

## **Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009**

### **Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006**

#### **Premessa**

Con il precedente atto di regolazione n. 15/2000 del 30 marzo 2000 questa Autorità, in risposta a quesiti e segnalazioni di stazioni appaltanti, ha fornito chiarimenti, nell'intento di far conseguire un'applicazione uniforme della norma, in merito alle questioni interpretative derivanti dalla applicazione della procedura prevista dall' art. 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 agli appalti di lavori pubblici.

Tale norma, ora abrogata con l'entrata in vigore del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d'ora innanzi "Codice"), concerneva il controllo, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti alle imprese di costruzioni per la partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici e per la stipulazione dei relativi contratti, previsti nel bando di gara. Per effettuare tale controllo, previsto su un campione di partecipanti, nella misura minima del 10%, nonché sui primi due graduati alla stessa gara, la stazione appaltante richiedeva la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito e, laddove l'impresa non fornisse risposta entro un termine di 10 giorni ovvero non confermasse documentalmente quanto oggetto di dichiarazione sostitutiva, la stessa amministrazione provvedeva ad escludere il concorrente dalla gara, ad escuterne la cauzione provvisoria e a segnalare il fatto alla Autorità di vigilanza per le ulteriori sanzioni previste dalla norma. Nel caso più grave di false dichiarazioni rilasciate alla stazione appaltante, l'Autorità irrogava le sanzioni nella misura più severa: sanzione pecuniaria sino a circa €50.000 e sospensione dalle procedure di affidamento dei lavori per un anno, da annotare nel casellario informatico per garantirne la necessaria pubblicità nei confronti delle stazioni appaltanti e delle SOA.

Con l'entrata in vigore del Codice sono sopravvenute sostanziali modificazioni legislative. In particolare, i poteri dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici sono stati estesi al settore delle forniture e dei servizi, nonché ai settori speciali e il controllo a campione sul possesso dei requisiti, già previsto dall' art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94 è stato mantenuto, ed esteso ai servizi e alle forniture (art. 48).

La richiamata norma recata dall'art. 48 prevede una procedura analoga a quella stabilita dalla abrogata norma della legge Merloni, con la sola differenza, in merito alle sanzioni irrogate dalla Autorità, che la sospensione dalle procedure di affidamento per un anno è sostituita dalla possibilità di graduare la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, in base alla gravità del caso oggetto di procedimento sanzionatorio.

Ulteriore integrazione alla norma originaria è stata apportata di recente dall'articolo 1, comma 1, lettera m), del d. lgs. n. 152 del 2008, cosiddetto terzo correttivo al Codice, con l'aggiunta del comma 1-bis che prevede l'ampliamento della verifica a campione prevista dall'art. 48 a tutti gli offerenti, nel caso in cui le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, del Codice.

L'Autorità, pertanto, ritiene opportuno riesaminare la materia con una nuova determinazione che, sostituendo il precedente atto di regolazione, da un lato, consolidi quanto in precedenza affermato, in quanto ancora attuale, dall'altro, fornisca ulteriori chiarificazioni e suggerimenti agli operatori dei settori interessati dal Codice, soprattutto a quelli di servizi e forniture per i quali la predetta norma rappresenta una novità.

Sulla base di quanto sopra considerato,

## **il Consiglio**

approva le seguenti linee guida: "Linee guida per l' applicazione dell'art. 48 del d. lgs n 163/2006"

Il Consigliere Relatore: Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 Luglio 2009

