

Linee guida per i requisiti nelle gare d'appalto



AUTORITA' PER LA VIGILANZA
SUI CONTRATTI PUBBLICI DI
LAVORI, SERVIZI E
FORNITURE

DETERMINA 15 gennaio 2014

Linee guida per

l'applicazione dell'articolo 48 del decreto
legislativo 12 aprile 2006, n. 163. (Determina n. 1).
(14A00928)

(GU n.34 del 11-2-2014)

Premessa

L'Autorita', con la determinazione n. 5/2009 recante «Linee
guida

per l'applicazione dell'art. 48 del decreto legislativo 12
aprile

2006, n. 163», ha fornito indicazioni interpretative in merito
al

procedimento di verifica dei requisiti speciali per la
partecipazione

alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di
lavori,

servizi e forniture. L'Autorita', alla luce dell'evoluzione
normativa

e giurisprudenziale, ritiene opportuno riesaminare la materia
con una

nuova determinazione al fine di fornire indicazioni operative
alle

stazioni appaltanti ed agli operatori economici.

1. Ambito di applicazione della procedura

Il procedimento di verifica di cui all'art. 48 del decreto
legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito Codice) e'

obbligatorio, così come si evince dalla lettera della norma, senza alcun margine di discrezionalità da parte della stazione appaltante, per tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria (il Titolo II del Codice non ne esclude, infatti, l'applicazione ai contratti sotto soglia), aggiudicati con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara o con dialogo competitivo, con le specificazioni di seguito riportate.

Ne consegue che non occorre preventivamente indicare negli atti di gara né l'attivazione della procedura di verifica né il numero di soggetti sottoposti a verifica; le sole indicazioni destinate ad essere espresse nel bando o nella lettera di invito, come di seguito sarà precisato, riguardano i mezzi di prova che gli operatori economici sono tenuti a produrre per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato nonché i requisiti minimi di partecipazione previsti nel bando di gara ed i criteri per la valutazione degli stessi.

1.1. Appalti di lavori pubblici e requisiti richiesti.

Riguardo all'ambito di applicazione della procedura, per appalti di lavori pubblici, poiché vige un sistema unico di qualificazione (art. 40 del Codice), la cui disciplina attuativa è contenuta nel

decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito Regolamento) e poiche' l'attestazione di qualificazione, rilasciata dalle Societa' Organismo di Attestazione (S.O.A) «e' obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici ... di importo superiore a 150.000 Euro» e «costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacita' tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici» (art. 60, rispettivamente, commi 2 e 3, del Regolamento), non e' applicabile la verifica ex art. 48 per appalti di importo superiore a 150.000 Euro. In tal caso, infatti, l'attestato SOA costituisce la prova del possesso dei requisiti di capacita' tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria; le stazioni appaltanti ne verificano, dunque, il possesso e la validita' temporale in capo a tutti i concorrenti, mediante accesso alla Banca dati Nazione dei Contratti Pubblici (BDNCP) di cui all'art. 6-bis del Codice.

Un'eccezione alla regola prima enunciata e' recata dall'art. 61, comma 5, del Regolamento, laddove prevede che, per gli appalti di importo superiore ad Euro 20.658.000, il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica VIII (appalti di importo illimitato) deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando,

una cifra
d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività
diretta ed
indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara;
tale
ultimo requisito è soggetto, in gara, alla verifica ex art.
48.

I requisiti speciali necessari per la partecipazione alle gare
d'appalto di lavori di importo pari o inferiore a € 150.000,
che
residuano quale oggetto della verifica, nonché le modalità
di
documentazione degli stessi, sono individuati nell'art. 90 del
Regolamento. Riguardo alla capacità tecnica, i lavori
eseguiti
dall'impresa, che concorre per appalti di importo pari o
inferiore a
tale soglia, non sono esprimibili in termini di categorie
secondo il
sistema unico di qualificazione, incentrato sulle attestazioni
SOA,
dal momento che quest'ultimo si applica per appalti di importo
superiore. Il corrispondente requisito, per appalti di importo
pari o
sotto tale soglia, è stato individuato, dall'art. 90, comma
1,
lettera a), del Regolamento, nell'importo dei lavori eseguiti
direttamente nel quinquennio antecedente la data di
pubblicazione del
bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare.
Nel caso
il partecipante sia in possesso di valida attestazione SOA
relativa
ad almeno una categoria attinente alla natura dei lavori da
appaltare, questi sarà direttamente ammesso alle operazioni
di gara
successive al sorteggio, mentre il campione su cui effettuare

la
verifica di che trattasi sara' pari, al minimo, al 10% del
numero di
partecipanti, depurato di quelli in possesso di qualificazione
SOA,
come prima specificato. La documentazione a comprova della
capacita'
tecnica da richiedere alle imprese sorteggiate e' costituita
dai
certificati dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la
data
del bando o della cui condotta e' stato responsabile uno dei
propri
direttori tecnici, indipendentemente dal quinquennio ed
abbattuti ad
un decimo dell'importo certificato.

1.2. Concessioni di servizi e Concessioni di lavori.

La procedura ex art. 48 non si applica alle concessioni di
servizi

di cui all'art. 30, comma 1, del Codice, in quanto sottratte
all'applicazione dello stesso (cfr. Consiglio di Stato sez. V
6 marzo

2013, n. 1370).

In base all'art. 32, comma 1, lettera f), del Codice l'art. 48
trova, invece, applicazione per lavori pubblici affidati dai
concessionari di servizi, quando essi sono strettamente
strumentali

alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di
proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto riguarda le concessioni di lavori pubblici, in
virtu'

del rinvio operato dall'art. 142, comma 3, alle stesse si
applica

l'art. 48.

Al riguardo si rammenta che, in base all'art. 95 del
Regolamento,

relativo ai requisiti del concessionario, i soggetti

partecipanti
alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici,
se
eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa,
devono
essere in possesso oltre che di attestazione SOA (se intendono
eseguire con la propria organizzazione di impresa), anche di
ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-
organizzativi.

