



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9387 del 2008, proposto da Teletronica s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria dell'a.t.i. con RTC s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, n. 2/A;

contro

Comune di Udine, rappresentato e difeso dagli avv. Giangiaco Martinuzzi, Niccolò Paoletti, Claudia Micelli, con domicilio eletto presso Niccolò Paoletti in Roma, via B. Tortolini, n. 34;

nei confronti di

SCC s.p.a. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Telecom Italia s.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Antonio Lirosi, Marco Martinelli, con domicilio eletto presso Gianni, Origoni, Grippo & Partners in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA, n. 613/2008, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di manutenzione, assistenza tecnica ed help desk;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Della Porta (per delega dell'avv. Vulpetti), Paoletti e Lirosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara spedito in data 21 febbraio 2008 il Comune di Udine ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di manutenzione, assistenza tecnica ed help desk ITC presso il Comune di Udine, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per la durata di 36 mesi e per un importo triennale a base d'asta

pari ad euro 942.290 al netto dell'IVA di cui euro 20.000 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Il bando di gara, quanto ai requisiti di capacità tecnica necessari e alla relativa prova rinviava all'allegato 19 del capitolato speciale di appalto (d'ora innanzi anche c.s.a.).

A sua volta l'allegato 19 citato oltre a indicare i requisiti di capacità tecnica stabiliva che all'appalto sarebbe stato applicato l'art. 48, d.lgs. n. 163/2006 e che sarebbe stato effettuato il controllo a campione ivi previsto; i concorrenti sorteggiati avrebbero dovuto comprovare il possesso dei requisiti mediante certificati rilasciati e vistati dagli enti committenti pubblici attestanti l'esecuzione con buon esito e per gli importi dichiarati dei servizi, ovvero, per i servizi in favore di committenti privati, mediante dichiarazioni rilasciate dai committenti privati. L'allegato 19 al c.s.a. aggiungeva che qualora tali prove non venissero fornite o non confermassero le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, la stazione appaltante avrebbe escluso il concorrente, escusso la cauzione provvisoria e segnalato il fatto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, per i provvedimenti di cui all'articolo 6, comma 11, d.lgs. n. 163/2006.

2. Alla gara partecipava l'a.t.i. costituenda composta da Teletronica s.r.l. e RTC s.p.a. (in prosieguo anche a.t.i. Teletronica).

In gara l'a.t.i. presentava la dichiarazione prescritta dall'allegato 19 al c.s.a. in ordine ai pregressi servizi rilevanti espletati, in favore di committenti pubblici e privati.

Prima dell'apertura delle offerte economiche, con nota del 15 maggio 2008 il Comune di Udine comunicava all'a.t.i. Teletronica che la stessa, nella seduta pubblica del 12 maggio 2008, era stata sorteggiata per il controllo a campione ai sensi dell'art. 48, d.lgs. n. 163/2006.

Per l'effetto, l'a.t.i. veniva invitata a far pervenire i certificati e le dichiarazioni di corretta esecuzione dei pregressi servizi dichiarati in gara, entro le ore 16.45 del giorno 26 maggio 2008, a pena di esclusione. Il prosieguo della gara pubblica, al fine dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, veniva fissato per il 28 maggio 2012.

In data 26 maggio 2008 l'a.t.i. Teletronica depositava la documentazione comprovante il possesso dei requisiti, specificando, tuttavia, di non essere in grado di depositare le attestazioni di buon esito dei servizi erogati all'INPS, alla USL 10 di Firenze, alla Regione Emilia Romagna e ad Infracom, per causa ad essa non imputabile, e in particolare per la mancata risposta delle committenti.

Pertanto depositava dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

Nella seduta del 28 maggio 2008 la Commissione di gara escludeva l'a.t.i. Teletronica per mancata prova del possesso dei requisiti, procedeva all'apertura delle offerte economiche e all'aggiudicazione provvisoria della gara in favore dell'a.t.i. SCC s.p.a. – Telecom Italia s.p.a.