Il Segretario: Maria Esposito

## **LINEE GUIDA PER L'APPLICAZIONE DELL'ART. 48 DEL D. LGS. N. 163/2006**

### **Sommario**

1. Ambito di applicazione della procedura.
  - 1.1. Appalti di rilevanza comunitaria o sotto soglia comunitaria; procedure aperte, ristrette, negoziate, dialogo competitivo.
  - 1.2. Appalti di lavori pubblici e requisiti richiesti.
  - 1.3. Concessioni di lavori e concessioni di servizi.
  - 1.4. Inapplicabilità al controllo sui requisiti generali e sui requisiti di valutazione dell'offerta.
  - 1.5. Inapplicabilità ai settori speciali salvo alcune eccezioni.
2. I requisiti oggetto di verifica.
  - 2.1 Livelli minimi specifici di capacità tecnico-economica.
  - 2.2. Determinazione del periodo di attività documentabile relativa ai requisiti speciali.
  - 2.3. Caso in cui siano dichiarati requisiti sovrabbondanti rispetto ai minimi.
  - 2.4. Distinzione tra criteri di «selezione dell'offerente» e criteri di «selezione dell'offerta».
  - 2.5. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti.
3. Applicazione dell' articolo 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione.
4. Natura dei termini per gli adempimenti previsti dalla norma.

- 4.1. Natura del termine posto ai concorrenti sorteggiati.
- 4.2. Modalità di applicazione dell'art.48 comma I bis.
- 4.3. Verifica sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo graduato.
5. Modalità di espletamento della verifica.
6. Compatibilità con la normativa sull'autocertificazione.
7. Presupposti al cui verificarsi si ricollegano le misure sanzionatorie. Sanzioni irrogate dalla Autorità.

## **1. Ambito di applicazione della procedura**

L'attivazione del procedimento di verifica di cui all'art.48 del Codice è obbligatorio, così come si evince dalla lettera della norma, senza alcun margine di discrezionalità da parte della stazione appaltante. Ne consegue che non occorre preventivamente indicare negli atti di gara, né l'attivazione della procedura di verifica, né il numero di soggetti che ne saranno interessati; 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 saranno tenuti a produrre per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato, nonché i requisiti minimi di partecipazione previsti nel bando di gara e i criteri per la valutazione degli stessi.

Si ricorda che, nel caso in cui il partecipante alla gara non faccia ricorso alla dichiarazione sostitutiva circa l'attestazione del possesso dei requisiti, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, ma presenti, già in sede di domanda di partecipazione o di offerta, la documentazione indicata nel bando di gara o nella lettera di invito, questi sarà direttamente ammesso alle operazioni di gara successive al sorteggio, mentre il campione su cui effettuare la verifica di che trattasi sarà pari, al minimo, al 10% del numero di partecipanti, depurato dello stesso. Analogamente, limitatamente agli appalti di lavori pubblici di importo inferiore a € 150.000, il sorteggio sarà condotto esclusivamente sui concorrenti non in possesso di attestato SOA e, di conseguenza, il 10% sarà calcolato sul numero di partecipanti al netto di quelli qualificati; questi ultimi saranno direttamente ammessi alle successive fasi di gara. Se, invece, la documentazione comprovativa da questi presentata, in sede di domanda di partecipazione o di offerta, sia integrata da dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei residui requisiti richiesti, detto concorrente sarà inserito nel numero di partecipanti da cui estrarre il campione su cui effettuare la verifica e, se individuato mediante sorteggio, o in qualità di primo o secondo classificato, la stazione appaltante ne richiederà la documentazione di comprova limitatamente ai requisiti oggetto di dichiarazione.

### **1.1. Appalti di rilevanza comunitaria o sotto soglia comunitaria; procedure aperte, ristrette, negoziate, dialogo competitivo**

La procedura prevista dall'art. 48 si applica ai 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).

Sempre dal tenore letterale della norma in commento, si evince che essa trova applicazione agli appalti di lavori ed agli appalti di servizi e forniture che si svolgono con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara, o con dialogo competitivo, sempre che sia stata richiesta ai concorrenti, per la partecipazione alla gara, una dichiarazione sostitutiva circa il

possesso dei requisiti speciali, individuati nei loro livelli minimi.