Di conseguenza, su questi ultimi requisiti, l'amministrazione
concedente dovrà effettuare il controllo a campione nonché
la
verifica ex art. 48 sui primi due classificati.

Agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che
non

sono amministrazioni aggiudicatrici non si applica l'art. 48
(stante

il disposto dell'art. 142, comma 4 del Codice); se i
concessionari

sono amministrazioni aggiudicatrici, si seguono le regole
generali

dell'art. 142, comma 3, vale a dire trovano applicazione le
disposizioni del Codice (salvo quelle espressamente derogate
dalla

parte II, titolo III, capo II).

1.3. Settori speciali.

L'art. 206 del Codice, nell'individuare le norme, proprie dei
settori ordinari, sopra soglia comunitaria, che si applicano
anche ai

settori speciali, non richiama espressamente anche l'art. 48.

Di conseguenza, quest'ultimo non si applica ai settori
speciali,

fatto salvo quanto previsto dall'art. 230 del Codice. In
particolare,

il comma 2 del citato art. 230 stabilisce che «per
l'accertamento dei

requisiti di capacità tecnico professionale ed economico

finanziaria

gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove

non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi

dell'art. 232, applicano gli articoli da 39 a 48». L'art. 48 si

applica, pertanto, agli appalti di lavori di importo inferiore o

uguale a 150.000 euro ed a quelli di importo superiore a 20.658.000

nonche' a tutti gli appalti di servizi e forniture, a prescindere

dall'importo. Altra eccezione e' contenuta nell'art. 230, comma 3 che

da' tre opzioni agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni

aggiudicatrici; essi possono, infatti, alternativamente, istituire

propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'art. 232, ovvero

applicare gli articoli da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di

capacita' tecnico professionale ed economico finanziaria ai sensi

dell'art. 233.

Di conseguenza, se l'ente aggiudicatore, che non e', al contempo,

amministrazione aggiudicatrice, istituisce propri sistemi di qualificazione, non procede alla verifica ex art. 48; se non istituisce propri sistemi di qualificazione, applica gli articoli da

39 a 48; infine, se non istituisce propri sistemi di qualificazione,

o non applica gli articoli da 39 a 48, individua propri criteri di

selezione qualitativa, seppure nel rispetto dei principi

desumibili

dagli articoli da 39 a 50, senza ricorrere alla procedura prevista

dall'art. 48 ed utilizza una procedura specifica stabilita alla luce

delle proprie esigenze.

2. Requisiti oggetto a verifica

Trattandosi di norma sanzionatoria e, quindi, di stretta interpretazione, l'art. 48 concerne esclusivamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dallo stesso menzionati

(cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2064 del 10 aprile

2012; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 8 settembre 2010, n.

6519).

La relativa disciplina, dunque, non si estende alle ulteriori condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e,

in particolare, alla verifica del possesso dei requisiti di carattere

generale. Del pari la suddetta verifica non concerne gli elementi

quantitativi e qualitativi delle offerte, nel caso di aggiudicazione

con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa di cui

all'art. 83 del Codice. Occorre puntualizzare, con riferimento alla

carenza dei requisiti generali, in capo all'aggiudicatario, che la

stazione appaltante oltre alla revoca dell'aggiudicazione, procede

all'incameramento della cauzione, ma cio' non in applicazione

dell'art. 48 bensì dell'art. 75, comma 6, del Codice, in conseguenza

della mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario

(cfr.,
per tutte, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012).

2.1. Livelli minimi specifici di capacita' tecnico-economica e relativa comprova.

Per la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e per i servizi di ingegneria, l'individuazione dei requisiti ed i valori minimi degli stessi, che debbono possedere gli

operatori economici/i progettisti sono stabiliti con precisione dal

Codice e dal Regolamento. Invece, con riferimento alle procedure di

affidamento di forniture e di servizi, tale individuazione e' effettuata dalla stazione appaltante, in seno alla singola gara,

mediante indicazione nel bando e/o nel relativo disciplinare.

Il

Codice, ha, dunque, optato per il sistema della c.d. «qualificazione

in gara» fissandone indici e mezzi di prova del loro possesso (cfr.

articoli 41 e 42 del Codice), ma ha lasciato ampia discrezionalità

alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la precisa determinazione dei requisiti e la loro

quantificazione.

Tuttavia, per costante ed ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dell'Autorita', non e' consentito alle stazioni

appaltanti di richiedere ai concorrenti requisiti sproporzionati o

discriminanti, quali, ad esempio, quelli che pongono limitazioni

territoriali ai fini della partecipazione alla gara o quelli di

valore minimo esorbitante l'importo dell'appalto.
Inoltre, nel settore dei servizi e delle forniture, in astratto, le stazioni appaltanti potrebbero non prevedere nel contempo sia requisiti di capacita' tecnico-organizzativa che di capacita' economico-finanziaria per la partecipazione degli operatori economici alle relative gare, oppure non fissarne i livelli minimi (si veda l'allegato IX A al Codice). La decisione della stazione appaltante di non indicare detti valori minimi e' di fatto equiparabile al caso in cui la stessa non preveda per la partecipazione alla gara alcun requisito di capacita' tecnico-organizzativa e/o economico-finanziaria.

La mancata fissazione di livelli minimi di requisiti appare, quindi, illogica poiche' un requisito di partecipazione, per essere definito tale, deve essere caratterizzato da un valore minimo che il

concorrente deve dimostrare per partecipare all'appalto. Sono, in ogni caso, illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale (art. 41, comma 2, ultimo periodo, cosi' come modificato dall'art. 1, comma 2-bis, lettera b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135).

E' di tutta evidenza, pertanto, che pur essendo la procedura di

controllo prevista dall'art. 48 obbligatoria, la stessa e' applicabile, qualunque sia l'importo dell'appalto di servizi o forniture, solo laddove siano stati richiesti nel bando di gara i

requisiti di capacita' economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

e ne siano stati fissati i relativi livelli minimi, cosi' come lascia

chiaramente intendere anche l'inciso contenuto nell'art. 48 che

riferisce la verifica ai «requisiti di capacita' economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara».