Con nota dell'11 giugno 2008 diretta al Comune di Udine l'a.t.i. Teletronica contestava l'esclusione e diffidava il Comune dal procedere a segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Con nota 17 giugno 2008 il Comune di Udine comunicava ufficialmente l'esclusione.

Con nota 4 luglio 2008 il Comune di Udine comunicava l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. controinteressata, con determinazione 30 giugno 2008 n. 2794.

3. Con ricorso giurisdizionale spedito per la notifica il 24 giugno 2008 e con successivi motivi aggiunti l'a.t.i. Teletronica impugnava davanti al Tar Friuli Venezia Giulia:

- il bando di gara;
- il capitolato speciale di appalto;
- l'allegato 19 al capitolato speciale di appalto;
- il provvedimento di esclusione;
- i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

- il contratto eventualmente stipulato;
- l'atto di segnalazione all'Autorità;
- ogni eventuale provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità;
- i verbali e gli atti di gara.

3.1. Con il ricorso di primo grado si lamentava:

- la violazione degli artt. 42, 46, 48 e 74 d.lgs. n. 163/2006;
- la violazione dell'art. 70, d.lgs. n. 163/2006.

Si assumeva che:

- avrebbe dovuto essere consentita la prova del possesso dei requisiti mediante autocertificazione in ossequio alla l. n. 241/1990;
- in ogni caso la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire d'ufficio i documenti ai sensi della l. n. 241/1990;
- l'amministrazione avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso ai sensi dell'art. 46, codice appalti;
- in ogni caso sarebbe stato illegittimo disciplinare la prova del possesso dei requisiti mediante il capitolato anziché mediante il bando;
- il bando sarebbe illegittimo perché i termini della procedura aperta sarebbero inferiori al minimo legale di 52 giorni;
- sarebbe illegittima la segnalazione all'Autorità di vigilanza, che potrebbe farsi solo in caso di dichiarazioni non veritiere.

3.2. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (Tar Friuli Venezia Giulia 27 ottobre 2008 n. 613) ha respinto il ricorso, peraltro compensando le spese di lite, osservando che:

- l'art. 48 codice appalti consente ai bandi di indicare la documentazione necessaria a comprova dei requisiti dichiarati;
- correttamente pertanto la *lex specialis* ha indicato la documentazione necessaria;
- l'allegato 19 ha anche invitato le parti a munirsi tempestivamente della documentazione necessaria;
- è pacifico che l'a.t.i. Teletronica non ha fornito la prescritta documentazione nei termini, così commettendo una negligenza inescusabile;
- l'autocertificazione del possesso dei requisiti non è possibile nella fase di verifica del possesso dei requisiti;
- quanto all'invio a mezzo fax della dichiarazione di Acegas APS, essa non sarebbe stata possibile perché la *lex specialis* non consentiva l'utilizzo del fax;
- non vi è violazione dell'art. 70 codice appalti perché il termine minimo di 52 giorni può essere ridotto nel caso di bando redatto e trasmesso per via elettronica e nel caso in cui i concorrenti abbiano accesso libero agli atti di gara per via telematica;
- legittime sono la segnalazione all'Autorità e l'incameramento della cauzione che conseguono anche alla mancata tempestiva prova dei requisiti, e non solo alla falsità delle dichiarazioni.

4. Ha proposto appello l'a.t.i. Teletronica, ritualmente e tempestivamente notificato e depositato.

Vengono riproposte le censure di cui al ricorso di primo grado e mosse motivate critiche alla sentenza gravata.