## 1.2. 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 ad oggi contenuta nel D.P.R. n. 34/2000 e poiché l'attestazione di qualificazione, rilasciata dalle S.O.A - Società Organismo di Attestazione, "è 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 capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" (art. 1, rispettivamente, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 34/2000), non è applicabile la verifica ex art. 48 per appalti di importo superiore a 150.000 Euro. Infatti, in tal caso, l'attestato SOA costituisce la prova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria e le stazioni appaltanti ne verificano il possesso e la validità temporale in capo a tutti i concorrenti, mediante accesso al casellario informatico dell'Autorità.

Una eccezione alla regola prima enunciata è recata dall'art. 3, comma 6, del D.P.R. n. 34/2000, laddove prevede che per gli appalti di importo superiore ad Euro 20.658.276, 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. 28 del D.P.R. n. 34/2000. 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'articolo 28, comma 1, lettera a), del citato regolamento nell'importo dei lavori eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare". Questa Autorità, nella nota illustrativa alle «Tipologie di bandi di gara per l'affidamento di lavori pubblici», pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 23 del 28 gennaio 2002, ha sottolineato che per gli appalti di importo pari o inferiore a €150.000, in base all'art. 8, comma 1, della legge 109/94 e s.m., si impone comunque il possesso di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare, intesa come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. (Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n.352 del 21 gennaio 2002). 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 sarà pari, al minimo, al 10% del numero di partecipanti, depurato di quelli in possesso di qualificazione SOA, come prima specificato. La documentazione comprovativa della capacità tecnica da richiedere alle imprese sorteggiate è costituita dai certificati dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data del bando o della cui condotta è stato responsabile uno dei propri direttori tecnici, indipendentemente dal quinquennio ed abbattuti ad un decimo dell'importo certificato.

In linea generale, nei bandi, quale natura dei lavori da appaltare potrà essere indicata una delle seguenti: edile, stradale, idraulica, fluviale e marittima, impiantistica, relativa a beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali ed ambientali, relativa a

superfici decorate e a beni mobili di interesse storico artistico, scavi archeologici, agricolo-forestale.

Al riguardo, l'Autorità, con la Deliberazione n. 165 dell' 11/06/2003, ha indicato quali categorie di lavori analoghi possono essere utilizzate dalle stazioni appaltanti per valutare l'idoneità dei certificati lavori esibiti dalle imprese concorrenti.

<b>natura dei lavori da appaltare</b>	<b>Categorie che danno titolo alla partecipazione alla gara</b>
a) lavori edilizi e stradali	OG1, OG3, OG4, OG5 e OG12
b) lavori idraulici	OG6
c) lavori fluviali e marittimi	OG7 e OG8
d) lavori impiantistici	OG9, OG10, OG11, OS3, OS4, OS5, OS28 e OS30
e) lavori su beni immobili sottoposti a tutela, ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali ed ambientali	OG2
f) lavori su superfici decorate e beni mobili di interesse storico artistico	OS2
g) lavori inerenti scavi archeologici	OS25
h) lavori agricolo-forestali	OG13

Nel caso, invece, che nel bando non sia indicata alcuna analogia tra la natura dei lavori da appaltare e le categorie che danno titolo alla partecipazione alla gara e che l'impresa partecipi alla gara facendo riferimento ai rapporti di corrispondenza previsti dalla richiamata Deliberazione della Autorità n. 165 dell' 11/06/2003 e dalle presenti "Linee guida", l'Autorità, di norma, potrà procedere alla archiviazione della segnalazione inoltrata dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48.

### **1.3. Concessioni di lavori e concessioni di servizi.**

In base all'art. 30, comma 1, del Codice, le disposizioni dello stesso non si applicano alle concessioni di servizi, e quindi neanche per è esse operante la procedura ex art. 48.

In base all'art. 32, comma 1, lett. f), del Codice si applica l'art. 48 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".