Infine, nel caso in cui siano dichiarati requisiti sovrabbondanti

rispetto a quelli minimi prescritti dal disciplinare di gara, si deve

tenere presente che la verifica di cui all'art. 48 deve, comunque,

essere effettuata con esclusivo riguardo ai requisiti minimi prescritti, il cui possesso e' necessario e sufficiente per la partecipazione alla gara; non puo' dunque essere escluso il concorrente che, avendo dichiarato requisiti superiori rispetto a

quelli richiesti dalla s.a., si limiti, poi, a comprovarne il possesso minimo.

2.2. Determinazione del periodo di attivita' documentabile.

La clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o

indistinti neanche con riferimento al periodo di attivita' documentabile, in relazione al quale si richiede debba essere maturato lo specifico requisito.

In particolare, riguardo agli ultimi tre esercizi indicati sia dall'art. 41, comma 1, lettera c), che dall'art. 42, comma 1, lettere

a) e g), per perimetrare l'ambito temporale entro cui considerare

maturati i relativi requisiti di capacita' economico-finanziaria e

tecnico-organizzativa per servizi e forniture, la data da cui

procedere a ritroso per l'individuazione del suddetto triennio e'
quella individuata dalla data di pubblicazione del bando.
Al riguardo, i documenti (bilanci, dichiarazioni IVA, modelli di
dichiarazione dei redditi, modelli unici, certificati dei servizi e
forniture eseguiti, ecc.) da prendere a base per la verifica del
possessione dei requisiti sono relativi a periodi diversi e
precisamente:

a) i documenti tributari e fiscali sono quelli relativi ai tre
esercizi annuali, antecedenti la data di pubblicazione del
bando di
gara, che, alla stessa data, risultano depositati presso
l'Agenzia
delle Entrate o la Camera di Commercio, territorialmente
competenti,
come si ricava dal comma 4 dell'art. 41;

b) i certificati dei servizi e delle forniture eseguiti sono
quelli relativi al periodo temporale costituito dai tre anni
consecutivi (art. 42, comma 1, lettera a), immediatamente
antecedenti
la data di pubblicazione del bando di gara, come si ricava dal
comma
4 dell'art. 42. Di conseguenza, per quanto riguarda il
requisito di
capacità economico-finanziaria previsto all'art. 41, comma 1,
lettera c), del Codice, riguardante «il fatturato globale
d'impresa e
l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto
della
gara, realizzati negli ultimi tre esercizi», ove il primo e'
da
interpretarsi quale fatturato globale realizzato
dall'operatore
economico nelle eventuali molteplici attività costituenti

l'oggetto
sociale dello stesso, e il secondo e' da intendersi quale
fatturato
in servizi e/o forniture analoghi a quelli oggetto di appalto,
nel
bando occorre sempre individuare il triennio di riferimento,
eventualmente prevedendo, a discrezione del concorrente, la
scelta
dell'ultimo anno del triennio oggetto di dichiarazione, in
relazione
al periodo in cui cade la pubblicazione del bando di gara.
Infatti,
tenuto conto che i mezzi di prova per dimostrare il possesso
di detto
requisito sono i bilanci o i documenti tributari e fiscali
relativi
ai tre esercizi annuali, antecedenti la data di pubblicazione
del
bando di gara, che, alla stessa data, risultano depositati, se
la
data di pubblicazione del bando di gara cade in un periodo in
cui non
e' ancora scaduto il termine per la presentazione degli stessi
(ad
esempio, nel caso di bando pubblicato nel periodo 1° giugno /
31
ottobre 2013, laddove l'operatore economico faccia ricorso
alla
modalita' telematica per la presentazione delle dichiarazioni
dei
redditi), e' assolutamente corretto che lo stesso concorrente
possa
dichiarare e poi documentare il possesso del requisito in
argomento
mediante presentazione, con riferimento all'esempio prima
indicato,
delle dichiarazioni I.V.A. riferite al fatturato conseguito

nel triennio 2009-2011, ovvero nel caso che abbia già' presentato le dichiarazioni dei redditi, al fatturato conseguito nel triennio 2010-2012. Analogo ragionamento puo' farsi per le societa' di capitale, i consorzi, le societa' cooperative e i G.E.I.E. che dimostrano il requisito in argomento tramite esibizione dei bilanci di esercizio approvati e depositati presso il Registro delle Imprese competente entro 30 giorni dalla data di approvazione dei bilanci stessi.

Per contro, in merito al requisito di capacita' tecnica previsto all'art.42, comma 1, lettera a), del Codice, riguardante i «principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni ...», occorrera' precisare nel bando che in tal caso il triennio e' effettivamente quello antecedente alla data di pubblicazione dello stesso e non necessariamente coincidente con quello prima adottato per il requisito di capacita' economico-finanziaria.

2.3. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti. Quanto alle modalita' di dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, per i lavori, il titolo III, capo III del Regolamento individua con precisione i mezzi di prova; per servizi e forniture, invece l'Allegato IX A al Codice, prevede, al punto 17, che nei bandi le stazioni appaltanti siano tenute, laddove richiedano requisiti

minimi di carattere economico e tecnico che i concorrenti devono possedere, ad individuare le informazioni e le formalità necessarie per la valutazione degli stessi: devono, dunque, stabilire, preventivamente, quali siano i mezzi di prova. Occorre al riguardo effettuare ulteriori puntualizzazioni in base alla tipologia di procedura prescelta. Sia nel caso di procedure ristrette che nel caso di procedure aperte i requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria sono individuati univocamente, e una volta per tutte, nel bando di gara o nel relativo disciplinare, e costituiscono, per le procedure ristrette, oggetto di «prequalifica», seppure in forma di auto-dichiarazione. Secondo la lettera della norma, nel caso di procedura ristretta, la S.A., solo dopo aver proceduto all'individuazione dei candidati in possesso dei requisiti prescritti dal bando ed avere ricevuto le offerte dai soggetti invitati, procede al sorteggio in seduta pubblica, alla richiesta di comprova e al conseguente controllo. Infatti, nelle procedure aperte, la documentazione da verificare viene specificata nel bando, contestualmente all'individuazione dei requisiti, invece, per le procedure ristrette, la documentazione utile per comprovare i requisiti di partecipazione auto-dichiarati, viene specificata dalla S.A nella lettera di invito. Inoltre,

le

dichiarazioni da verificare, in base all'art. 48, sono quelle contenute nella domanda di partecipazione e, cioè, nella richiesta

di invito formulata dal concorrente, in caso di procedure ristrette

(cfr. art. 55, comma 6, del Codice); viceversa, le dichiarazioni da

verificare, in caso di procedure aperte, sono quelle contenute nell'offerta (cfr. art. 55, comma 5, del Codice).