5. Con il primo motivo di appello (da pag. 16 a pag. 25 dell'atto di appello) si lamenta la violazione degli artt. 42, 48 e 74, codice appalti, sotto i seguenti profili:

- i requisiti di capacità tecnica e la documentazione probatoria vengono indicati non dal bando ma dal c.s.a., in violazione degli artt. 42 e 48 codice appalti; il Tar ha ommesso di considerare tale censura;
- avrebbe dovuto essere consentita la prova mediante autocertificazione, e comunque la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire d'ufficio la documentazione, in ossequio al principio di non aggravamento del procedimento

amministrativo ex art. 1 l. n. 241/1990 e ai generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, e all'art. 18, l. n. 241/1990;

- l'art. 18, l. n. 241/1990 è anzi espressamente richiamato dall'art. 74 codice appalti.

5. Il motivo è infondato.

5.1. Se è vero che sia l'art. 42, comma 2 che l'art. 48, comma 1, demandano al "bando" o alla "lettera invito" il compito di fissare i requisiti di partecipazione e i relativi mezzi di prova, tuttavia è chiaro che l'espressione "bando" e "lettera invito" vanno intesi come riferiti alla "*lex specialis*" di gara, comunque in concreto denominata, purché resa accessibile ai concorrenti.

Nel caso di specie il bando di gara richiama il capitolato speciale di appalto, cui rinvia, e il capitolato era nella disponibilità dei concorrenti.

Il richiamo operato dal bando al capitolato e la circostanza che il capitolato fosse nella disponibilità dei concorrenti comporta che il capitolato fosse parte integrante del bando.

Pertanto è perfettamente legittimo che i requisiti e la relativa prova siano stabiliti dall'allegato 19 del c.s.a., espressamente e pertinentemente richiamato dal bando, e dunque parte integrante di esso.

Si deve anche aggiungere che la lagnanza di parte appellante è meramente formalistica, limitandosi la parte a lamentarsi che i requisiti e relativa prova sono fissati nel capitolato anziché nel bando, ma senza dedurre né dimostrare quale pregiudizio le sia da questo derivato, avendo essa perfettamente conosciuto le regole di gara contenute nel capitolato.

5.2. Quanto alle ulteriori censure articolate con il primo motivo di appello, il Collegio osserva che occorre distinguere, nelle gare di appalto, la fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte (che riguarda tutti i concorrenti), dalla fase successiva di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in gara (che si svolge ineluttabilmente nei confronti del primo e secondo classificato, e per sorteggio nei confronti del 10% dei partecipanti alla gara).

5.3. Nella fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte, è consentito, per ragioni di speditezza del procedimento, il ricorso alle autocertificazioni (art. 42, comma 4; art. 74, comma 7).

Le disposizioni invocate da parte appellante, e in particolare l'art. 42, comma 4, e l'art. 74, comma 7, codice appalti, laddove richiamano le dichiarazioni sostitutive, e l'art. 18, l. n. 241/1990 si riferiscono solo a tale fase di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte.

Nella fase di verifica del possesso dei requisiti, vuoi in sede di controllo a campione, vuoi in sede di controllo nei confronti del primo e secondo classificato, è invece necessario che i concorrenti forniscano la documentazione probatoria vera e propria, proveniente da enti pubblici e privati, non essendo più sufficiente l'autocertificazione, né essendo prescritto che le stazioni appaltanti acquisiscano d'ufficio la documentazione probatoria dei requisiti di capacità tecnico-economica.

Tanto si desume da puntuali disposizioni normative e dai principi generali sottesi al codice appalti.

L'art. 42, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, chiarisce che negli appalti di servizi e forniture (in cui non opera il sistema di qualificazione SOA), i requisiti prescritti nel bando possono essere provati, in sede di gara, mediante dichiarazione sostitutiva; tuttavia al concorrente aggiudicatario è chiesta la documentazione probatoria a conferma di quanto dichiarato in sede di gara.

A sua volta l'art. 74, comma 6, nello stabilire che le stazioni appaltanti non richiedono, in gara, documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentono la presentazione di dichiarazioni sostitutive, fa tuttavia salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità delle dichiarazioni.

