la presenza dei requisiti, costituendo, invece, un obbligo (*rectius*: un onere) per il concorrente produrre, nel termine perentorio di dieci giorni, i documenti sufficienti alla comprova attraverso le modalità specificate nella *lex specialis*.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 febbraio 2014, n. 10, ha chiarito che il termine di 10 giorni previsto dall'art. 48 comma 2 d. lgs. 163/2006, entro il quale l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi tra i concorrenti sorteggiati ai sensi della comma 1, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ha natura perentoria, analogamente a quello previsto dal comma 1 dello stesso articolo per la cosiddetta verifica "a campione" svolta prima di procedere all'apertura delle buste.

In entrambi i casi – ha osservato l'Adunanza Plenaria - la perentorietà del termine, pur non essendo espressamente definita come tale dalla norma, si ricollega alle esigenze di celerità insite nel procedimento di gara e nel carattere automatico delle sanzioni previste per la sua inosservanza (esclusione del concorrente, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di Vigilanza, determinazione della nuova soglia di anomalia e conseguente eventuale nuova aggiudicazione), salva l'oggettiva impossibilità della produzione della documentazione la cui prova grava sull'impresa.

Sul punto, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, al punto d) dei principi di diritto ha altresì affermato che "nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali".

L'individuazione del termine come perentorio discende quindi dalla sua ratio, consistente nella "esigenza di celerità insita nella fase specifica del procedimento", in coerenza con la giurisprudenza prevalente secondo 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" (cfr. Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014, n. 10).

In sostanza, l'imprenditore concorrente, nel presentare la propria offerta, assume anche l'onere di comprovare, a richiesta, il possesso dei requisiti di partecipazione attraverso la presentazione della relativa documentazione entro il termine perentorio di dieci giorni.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, nella fase di prequalificazione, ossia di verifica preliminare delle dichiarazioni necessarie per l'ammissione alla gara, ha attivato nei confronti della Gelbyson Srl il soccorso istruttorio ex art. 38, comma 2 bis, del d.lgs n. 163 del 2006, con nota del 10 settembre 2015, alla quale la ricorrente ha risposto rendendo autocertificazione con le modalità di cui agli artt. 38, 46 e 76 d.P.R. n. 445 del 2000 in data 11 settembre 2015.

Nella successiva fase di verifica dei requisiti, ha chiesto alle Società partecipanti alla gara, ABL Srl e Gelbyson Srl, di comprovare, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dal disciplinare di gara, prima dell'apertura delle offerte economiche, producendo in particolare i seguenti documenti non direttamente acquisibili dal sistema AVCXPass:

- 1) fatturato globale d'impresa riferito agli ultimi tre esercizi (2012 – 2013 e 2014) pari ad almeno euro 390.000.00;
- 2) esecuzione negli ultimi tre esercizi (2012 – 2013 e 2014) di servizi analoghi indicati nel capitolato tecnico per un importo non inferiore ad euro 130.000,00;
- 3) certificazione di qualità ISO 9001/2008 o equivalente;
- 4) certificazioni di cui al "punto 6" del capitolato tecnico inerenti l'oggetto di gara.

La Gelbyson, con nota del 5 ottobre 2015, ha allegato, con riferimento al punto 2), il bilancio di verifica dei periodi con l'indicazione dei clienti che hanno commissionato le riparazioni, debitamente autenticati per la corrispondenza all'originale e, con riferimento al punto 4), ha specificato che il certificato di conformità redatto secondo i dettami previsti dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, firmato dal Rappresentante della Funzione Qualità aziendale o da personale dello stesso a ciò delegato, potrà (essere) emesso solamente in occasione del rilascio del prodotto dopo l'esecuzione delle operazioni di manutenzione pianificate.

Di talché, nella seduta del 19 ottobre 2015, la Commissione, presa visione del punto 17.3.2 del disciplinare di gara, ove si disciplinano le modalità con cui possono essere comprovati i requisiti speciali di partecipazione alla gara previsti nel paragrafo 13 del disciplinare tra cui rientrano i "servizi analoghi", ha constatato la mancanza della prova di aver svolto servizi analoghi nel triennio 2012-2013-2014 non essendo stata prodotta idonea documentazione che, a mente del punto 17.3.2 del disciplinare di gara poteva consistere in "certificati rilasciati dalle pubbliche amministrazioni", "copia dei contratti" e/o "copia delle fatture emesse" e non anche "bilanci di verifica". La Commissione ha altresì rilevato che la Società non ha prodotto copia della certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQAP-2120) necessaria per poter emettere, all'occorrenza,

le certificazioni di conformità previste al punto 6. del Capitolato Tecnico.