La normativa di riferimento (art. 48 del Codice), non fornisce alcuna indicazione in ordine alla documentazione da presentare, ma si

limita solo a prescrivere l'onere per i concorrenti di presentare «la

documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito».

In assenza di una esplicita indicazione, nella lex specialis circa

i documenti da presentare a comprova dei requisiti dichiarati con la

domanda di partecipazione ad una gara, e' ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti piu' idonei.

3. Applicazione dell'art. 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione

In relazione alla procedura di verifica prevista dall'art. 48 del

Codice sono emerse alcune questioni interpretative riguardanti la

possibilita', nell'ambito di un appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la esecuzione dei lavori (art. 53, comma 2,

lettere b) e c) del Codice) di sottoporre alle sanzioni previste

dall'art. 48 del Codice (art. 6. comma 11, e sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento) il progettista

indicato

da un'impresa concorrente o partecipante come mandante all'interno di

un raggruppamento, nel caso in cui non riesca a comprovare la dichiarazione del possesso dei requisiti prescritti dal bando.

Al

riguardo, si sottolinea in via preliminare che nell'appalto di progettazione ed esecuzione assume la qualita' di concorrente l'appaltatore che individualmente o in forma associata partecipa alla

gara; egli deve dimostrare nell'offerta il possesso dei requisiti

professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo e cio' anche mediante l'eventuale indicazione di professionisti esterni; con la conseguenza che a differenza delle

gare per incarichi di progettazione, i progettisti, fatta salva

l'ipotesi di partecipazione al raggruppamento concorrente, non assumono la qualita' di concorrenti ne' quella di titolari del rapporto contrattuale con l'Amministrazione in caso di eventuale

aggiudicazione, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle

imprese partecipanti alla gara (cfr. TAR Lazio n. 3305/2008).

Così',

mentre nel caso di raggruppamento costituendo l'offerta deve essere

sottoscritta da tutte le imprese dell'associazione, nell'appalto di

progettazione ed esecuzione il progettista, qualora sia soltanto

indicato, non sottoscrive l'offerta e non assume quindi nessuna

responsabilita' rispetto ad essa, ma il relativo ambito funzionale e

di responsabilita' e' circoscritto nei limiti dell'incarico di

progettazione conferito al medesimo dall'appaltatore. Cio' e' comprovato dall'art. 169 del Regolamento che al comma 6 dispone che il contratto sia risolto per inadempimento dell'appaltatore, e quindi anche del progettista nel caso sia uno dei mandanti del raggruppamento, qualora il progetto esecutivo redatto dall'impresa non sia meritevole di approvazione. Pertanto, le sanzioni previste dall'art. 48 (esclusione del concorrente dalla gara ed escussione della cauzione provvisoria) in caso di mancata dimostrazione dei prescritti requisiti in esito alla procedura ivi prevista agiranno, nel caso di appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione, nei confronti dell'appaltatore a prescindere dalla forma di partecipazione del progettista. Riguardo invece all'ulteriore procedimento innanzi all'Autorita' ai fini dell'applicazione delle sanzioni di competenza (art. 6. comma 11, del Codice e sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento), assume rilievo la condotta soggettiva del «dichiarante». Come gia' evidenziato, infatti, le sanzioni comminate dall'Autorita' colpiscono il comportamento scorretto della singola impresa o del singolo professionista in ragione dell'interesse di portata generale a che nel settore degli appalti agiscano soggetti idonei. Pertanto, anche se l'art. 48 fa espresso riferimento al

«concorrente» – circostanza che sembrerebbe escludere il progettista indicato in caso di progettazione esecutiva ed esecuzione – in virtù di un'interpretazione logico sistematica del quadro normativo di settore con il decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, che all'art. 76 prevede conseguenze di carattere penale in virtù di una responsabilità personale delle dichiarazioni rese, nonché della ratio sottesa all'art. 48, volta ad escludere dalle procedure selettive soggetti non idonei, si deve concludere per l'applicazione delle sanzioni (compresa quella interdittiva) ivi previste sia nei confronti del progettista partecipante come mandante all'interno di un raggruppamento (e quindi concorrente), sia del progettista indicato dall'impresa, qualora abbiano reso dichiarazioni circa il possesso di requisiti successivamente non dimostrate. Si deve tenere conto, poi, del fatto che, il progettista indicato dall'impresa, benché non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'Amministrazione (una volta intervenuta l'aggiudicazione), in quanto è un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, rilascia, in ogni caso, una auto-dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali. Infatti, per il caso di impresa che si avvalga (art. 53, comma 3, del codice) «... di

progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, ...», questa stessa norma va interpretata nel senso che la stazione appaltante e'

tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualita', la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai

requisiti generali che a quelli tecnico-organizzativi ed economico-finanziari relativi alla progettazione, in quanto l'espressione «progettisti qualificati» puo' interpretarsi solo in

tal senso. Conseguentemente, essendo stata rilasciata una dichiarazione sostitutiva sui requisiti speciali, laddove il progettista esterno all'impresa, e non partecipante quale mandante,

non riesca a comprovare l'auto-dichiarazione resa sui requisiti,

sussistono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni ex art.

48, da parte della Autorita' (sanzione pecuniaria ai sensi dell'art.

6, comma 11, del Codice e sospensione dalla partecipazione alle

procedure di affidamento).