L'art. 48, relativo al controllo sul possesso dei requisiti, nei confronti del primo e secondo classificato, nonché del

10% dei concorrenti individuati mediante sorteggio pubblico, è disposizione di carattere generale, applicabile oltre che agli appalti di lavori, anche a quelli di servizi e forniture.

Esso consente alle stazioni appaltanti di esigere dai concorrenti di provare i requisiti speciali mediante la documentazione prescritta dalla *lex specialis* di gara.

Si tratta di una disposizione chiaramente derogatoria della l. n. 241/1990 e dei principi in materia di dichiarazioni sostitutive e autocertificazioni, a garanzia della serietà delle gare pubbliche.

Si deve anche osservare che mentre il possesso dei requisiti generali (di carattere morale) di cui all'art. 38, codice appalti, può essere provato mediante certificazioni pubbliche acquisibili agevolmente d'ufficio dalla stazione appaltante, il possesso dei requisiti speciali di capacità economico – finanziaria e tecnico-professionale attiene a fatti propri del concorrente, che da lui sono conosciuti e comprovabili. Non è invece esigibile che sia la stazione appaltante ad andare alla ricerca della prova del possesso dei requisiti, in relazione a dati che non sono nella sua disponibilità.

E' perfettamente comprensibile, sul piano dei principi, che il codice appalti deroghi al principio di non aggravamento del procedimento amministrativo, e non vi è alcun contrasto con i generali principi di ragionevolezza e proporzionalità, che sono pienamente rispettati, perché esigere dal concorrente la prova di fatti propri del concorrente medesimo non viola alcun canone di proporzionalità e ragionevolezza.

Non senza considerare, poi, che i principi di ragionevolezza e proporzionalità vanno coniugati con quello di speditezza della gara di appalto (sicché non si possono imporre alla stazione appaltante oneri esorbitanti e doveri di soccorso non necessari) e con quelli di lealtà e buona fede dei concorrenti, che, secondo un modello di concorrente diligente, devono partecipare alle gare di appalto con l'adeguata preparazione e predisposizione di tutta la documentazione necessaria, che non può non essere in loro possesso.

Un concorrente che dichiara in gara di aver svolto progressi servizi per committenti pubblici e privati, deve diligentemente precostituirsì la prova delle sue dichiarazioni, acquisendo tempestivamente la certificazione di tali servizi (che in realtà dovrebbe procurarsi non appena concluso l'espletamento del servizio) senza attendere di essere sorteggiato per il controllo a campione, e poi dolersi di avere solo dieci giorni di tempo per fornire una prova che dovrebbe essere già in suo possesso.

In questa logica l'art. 48 codice appalti, laddove fissa un termine di dieci giorni entro cui i concorrenti devono fornire la prova dei requisiti dichiarati, non impone alcun onere sproporzionato o esorbitante: esso esige che entro dieci giorni il concorrente "fornisca" la prova, non già che entro dieci giorni il concorrente "si procuri" la prova. Infatti è ragionevole presumere che il concorrente, già nel momento in cui presenta la domanda di partecipazione e l'offerta, abbia la prova di ciò che dichiara, e dunque nei dieci giorni deve solo inviare una documentazione già predisposta.

Giova osservare che l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici ha ritenuto l'art. 48 codice appalti derogatorio dell'art. 18, l. n. 241/1990, e ha statuito che la stazione appaltante ben può esigere che il concorrente produca documentazione in possesso di pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante (delibera n. 15/2000 e determinazione n. 5/2009).

Anche secondo la giurisprudenza la disciplina sul controllo a campione è speciale e successiva rispetto alla normativa sulla semplificazione documentale (l. n. 127/1997 e d.P.R. n. 403/1998), sicché è prevalente nel senso di imporre alle imprese un onere di documentazione in deroga alla disciplina della semplificazione documentale (Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6768).

6. Con il secondo motivo di gravame (da pag 25 a pag. 35 dell'atto di appello) si lamenta la violazione dell'art. 46 codice appalti, degli artt. 71, 43 e 46 d.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 18 l. n. 241/1990.