Pertanto, in considerazione del disposto normativo di cui al penultimo periodo dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, constatato che la Società Gelbyson non ha fornito prova del possesso di tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, essenziali per il prosieguo nelle ulteriori fasi della gara, ha determinato l'esclusione della Società dalla gara, l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'ANAC per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'azione amministrativa non è illegittima in quanto, se al termine di dieci giorni previsto dall'art. 48 d. lgs. 163/2006 va attribuita natura perentoria, è inevitabile concludere che nel caso di specie l'unica documentazione valutabile dalla stazione appaltante ai fini della verifica del possesso dei requisiti in discorso è quella prodotta dall'impresa in data 5 ottobre 2015, e cioè nel termine di dieci giorni previsto dalla legge e assegnato dalla stazione appaltante con la comunicazione ex art. 48 inviata alla concorrente il 28 settembre 2015.

Né, per quanto in precedenza esposto, la stazione appaltante avrebbe potuto far ricorso al potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici, in quanto potere circoscritto alla fase sub procedimentale di prequalificazione, e ciò anche nel rispetto del richiamato principio espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2014 che non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei Contratti Pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

3.2 Con il secondo motivo di impugnativa, la Società ricorrente ha sostenuto che il disciplinare di gara sanzionerebbe con l'esclusione solo ed esclusivamente il mancato possesso del requisito di avere eseguito negli ultimi tre anni servizi analoghi per un determinato ammontare presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici o privati e non anche la sua dimostrazione secondo modalità diverse da quelle ivi indicate.

La censura muove da una prospettiva non condivisibile e, quindi, non può trovare accoglimento.

Il punto 13 del disciplinare prevede che i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso, tra gli altri, del requisito dell'esecuzione negli ultimi tre anni (2012 – 2013 – 2014) di servizi analoghi indicati nel capitolato tecnico eseguiti presso pubbliche amministrazioni/privati non inferiore a euro 130.000,00 IVA esclusa.

Il punto 17.3.2 del disciplinare di gara ha previsto che i requisiti di cui al paragrafo 13 potranno essere comprovati, quanto al requisito relativo ai servizi analoghi, attraverso attestazione delle prestazioni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi:

a) se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati in originale o in copia conforme e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi;

b) se trattasi di servizi prestati a privati, la prestazione effettivamente svolta è attestata dal committente mediante certificazione da presentarsi in originale o mediante copia autentica dei contratti e delle relative fatture emesse.

Non è in discussione che, avendo allegato il bilancio di verifica dei periodi con l'indicazione dei clienti che hanno commissionato le riparazioni, debitamente autenticati per la corrispondenza

all'originale, la Società ricorrente non ha comprovato il requisito dei "servizi analoghi" con le modalità previste dal disciplinare di gara.

La *lex specialis* di gara, nel dettare la riportata prescrizione, ha evidentemente stabilito attraverso quali modalità i requisiti potessero essere comprovati, attribuendo all'impresa concorrente una facoltà di scelta sul se produrre la certificazione in originale o in copia conforme e vistata ovvero autentica, ma lasciando in maniera inequivoca intendere che la comprova doveva essere effettuata in quel modo e non in altri modi in quanto verosimilmente ritenuti dalla stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, meno garantistici.

In altre parole, al contrario di quanto prospettato dalla ricorrente, le modalità di comprova del requisito stabilite dal disciplinare di gara non costituiscono una esemplificazione, ma una prescrizione cogente e - anche a voler prescindere dal successivo utilizzo delle locuzioni "sono provate" ed "è attestata" - l'utilizzo, nell'incipit della previsione di gara, del verbo "potere" anziché "dovere" può ragionevolmente derivare dalla natura essenzialmente di onere, più che di vero e proprio obbligo, della comprova a carico della parte del possesso dei requisiti.

D'altra parte, l'art. 48 del codice dei contratti pubblici stabilisce che la comprova del possesso dei requisiti avviene "presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito".

Di talché, è indubbio che la ricorrente non abbia comprovato il requisito relativo ai "servizi analoghi".

La conseguente esclusione dalla gara, quindi, non deriva dal mero fatto che il requisito non è stato comprovato secondo le modalità previste dal disciplinare di gara, ma dal fatto che, in assenza di tale dimostrazione, occorre applicare il detto art. 48 che prevede espressamente l'esclusione dalla gara quando la prova del possesso dei requisiti non è fornita.

L'esclusione dell'impresa che non comprova il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, in definitiva, lungi dal dover essere prevista dalla *lex specialis* di gara, è prevista dalla norma generale di cui all'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui, ove 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 per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11.

3.3 L'infondatezza delle doglianze relative alla esclusione per la mancata comprova del requisito dei servizi analoghi rende irrilevante la censura secondo cui la certificazione di qualità AER-Q-2120 (AQP-2120) menzionata nel provvedimento di esclusione non sarebbe inclusa tra i requisiti per la partecipazione alla gara, come si evincerebbe dalla semplice lettura del punto 13 del disciplinare di gara, e ciò in quanto il provvedimento di esclusione sarebbe comunque legittimamente adottato anche sulla sola base del primo motivo di esclusione.