4. Applicazione dell'art. 48 in caso di avvalimento

Nel caso in cui il concorrente abbia dichiarato di fare ricorso

all'istituto dell'avvalimento al fine di soddisfare uno o piu' requisiti speciali richiesti dal bando, il controllo previsto dall'art. 48 implica la verifica del possesso dei requisiti oggetto

di avvalimento in capo all'impresa ausiliaria. Il concorrente deve

dunque fornire la prova, oltre che dei requisiti posseduti in proprio, di quelli posseduti per il tramite dell'impresa ausiliaria.

I requisiti oggetto di avvalimento devono essere integralmente ed

autonomamente posseduti da parte dell'impresa ausiliaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565 e sez. IV, 16

febbraio 2012, n. 810) e quindi, come evidenziato nella Determinazione n. 2 del 2012, deve escludersi che l'impresa ausiliaria possa a sua volta avvalersi dei requisiti di un'impresa

terza (cd «avvalimento a cascata»), sia pure ad essa collegata sulla

base di rapporti c.d. infragruppo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV,

24 maggio 2013, n. 2832).

L'esito negativo della verifica dei requisiti dell'impresa ausiliaria comporta il difetto dei requisiti di partecipazione in

capo al concorrente determinandone l'esclusione dalla gara e l'escussione della relativa cauzione provvisoria.

Per quanto concerne le ulteriori sanzioni previste dall'art. 48,

comma 1 – sanzioni pecuniarie e sospensione dalla partecipazione alle

gare – comminate a seguito di specifico procedimento condotto dall'Autorita', si ritiene, in analogia con quanto previsto nel caso

di mancata comprova del requisito in capo al progettista indicato

negli appalti di progettazione ed esecuzione, che esse possano essere

disposte anche nei confronti dell'impresa ausiliaria. Benché, infatti, l'art. 48 indichi il «concorrente» come destinatario anche

delle sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, del Codice e l'impresa

ausiliaria non sia qualificabile come tale, in ragione del generale

principio di responsabilità per le dichiarazioni sostitutive su cui

si basa l'intero impianto del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, si ritiene che l'impresa ausiliaria non possa non essere chiamata a rispondere della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 49, comma 2, lettera c), prodotta in gara e non comprovata in sede di verifica ex art. 48. Occorre inoltre considerare che la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria in ordine al possesso dei requisiti oggetto di avvalimento concorre, unitamente alle dichiarazioni rese dal concorrente, a comporre il quadro dei requisiti ritenuti necessari dalla stazione appaltante per garantire la scelta di un operatore economico capace di eseguire il contratto secondo gli standard stabiliti e che per rafforzare l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria il Codice ne prevede la responsabilità solidale con il concorrente, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4); l'impresa ausiliaria concorre dunque a pieno titolo al corretto adempimento dell'appalto e merita di essere sanzionata anche con la sospensione dalla partecipazione alle gare qualora, in sede di verifica ex art. 48, si riveli non idonea alla partecipazione. In una simile ipotesi occorre dunque che l'Autorità valuti caso per caso sia la dichiarazione resa dal concorrente che quella resa dall'impresa ausiliaria accertando le responsabilità di

ciascuno,

potendo infine pervenire all'irrogazione di sanzioni diverse (pecuniaria e/o interdittiva) nei confronti del concorrente e dell'impresa ausiliaria in ragione del diverso grado di imputabilità

soggettiva della mancata prova dei requisiti all'una e all'altra.

5. Natura dei termini per gli adempimenti previsti dalla norma

5.1. Natura del termine posto ai concorrenti sorteggiati.

Come già affermato da questa Autorità e da costante giurisprudenza (cfr. TAR Lazio Roma sez. II-ter 28 maggio 2013, n.

5356; . Cons. Stato, sez. V, ord.za 31 marzo 2012, n. 1886; Cons.

Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321 e sez. IV, 16 febbraio 2012, n.

810), si ritiene che il termine di dieci giorni entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti nel

bando ed oggetto di autodichiarazione abbia natura perentoria eccezion fatta per l'eventuale richiesta di chiarimenti ai sensi

dell'art. 46, comma 1 del Codice, di cui si dirà in seguito.

Il

termine di dieci giorni è perentorio e improrogabile, nel senso che

il suo obiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione

implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione

alla stessa Autorità per i provvedimenti di competenza. Ne' assume

rilievo l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'operatore

economico ovvero la documentazione degli stessi

successivamente al
decorso dei dieci giorni assegnati, dal momento che, per come
e'
formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli
effetti
sanzionatori, il solo dato obiettivo e formale
dell'inadempimento nel
termine prescritto.

La richiesta di comprova puo' essere inoltrata per posta, per
raccomandata o per telegramma, o via telefax nonche' per PEC.

Nel
caso di invio sia per posta che per fax o via PEC, nella nota
va

precisato che il termine di dieci giorni decorre dalla data di
inoltro via fax o via PEC o dalla data di acquisizione della
raccomandata.

Inoltre, per il computo dei termini previsti dall'art. 48 e'
legittimo fare riferimento alle disposizioni previste dal
codice di

procedura civile per gli atti processuali. Al riguardo, l'art.
155

c.p.c. stabilisce, al comma 1, che «Nel computo dei termini a
giorni

o ad ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali». Inoltre,
l'art.

153 del c.p.c. afferma l'inderogabilita' dei termini
perentori: «I

termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati,
nemmeno

sull'accordo delle parti». Se la scadenza cade in un giorno
festivo,

viene automaticamente prorogata al primo giorno feriale utile.

In merito all'interpretazione da dare all'art. 46, comma 1,
del

Codice, in relazione alla perentorieta' del termine previsto
dall'art. 48, l'espressione «chiarimenti in ordine al
contenuto dei

certificati, documenti e dichiarazioni presentati» va interpretata nel senso che, sia in fase di ammissibilità delle domande o delle offerte, con riferimento anche alle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti ex articoli 41 e 42, che in fase di comprova ex art. 48, sui certificati e sui documenti presentati in sede di verifica a campione, la stazione appaltante – prima di decidere l'applicazione delle sanzioni ex art. 48 – può richiedere gli opportuni completamenti o chiarimenti. In altri termini, l'accertamento della conferma di quanto dichiarato, esclusivamente in forza della disposizione di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, può comportare la concessione di una proroga al termine. E', quindi, onere della stazione appaltante valutare e contemperare gli interessi della P.A. alla perfetta e regolare esecuzione dell'appalto, con quelli del privato relativi alla partecipazione dei concorrenti alle gare, in condizioni di parità, ed alla corretta verifica della documentazione rilevante per la dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti.