Con riferimento a RTC s.p.a., avendo la stessa fornito dichiarazione sostitutiva non essendo stata in grado di fornire le certificazioni e dichiarazioni di committenti pubblici e privati, la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso dell'art. 46 codice appalti e comunque acquisire d'ufficio la documentazione.

Con riferimento a Teletronica s.r.l., essa ha fornito a mezzo fax la dichiarazione di ACEGAS, e quindi ha comprovato il requisito; inoltre le dichiarazioni relative alle prestazioni eseguite presso ABS e Danieli E C. andavano ritenute valide perché il bando non richiedeva il grado di specificità preteso dalla commissione di gara.

Avrebbe errato il Tar:

- a non considerare che la mancata produzione della documentazione non era imputabile a RTC s.p.a. e che comunque l'autodichiarazione forniva la prova richiesta;
- a ritenere ragionevole l'allegato 19 al c.s.a.;
- a ritenere inutilizzabile l'autocertificazione nella fase di prova del possesso dei requisiti;
- a ritenere inidoneo l'uso del fax, essendo il fax un mezzo idoneo previsto dall'art. 77 codice appalti e la cui idoneità è riconosciuta da consolidata giurisprudenza; l'allegato 19 al c.s.a. non indicava i mezzi di produzione dei documenti e pertanto il fax era mezzo utilizzabile;
- a ritenere applicabile l'art. 48 codice appalti non solo nel caso di dichiarazioni false ma anche nel caso di dichiarazioni mancanti.

Il Tar avrebbe inoltre omesso di esaminare la censura relativa alla asserita inidoneità dei certificati prodotti da Teletronica s.r.l.

7. Il motivo è in parte ripetitivo del primo motivo di appello e va respinto *in parte* qua sulla scorta degli argomenti esposti in relazione al primo motivo: ciò in relazione alle censure inerenti la possibilità dell'autocertificazione in sede di prova del possesso dei requisiti, la non imputabilità della mancanza di prova, la asserita irragionevolezza dell'allegato 19 al c.s.a., la pretesa che la stazione appaltante acquisisse d'ufficio la documentazione probatoria.

7.1. Nel resto il motivo va respinto, salvo che per un limitato profilo che non modifica tuttavia l'esito complessivo del giudizio.

7.2. Non vi erano i presupposti per l'esercizio del potere di soccorso della stazione appaltante ai sensi dell'art. 46 codice appalti.

Tale disposizione presuppone che le parti abbiano presentato i documenti, certificati e dichiarazioni prescritti, e che siano solo necessari chiarimenti.

La disposizione non mira a supplire a omissioni di documenti e dichiarazioni la cui presentazione è imposta entro un termine perentorio.

Nel caso di specie il concorrente sapeva sin dalla pubblicazione del bando di gara che in corso di gara poteva essere richiesto della prova dei requisiti dichiarati; ha omesso di presentare i documenti nel termine perentorio indicato dalla stazione appaltante; vi è dunque una omissione imputabile al concorrente, si fa questione di mancata produzione di documenti, non di necessità di chiarimenti su documenti prodotti.

7.3. Va ribadito che la mancata produzione della certificazione dei servizi è imputabile a negligenza del concorrente. L'imprenditore che esegue servizi per committenti pubblici e privati ha l'onere di farsi rilasciare un certificato/dichiarazione di regolare esecuzione, chiedendolo sin dalla fase di ultimazione del servizio, e non solo in occasione di una gara successiva.

7.4. Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 48 codice appalti, erra l'appellante a sostenere che esso si applica solo in caso di false dichiarazioni; al contrario, esso si applica interamente anche nel caso di mancata produzione tempestiva dei prescritti documenti; in entrambe le ipotesi conseguono l'esclusione, l'incameramento della cauzione provvisoria, la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Anche di recente la giurisprudenza della Sezione ha ribadito che l'art. 48 codice appalti prevede un termine perentorio per la produzione documentale, decorso il quale conseguono inevitabilmente i tre effetti previsti dalla legge, vale a dire l'esclusione, l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità; l'eventuale produzione tardiva dei documenti può acquisire rilevanza, sempre che i documenti siano veritieri, al solo diverso fine dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza (Cons. St., sez. VI, 28 settembre 2012 n. 5138).