Tale censura, tuttavia, si presenta anch'essa non persuasiva atteso che il punto 6 del capitolato tecnico, che integra la *lex specialis* di gara mutuandone lo stesso carattere vincolante per i partecipanti alla gara, in modo inequivoco ha previsto che "la ditta pertanto dovrà essere in possesso del certificato di qualità serie AER-Q-2120 (AQAP-2120) rilasciato dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici".

3.4 Con l'ultimo motivo contenuto nell'atto introduttivo del giudizio, la Gelbyson ha dedotto che la giurisprudenza amministrativa avrebbe più volte chiarito come la c.d. triplice sanzione di cui all'art. 48, comma 1, ultimo cpv., d.lgs. n. 163 del 2006, lungi dall'essere applicabile

automaticamente per il solo fatto della mancata prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, potrebbe essere legittimamente irrogata solo in caso di effettiva assenza del requisito e a seguito di un giudizio di gravità del comportamento dell'impresa sotto il profilo della correttezza e buona fede.

La tesi non può essere condivisa.

L'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, all'assenza della prova sul possesso dei requisiti speciali, fa seguire non solo l'esclusione del concorrente dalla gara, ma anche l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità.

I principi elaborati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla cauzione provvisoria possono così riassumersi (cfr. Adunanza Plenaria, 10 dicembre 2014, n. 34; Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8, richiamate da Cons. Stato, V, 31 dicembre 2014, n. 6455):

- la cauzione costituisce, strutturalmente, parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa (che la stazione possa liberamente richiedere e quantificare);
- l'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica e costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena contezza;
- la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando;
- l'escussione dà vita ad una misura autonoma ed ulteriore (rispetto alla esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza), che costituisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'amministrazione, un distinto rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore (tanto che si ammette l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa);
- sotto il profilo della natura giuridica si ritiene che, ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso, l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno;
- in definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati.

Di talché, se è pacifico che la mancata presentazione nei termini della documentazione a comprova del possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico - organizzativa costituisce presupposto giustificativo dell'esclusione dell'impresa dalla gara, la Sezione ha avuto modo di sostenere come non possa dirsi allo stesso modo che il mero ritardo nella presentazione della documentazione possa costituire di per sé solo presupposto giustificativo per l'adozione delle

ulteriori misure della escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza (TAR Lazio, Seconda, 4 marzo 2015, n. 3692).

Le norme che si sono succedute nel tempo, infatti, hanno ancorato l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, quale conseguenza automatica e del tutto vincolata dell'esclusione, a fattispecie diverse dalla ritardata presentazione della documentazione, vale a dire all'assenza della prova del possesso dei requisiti ovvero al caso in cui la documentazione fornita non confermi o non sia sufficiente a confermare le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

In altri termini, occorre distinguere l'ipotesi della presentazione tardiva della documentazione, alla quale consegue la sola esclusione dalla gara, dalle ipotesi della omessa presentazione della documentazione o della trasmissione di documentazione che non confermi o, come nel caso di specie, non sia sufficiente a confermare quanto dichiarato in sede di domanda di partecipazione o di offerta, che costituiscono i presupposti legali per procedere, oltre che all'esclusione, all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Il Collegio, in definitiva, ritiene che l'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 possa essere scorporato in due distinte ipotesi: la prima, da intendere nel senso che il mancato adempimento alla prescrizione di legge (id est: la presentazione fuori termine della documentazione) dà senz'altro luogo all'esclusione in base al richiamato principio di carattere generale, ora contenuto nell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante esclude i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste da leggi vigenti; la seconda, prevista dalla successiva parte della disposizione per le ipotesi più gravi, in cui la comprova non vi sia stata, dà luogo non solo all'esclusione, ma anche all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza (ora ANAC).

3.5 Le doglianze proposte con i motivi aggiunti (o integrativi) non possono essere accolte sia in ragione dell'infondatezza delle censure proposte con l'atto introduttivo del giudizio, nella parte in cui delle stesse costituiscono un approfondimento, sia perché risulta evidente che se anche la Commissione avesse dapprima proceduto alla verifica ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 ed all'adozione di tutti i provvedimenti conseguenti in caso di mancata conferma dei requisiti e, superata tale fase, in una seduta successiva avesse proceduto all'apertura delle offerte economiche, nessun diverso esito sarebbe stato possibile

In altri termini, anche se l'impresa fosse stata presentata alla seduta in cui è stata disposta la sua esclusione non è dato comprendere, stante l'infondatezza delle censure dedotte con il presente ricorso, quale diverso esito della procedura avrebbe potuto esserci, atteso che, in assenza della comprova dei requisiti, la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto escludere la ricorrente dalla procedura di gara.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (di cui euro 1.000,00 già liquidate per la fase cautelare), oltre oneri di legge, sono poste a carico della ricorrente ed a favore della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (di cui euro 1.000,00 già liquidate per la fase cautelare), oltre oneri di legge, in favore

della stazione appaltante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)