5.2. Modalità di applicazione dell'art. 48, comma 1-bis.

Il decreto legislativo n. 152/2008 ha introdotto l'ulteriore comma

1-bis, escludendo per le fattispecie ivi previste l'applicazione del comma 1, primo periodo, e quindi eliminando il sorteggio previsto per la verifica a campione dalla procedura in argomento, in caso

di
applicazione della c.d. forcella alla procedura ristretta
(art. 62,
comma 1), vale a dire quando la stazione appaltante prevede di
limitare il numero di candidati da invitare. Si rammenta che
tale
possibilita' e' attualmente ammessa, dall'art. 62 del Codice,
solo
nelle procedure ristrette, relative a servizi e forniture e a
lavori
di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro,
nonche' nelle
procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e
nel
dialogo competitivo quale che sia l'oggetto del contratto.
In concreto, la stazione appaltante chiede nella lettera di
invito
a tutti i candidati la presentazione, in sede di offerta,
della
documentazione di comprova indicata nel bando o nella stessa
lettera
di invito.
In tal caso, non e' previsto un termine perentorio di dieci
giorni
ma la scadenza e' quella fissata per la presentazione
dell'offerta,
che, per le procedure ristrette, non puo' essere inferiore a
quaranta
giorni dalla data di invio dell'invito a presentare le
offerte,
secondo quanto previsto dall'art. 70, comma 4, del Codice.
Si ritiene, poi, che il candidato che, invitato, decida di non
presentare offerta e, contestualmente, ritenga di non dovere
documentare il possesso dei requisiti non vada sanzionato.
Altra
eventualita' che puo' prevedersi e' allorquando il candidato
presenti

l'offerta ma non la documentazione di comprova o questa sia inviata in un secondo tempo, in ritardo. In tal caso l'operatore economico va sanzionato con l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorita', per il mancato adempimento.

5.3. Verifica sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo graduato.

Il comma 2 dell'art. 48 prevede che la richiesta della documentazione probatoria venga rivolta anche all'aggiudicatario ed al secondo graduato, nel caso in cui gli stessi non siano stati già

in precedenza sorteggiati. L'inadempimento comporta anche in questo

caso l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione alla

Autorita' oltre che la revoca dell'aggiudicazione o l'esclusione. Qui

la norma non pone il termine di dieci giorni per la presentazione

della documentazione di comprova dei primi due classificati, come

avviene, in base al comma 1, per i concorrenti sorteggiati. Infatti,

per come e' formulata la parte iniziale del comma 2, la richiesta di

cui al comma 1 e', altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla

conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al

concorrente che segue in graduatoria, il riferimento al termine di

dieci giorni riguarda, pertanto, la richiesta che deve inoltrare la

stazione appaltante ai suddetti concorrenti e, in quanto

riferito

all'attività di pubblici poteri, al suddetto termine non può riconoscersi che natura sollecitatoria. Sul punto, tuttavia si è

formato un orientamento giurisprudenziale contrastante, tra chi

sostiene l'ordinatorietà del termine di cui al comma 2 dell'art. 48

e chi, invece, ne afferma la natura perentoria (da ultimo cfr. Ordinanza Consiglio di Stato sez. IV 13 marzo 2013, n. 848; Consiglio

di Stato sez. VI 8 marzo 2012, n. 1321), per tale motivo la questione

è stata recentemente rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di

Stato (Consiglio di Stato, SEZ. VI – ordinanza 30 luglio 2013, n.

4023).

Va, inoltre, osservato che la collocazione, successivamente alla

conclusione delle operazioni di gara, della richiesta di comprova

della stazione appaltante all'aggiudicatario e al concorrente che

segue in graduatoria, potrebbe far sorgere qualche incertezza interpretativa se la verifica vada condotta subito dopo

l'aggiudicazione provvisoria ovvero dopo quella definitiva. In base

alle previsioni dell'art. 11, comma 8, del Codice, secondo cui l'aggiudicazione definitiva diviene efficace solo «dopo la verifica

del possesso dei prescritti requisiti», sembrerebbe prevalere la

seconda ipotesi. Tuttavia, non vi sono motivi ostativi a procedere

alla verifica dei requisiti speciali sull'aggiudicatario provvisorio,

e cio' sia perche' tale soluzione consente, nel momento in cui ancora opera la commissione di gara, una piu' rapida procedura, sia perche' la verifica prevista dall'art. 48, comma 2 appare logicamente propedeutica alla formulazione della graduatoria finale, soggetta alla approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, in base alle previsioni dell'art. 12, comma 1, del Codice. Relativamente alla rideterminazione della soglia d'anomalia dell'offerta e alla conseguente nuova aggiudicazione, nel caso i primi due classificati non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, come statuito dallo stesso comma 2 dell'art. 48, si ritiene che ad essa si debba procedere, ivi compreso alla riformulazione della graduatoria, solo nel caso in cui sia il primo che il secondo classificato si rendano inadempienti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV -sentenza 17 settembre 2007, n. 4840). Mentre l'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI), riguardo a queste ultime, invece, l'operativita' del comma 2 del medesimo articolo e' stata limitata. Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della legge 11 novembre 2011, n. 180 (secondo cui «la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo

all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno») non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, di cui al comma 1, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla «impresa aggiudicataria», riguarda, invece, i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. In sintesi, la deroga di cui all'art. 13, comma 4, incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48 con l'effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata prova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario).