7.5. Restano da esaminare le censure relative alla posizione di Teletronica s.r.l.

La stazione appaltante ha ritenuto insufficienti due dichiarazioni di eseguiti servizi e inadeguata la produzione di una dichiarazione mediante fax.

Quanto al primo profilo, le dichiarazioni dei committenti privati ABS e Danieli & C. non sono conformi a quanto puntualmente richiesto dall'allegato 19 c.s.a.; esso richiedeva la prova di almeno due servizi di manutenzione su reti di PABX Ericsson modello MD110 in cui in PABX sia composto da almeno 2 Lim; per ognuno dei due servizi di manutenzione su reti PABX dovevano essere indicati il numero di PABX e il numero di Lim per ogni PABX.

Tanto era stato indicato in sede di dichiarazione sostitutiva presentata in gara.

Senonché, le dichiarazioni prodotte in sede di controllo a campione, provenienti da ABS e Danieli & C., non sono conformi a tali prescrizioni perché da esse non si evincono le specifiche relative al numero di PABX e il numero di Lim per ogni PABX.

Pertanto la censura va respinta.

Quanto al secondo profilo, relativo all'invio di documentazione a mezzo fax, va premesso che ai sensi dell'art. 77, comma 1, codice appalti spetta alla stazione appaltante scegliere la forma delle comunicazioni e degli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici.

Il mezzo o i mezzi prescelti devono essere indicati nel bando o nell'invito alla procedura.

Ora, nel caso di specie, dal bando e dall'allegato 19 al c.s.a. si desume che solo per la presentazione delle offerte era specificata la forma di presentazione (a mezzo posta non elettronica).

Per la presentazione della documentazione in sede di controllo ai sensi dell'art. 48 codice appalti, non era indicata alcuna forma specifica.

Per converso, nell'art. 1 del bando erano indicati anche l'indirizzo di posta elettronica e il numero di fax della stazione appaltante, e nell'allegato 19 al c.s.a., laddove si parla del controllo a campione, si dice che la stazione appaltante avrebbe inoltrato la richiesta di prova a mezzo fax.

Sicché la legge di gara, pur non brillando per chiarezza e non essendo del tutto in linea con il chiaro dettato dell'art. 77, comma 1, ultimo periodo, codice appalti (e il Collegio auspica che la stazione appaltante migliori *in parte qua* i propri bandi), può essere ragionevolmente interpretata nel senso di ammettere il fax come forma di comunicazione tra la stazione appaltante e i concorrenti quanto meno per la fase di controllo ai sensi dell'art. 48 codice appalti.

7.6. In conclusione la stazione appaltante ha erroneamente motivato l'esclusione e la segnalazione anche sulla base del difetto di prova da parte di Teletronica s.r.l. del servizio reso in favore di ACEGAS.

Questo non modifica l'esito della gara e del giudizio perché l'esclusione, l'incameramento e la segnalazione all'Autorità si basano anche su altri motivi, tutti legittimi (il difetto di prova di alcuni servizi sia da parte di Teletronica che di RTC).

Sotto il profilo del solo interesse morale di Teletronica s.r.l., peraltro l'atto di esclusione e l'atto di segnalazione dovranno essere modificati parzialmente nella motivazione da parte della stazione appaltante, nel senso di rimuovere dalla motivazione la parte che fa riferimento alla mancata prova da parte di Teletronica del servizio in favore di ACEGAS.

Tale rettifica non può essere effettuata direttamente dal Collegio, che non ha in siffatto tipo di contenzioso una giurisdizione di merito (la sola che consenta al giudice di modificare gli atti impugnati).