6. Momento della verifica

Riguardo alla collocazione del controllo nell'ambito della procedura di gara, si pone il dubbio che la verifica debba

precedere
nel tempo ogni altra operazione di gara, ivi compresa quella
dell'accertamento della regolarità formale e della
tempestività
delle offerte, che come è noto condiziona l'ammissione stessa
alla
gara. Se è vero che la norma si riferisce alle offerte
presentate e
non a quelle ammesse, l'incertezza interpretativa deve
risolversi nel
senso che la verifica a campione non può che riguardare le
sole
offerte ammesse a concorrere: da un lato, infatti, la stessa
norma
impone che il controllo avvenga prima dell'apertura delle
buste delle
offerte presentate, e quindi la collocazione a ridosso della
apertura
delle offerte sembra presupporre esaurita la fase dei
riscontri
formali, dall'altro lato l'effettività stessa della verifica
a
campione sarebbe seriamente attenuata qualora si
sottoponessero a
verifica anche offerte destinate ad essere escluse comunque,
ed
inoltre con evidente spreco di attività amministrativa.
Peraltro,
non può trascurarsi che la procedura di verifica prevista
dalla
norma in esame non costituisce un quid distinto dalla fase di
ammissione delle offerte, attenendovi invece essa stessa, in
quanto
ha ad oggetto il controllo della veridicità di quanto
l'impresa
dichiara per essere ammessa a concorrere; quello che la
distingue è

solo la sua collocazione cronologica tra le operazioni di gara, logicamente successiva a quelle preposte ai controlli formali circa la regolarità delle offerte. Non si ritiene, invece, possibile l'ammissione con riserva delle offerte da sottoporre successivamente alla verifica di cui all'art. 48.

7. Verifica ex art. 48 e decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445

I requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per le imprese esecutrici di lavori pubblici, per i fornitori e per i prestatori di servizi, previsti, rispettivamente, dagli articoli 90, comma 1, lettere a), b) e c), del Regolamento, dall'art. 41, comma 1, lettere b) e c) e dall'art. 42, comma 1 del Codice, possono essere provati dai concorrenti in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. La loro sussistenza è, poi, accertata dalla stazione appaltante in base all'art. 48, richiedendo ai concorrenti sorteggiati e ai primi due classificati la documentazione probatoria che gli stessi sono tenuti ad esibire a conferma delle dichiarazioni rilasciate.

Secondo il recentissimo pronunciamento del Supremo Consesso amministrativo (Consiglio di Stato sez. III 26 settembre 2013, n. 4785) gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art. 43,

comma 1,
decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, come
novellato
dall'art. 15 della legge n. 183/2011, riguardano tutte le
ipotesi di
informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui
agli
articoli 46 e 47 dello stesso decreto del Presidente della
Repubblica; dichiarazioni sostitutive che gli articoli 41 e 42
del
codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di
utilizzare
per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed
economico-professionale, salvo verifica successiva da parte
della
stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 commi 1 e 2, senza
che
possa in alcun modo rilevare la «specialità» della disciplina
dei
contratti pubblici. Al riguardo, è stato altresì precisato
come la
norma contenga una disciplina transitoria secondo cui, fino
alla data
di avvio della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, le
stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il
possesso
dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa
vigente
(art. 6-bis, comma 5, del Codice).

Il riferimento alla normativa vigente include anche la novella
disciplina di cui agli articoli 43 e 47 del decreto del
Presidente
della Repubblica n. 445/2000, in vigore dal 1° gennaio 2012.
Come è noto, tuttavia – e come è stato rilevato anche dal
Consiglio di Stato, nella citata pronuncia – la Banca dati è
uno
strumento di semplificazione e di accelerazione dei

procedimenti di accertamento, che costituisce un ausilio informatico per l'esercizio

dei poteri-doveri di accertamento d'ufficio, ne consegue che, con

l'entrata a pieno regime della medesima, a partire dal 1° gennaio

2014, la documentazione a comprova dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dovrà essere acquisita

esclusivamente attraverso la Banca dati, secondo le modalità previste nella Deliberazione dell'Autorità n. 111/2012 e successive

modificazioni ed integrazioni, e la stessa dovrà essere messa a

disposizione del sistema esclusivamente secondo quanto prescritto

dall'art. 6 della citata Deliberazione.

Infine, il bando di gara non può escludere l'utilizzabilità della

dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ai fini della conformità all'originale dei documenti, rilasciati da amministrazioni o enti pubblici, esibiti in sede di verifica a campione per l'attestazione dei requisiti di partecipazione ai sensi

dell'art. 48 del codice dei contratti.

8. Presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure

sanzionatorie

8.1. Sanzioni irrogate dalla stazione appaltante.

Al fine di esaminare il segmento procedimentale, ex art. 48 del

Codice, riguardante le ulteriori sanzioni (pecuniaria e di temporanea

inibizione della partecipazione a procedure di affidamento) che

l'Autorità può applicare a seguito della comunicazione da

parte
della stazione appaltante dell'avvenuta esclusione di un
operatore
economico da una gara d'appalto, occorre analizzare la norma
in
parola nelle varie fasi in cui essa si articola e considerare
distintamente i soggetti legittimati ad irrogare sanzioni.
Anzitutto, il potere sanzionatorio della stazione appaltante
si
esplica attraverso l'esclusione dalla gara e l'escussione
della
cauzione, ed e' esercitato non solo in caso di mancata
conferma delle
dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o
nell'offerta ma anche «quando tale prova non sia fornita», e
cioe'
sia in caso di omissione o di rifiuto, come anche in caso di
ritardo
rispetto al termine perentorio di dieci giorni. Si tratta di
sanzioni
che la stazione appaltante applica in modo automatico,
indipendentemente dall'effettivo possesso o meno dei requisiti
dichiarati dall'operatore economico, essendo l'esclusione e
l'incameramento della cauzione volti a sanzionare il
comportamento
inadempiente dell'operatore economico nel partecipare a quella
specifica gara. Diversamente avviene per le sanzioni di
competenza
dell'Autorita', esaminate nei paragrafi che seguono.