8. Con il terzo motivo di gravame (da pag. 35 a pag. 37 dell'atto di appello) si lamenta che il bando contrasta con la regola del termine minimo di ricezione delle offerte di 52 giorni, essendo stati assegnati solo 43 giorni.

Il Tar avrebbe erroneamente respinto la censura, perché non vi sarebbe la prova della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 70, commi 8 e 9, codice appalti, per la riduzione del termine.

8.1. Il mezzo è infondato.

E' assorbente la considerazione che il termine minimo di 52 giorni per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte, previsto dall'art. 70, comma 2, codice appalti, può essere ridotto a 36 giorni nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di preinformazione (art. 70, comma 7, codice appalti).

Nel caso di specie, dall'art. IV.3) del bando si desume che la pubblicazione del bando era stata preceduta dalla pubblicazione di avviso di preinformazione 2007/S 54-066753 del 17 marzo 2007.

Era pertanto possibile ridurre il termine a 36 giorni, sicché il termine effettivo, di 43 giorni, è affatto congruo e legittimo.

La circostanza della previa pubblicazione dell'avviso di preinformazione, risultante dal bando di gara, non è mai stata contestata dall'appellante (che semmai avrebbe dovuto contestarla sin dal ricorso di primo grado).

In ogni caso il Collegio rileva che non si coglie quale sia l'interesse della parte a dedurre la censura di violazione del termine di 52 giorni, atteso che essa non dimostra il pregiudizio che le sarebbe derivato, avendo regolarmente partecipato alla gara.

9. Con il quarto mezzo di gravame (da pag. 37 a pag. 42 dell'atto di appello) si lamenta la illegittimità della segnalazione all'Autorità a carico delle due società componenti dell'a.t.i. costituenda.

Osserva l'appellante che la segnalazione e l'incameramento della cauzione sarebbero possibili solo in caso di false dichiarazioni o di mancata prova, essa avrebbe invece provato il possesso dei requisiti.

Avrebbe errato il Tar a ritenere che segnalazione e incameramento della cauzione conseguirebbero automaticamente all'esclusione; sarebbero invece provvedimenti sanzionatori sicché la stazione appaltante avrebbe il potere discrezionale di adottarli o meno.

Anche le sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza sarebbero discrezionali e seguirebbero solo alla falsa dichiarazione o mancata dichiarazione, e non anche al caso di prova fornita tardivamente.

Inoltre sarebbe illegittima la segnalazione in danno di Teletronica s.r.l. che avrebbe comprovato tutti i requisiti.

10. Il mezzo va disatteso salvo quanto è stato già detto sulla necessità di rettificare la esclusione e segnalazione a carico di Teletronica s.r.l.

10.1. L'art. 48 codice appalti, nel prevedere un termine perentorio per la prova dei requisiti in sede di controllo a campione, prevede, quali automatiche conseguenze dell'inosservanza del termine:

- l'esclusione dalla gara;
- l'incameramento della cauzione provvisoria;
- la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza per i provvedimenti sanzionatori e per la sospensione della partecipazione alle procedure di affidamento da uno a dodici mesi.

Le misure in questione conseguono automaticamente e senza possibilità di apprezzamento discrezionale, sia al caso di mancata produzione della documentazione richiesta, sia al caso di produzione tardiva, sia al caso di produzione di documenti inidonei, incompleti, o addirittura falsi.

Tutte tale ipotesi integrano la fattispecie che si denomina, unitariamente e omnicomprensivamente, come inosservanza dell'obbligo documentale sancito dall'art. 48, codice.

Non è consentita all'amministrazione una graduazione o una scelta tra le tre misure, a seconda della gravità della violazione e del tipo di violazione (inosservanza pura e semplice dell'obbligo, risposta tardiva, risposta incompleta o falsa) (Cons. St., sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081; Cons. St., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2482).

La possibile diversa gravità dei fatti - omissione, ritardo, documentazione incompleta o falsa - è suscettibile di apprezzamento solo in sede di irrogazione delle sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza.

In quella sede, in funzione della maggiore o minore gravità del fatto, potrà essere comminata una sanzione pecuniaria di importo più o meno elevato, e una sanzione interdittiva di maggiore o minore durata.

10.2. Nel caso di specie, pertanto, correttamente la stazione appaltante ha proceduto all'adozione di tutte e tre le misure, esclusione, segnalazione, incameramento della cauzione.

10.3. Non è inoltre stata comprovata l'adozione di provvedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità di vigilanza, che pertanto non possono essere sindacati in via meramente ipotetica.

10.4. Quanto alla posizione di RTC s.p.a. è stato già osservato che non ha prodotto nei termini la prova richiesta, ma solo un'autocertificazione, come tale inidonea a soddisfare le prescrizioni dell'art. 48 codice appalti.

10.5. Quanto alla posizione di Teletronica s.r.l., si è già osservato che deve ritenersi provato tempestivamente, a mezzo fax, il servizio in favore di ACEGAS, e che pertanto il provvedimento di esclusione e quello di segnalazione vanno *in parte qua* rettificati dalla stazione appaltante. Ciò non toglie che essa meriti esclusione, segnalazione e incameramento della cauzione, in quanto componente dell'a.t.i. costituenda che ha partecipato alla gara e in quanto ha essa stessa prodotto dichiarazioni incomplete.

11. Con il quinto motivo di gravame (da pag. 43 a pag. 45 dell'atto di appello) si osserva che il Comune di Udine nel giudizio di primo grado ha formulato un'eccezione di inammissibilità del ricorso, disattesa dal Tar, che però afferma che l'eccezione potrebbe essere favorevolmente apprezzata quanto alla contestazione dell'aggiudicazione, non avendo l'a.t.i. ricorrente dimostrato che sarebbe risultata aggiudicataria.

Con l'appello si osserva che l'offerta presentata dall'a.t.i. appellante comportava un ribasso inferiore a quello dell'offerta aggiudicataria e dunque l'a.t.i. se non fosse stata esclusa sarebbe stata aggiudicataria.

11.1. La censura va ritenuta inammissibile e irrilevante.

Infatti il Tar ha disatteso l'eccezione di inammissibilità e deciso il ricorso nel merito.

L'eccezione non è stata riproposta con appello incidentale dal Comune di Udine né dall'a.t.i. controinteressata.

Per cui vi è un giudicato di rigetto dell'eccezione di inammissibilità.

Non vi perciò alcun interesse a contestare tale capo di sentenza da parte di un soggetto il cui ricorso è stato ritenuto ammissibile.

Inoltre questo Collegio di appello ha esaminato nel merito il ricorso, sicché nessun vantaggio deriva alla parte dall'esame e accoglimento di tale ultimo motivo di appello.

12. In conclusione, va respinto l'appello, salvo quanto detto in ordine alla necessità di una rettifica del contenuto del provvedimento di esclusione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, quanto alla posizione di Teletronica s.r.l.

Le spese di lite possono essere compensate nella misura del 20% (considerato il limitato profilo di accoglimento), mentre per il restante 80% vanno poste a carico della parte appellante, nella misura di euro 5.000 a favore del Comune di Udine e di euro 5.000 a favore dell'a.t.i. controinteressata. Nulla per le spese nei confronti dell'Autorità di vigilanza, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, salvo quando esposto in motivazione in ordine alla necessità di rettifica del

contenuto del provvedimento di esclusione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, quanto alla posizione di Teletronica s.r.l.

Compensa le spese di lite nella misura del 20%; per il restante 80% le pone a carico dell'appellante nella misura di euro 5.000 in favore del Comune di Udine e di euro 5.000 in favore dell'a.t.i. controinteressata.

Nulla per le spese nei confronti dell'Autorità di vigilanza, non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2012

IL SEGRETARIO

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