8.2. Sanzioni irrogate dall'Autorita'.

Come si evince dal testo della norma, la segnalazione puo'
comportare, da parte dell'Autorita' l'adozione del
provvedimento di
cui all'art. 6, comma 11, di tipo pecuniario, oltre che una
sanzione
di tipo interdittivo riguardo alla partecipazione alle
procedure di

affidamento. Al riguardo, la norma non precisa che la segnalazione all'Autorita' deve essere limitata al solo caso di mancata conferma delle dichiarazioni. Di conseguenza vengono rimessi alla prudente valutazione della stessa Autorita', nel rispetto del principio di proporzionalita', i differenti casi di falsa attestazione e di omessa o non conforme presentazione della documentazione. Nel momento della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 6, comma 11, del Codice da parte dell'Autorita' (come pure della sanzione interdittiva), assumono rilevanza, in ogni caso, la gravita' dell'infrazione commessa e la presenza di «giustificati motivi» nonche' il sussistere della «buona fede» o dell'«errore scusabile» nella condotta tenuta dall'operatore economico. Occorre considerare, infatti, che le sanzioni comminate dall'Autorita' colpiscono il comportamento scorretto del singolo operatore in ragione dell'interesse di portata generale a che nel settore degli appalti pubblici agiscano soggetti non solo idonei ma anche rispettosi delle regole previste dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione delle procedure di appalto, a prescindere dalla singola procedura selettiva nel cui ambito si sono verificate le irregolarita' in concreto rilevate. Va, tuttavia, considerato che, laddove, su istanza

dell'operatore economico, sia comprovata la non imputabilità allo stesso della omissione o della presentazione di documentazione non conforme, viene meno il riferimento allo stesso operatore del comportamento materiale che è a presupposto della sanzione medesima.

8.2.1. Sanzione pecuniaria.

In merito alla prima delle due sanzioni che l'Autorità può irrogare, vale a dire la sanzione pecuniaria, dalla lettura combinata delle due norme, l'art. 48 e l'art. 6, comma 11, secondo periodo, del Codice, si desume che essa va distinta in base al comportamento dell'operatore economico che ha determinato l'inadempimento e, quindi, alla gravità dello stesso. I casi distinti trattati dall'art. 6, comma 11, secondo periodo, sono di due tipi: a) mancato riscontro alla richiesta della stazione appaltante; b) produzione di falsa dichiarazione o di documenti contraffatti, con riferimento alla documentazione di prova esibita alla stazione appaltante. Quindi, entrambi i casi possono essere sanzionati dall'Autorità anche se in misura diversa.

Inoltre, nell'ambito dello stesso tipo di inadempimento previsto dall'art. 6, comma 11, riguardante la «non ottemperanza alla richiesta della stazione appaltante», la sanzione pecuniaria dovrà essere logicamente graduata, in coerenza con il principio di proporzionalità: a) in ragione della gravità dell'inadempimento; b)

in relazione alla presenza di attenuanti che determinano l'affievolimento della entità della stessa sanzione, se non addirittura l'archiviazione del caso; c) in proporzione all'importo dell'appalto alla cui procedura di affidamento partecipa l'operatore inadempiente, tenuto conto che, in base all'art. 6, comma 8, del Codice, «quando all'Autorità è attribuita la competenza ad irrogare sanzioni pecuniarie, le stesse, nei limiti edittali, sono commisurate al valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono».

8.2.2. Sospensione dalle gare.

Per quanto riguarda la sanzione della sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, poiché la norma in argomento è destinata ad applicarsi a tutti i settori degli appalti, la suddetta sospensione opera indifferentemente nei settori di lavori, di servizi e di forniture, nel senso che l'operatore economico, resosi responsabile di inadempimento ex art. 48, ad esempio in una procedura per l'affidamento di un servizio, laddove il proprio oggetto sociale gli consenta anche di eseguire lavori o di fornire beni, sarà escluso parimenti dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori e di forniture, per tutto il periodo dell'interdizione disposta dall'Autorità'. La decorrenza della disposta sospensione, graduata da uno a dodici

mesi, viene precisata dal Consiglio della Autorita' nel provvedimento sanzionatorio e, di norma, coincide con la data di inserimento della relativa annotazione nel casellario informatico; la data che la stazione appaltante deve confrontare con quella di pubblicazione nel casellario, per verificare se la sospensione ex art. 48 e' ancora in vigore, coincide con la data di pubblicazione del bando di gara. Per le procedure negoziate per le quali non sia prevista la pubblicazione del bando di gara, rileva la data della lettera d'invito. Con specifico riferimento alla graduazione della sanzione, si rileva come oltre alla gravita' della violazione commessa – essenzialmente connessa alle due fattispecie della prova non fornita e della mancata conferma delle dichiarazioni rese -, oltre alla presenza di eventuali «giustificati motivi» nonche' della «buona fede» o dell'«errore scusabile» nella condotta tenuta dall'operatore economico, risulta di tutta evidenza come ai fini della citata graduazione, assuma, altresì, autonoma rilevanza l'elemento psicologico dell'operatore economico tenuto alla comprova. Sia nel caso di prova non fornita che nel caso di prova che non confermi quanto dichiarato, non possono essere valutati, infatti, alla stessa stregua i comportamenti dolosi e quelli colposi, ed all'interno di questi ultimi non puo' non riservarsi diverso trattamento alla colpa grave rispetto alla

colpa

lieve, non potendosi irrogare la sanzione interdittiva in quest'ultimo

caso. Cio', si ritiene, anche in ossequio ad un'applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 38, comma 1-ter del Codice,

per la falsa dichiarazione e la falsa documentazione. Infatti, pur

trattandosi di norma sanzionatoria, la previsione in essa contenuta,

relativa ai presupposti del dolo e della colpa grave per l'irrogazione della sanzione interdittiva, puo' trovare applicazione

alla fattispecie descritta dall'art. 48, attraverso l'analogia in

bonam partem (e come tale a vantaggio del soggetto destinatario della

sanzione), che l'ordinamento in questi casi consente di operare.

Infine, occorre precisare che l'art. 48, essendo norma a carattere

sanzionatorio e' di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, sez.

V – sentenza 8 settembre 2010, n. 6519), e, come tale, opera – in

conformita' alla sua stessa previsione letterale – solo ai fini della

sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e non

anche per l'inibizione alla stipula di eventuali, diversi contratti.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

A d o t t a

la presente determinazione

Roma, 15 gennaio 2014

Il Presidente: Santoro