Si applica la procedura prevista dall'art. 48 all'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, ivi comprese quelle previste dall'art. 153 del Codice. Infatti, in base all'articolo 142, comma 3, "Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice", e in base all'art. 98 del D.P.R. n. 554/99, attualmente vigente, 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 (ai sensi dell'art.142, comma 4); se i concessionari sono amministrazioni aggiudicatrici, si seguono le regole generali dell'art.142, comma 3.

#### **1.4. Inapplicabilità al controllo sui requisiti generali e sui requisiti di valutazione dell' offerta.**

L'ambito di applicazione del procedimento, e le sanzioni ad esso correlate, sono limitati ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi e la relativa disciplina non si estende alla verifica delle dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei requisiti di carattere generale e il rispetto delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e neppure al controllo delle eventuali dichiarazioni rese su elementi quantitativi e qualitativi delle offerte valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all' art. 83 del codice. Infatti, l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porta ad escludere - trattandosi di norma sanzionatoria e quindi di stretta interpretazione - che gli effetti correlati al mancato adempimento possano estendersi anche al controllo disposto dalla stazione appaltante, delle dichiarazioni sostitutive relative alle fattispecie sopra richiamate. In particolare, la dimostrazione della veridicità delle dichiarazioni relative ai requisiti di carattere generale resta onere della stazione appaltante, secondo le regole generali in materia di autocertificazione (capi II e III e art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000), e l'eventuale falsità delle stesse non trova disciplina, quanto alle sanzioni, nell' art. 48, ma la stazione appaltante procederà alla esclusione dalla gara per l'operatore inadempiente, alla denuncia dei fatti costituenti reato e alla segnalazione alla Autorità per l'iscrizione nel casellario informatico, secondo le modalità previste nella Determinazione n. 1 approvata dal Consiglio della Autorità il 10 gennaio 2008. Solo nel caso di carenza dei requisiti generali in capo all' aggiudicatario provvisorio, la stazione appaltante oltre alla revoca dell' aggiudicazione, procederà all'incameramento della cauzione, ma ciò non quale conseguenza dell'art. 48 ma dell'art. 75, comma 6, del codice che prevede tale sanzione per mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario.

#### **1.5. Inapplicabilità ai settori speciali salvo alcune eccezioni.**

La parte III del Codice che disciplina i «Contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori speciali», con l'articolo 206 opera una ricognizione delle norme, proprie dei settori ordinari sopra soglia comunitaria, che si applicano anche ai settori speciali, disponendo che della parte II, titolo I, hanno validità esclusivamente alcuni articoli, tra cui non ricade l'art. 48. Di conseguenza, ai settori speciali non si applica l'art. 48, salvo poche eccezioni, tra cui, la più rilevante è quella recata dall' art. 230, comma 2, in base alla quale "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'articolo 232, applicano gli articoli da 39 a 48". In tale ultima ipotesi, agli appalti di lavori si applica l'art.48, limitatamente a quelli di importo inferiore o uguale a 150.000 euro ed a quelli di importo superiore a 20.658.276 di euro; tale articolo si applica, inoltre, a tutti gli appalti di servizi e forniture a prescindere dall' importo. Altra eccezione è prevista dall'art. 230, comma 3 che dà tre opzioni agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici ( ossia, essenzialmente le imprese pubbliche) "... , alternativamente, istituire propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'articolo 232, ovvero applicare gli articoli da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria ai sensi dell'articolo 233".

Di conseguenza, se tale ente aggiudicatore istituisce propri sistemi di qualificazione, valgono le stesse considerazioni prima riferite in analogo caso alle amministrazioni aggiudicatrici; se non istituisce propri sistemi di qualificazione, applica gli articoli da 39 a 48, e in tal caso valgono le precedenti considerazioni riferite alle amministrazioni aggiudicatrici; 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, non utilizzando la procedura prevista dall'art. 48 ma una procedura specifica stabilita per le proprie esigenze.

## **2. I requisiti oggetto di verifica**

### **2.1. Livelli minimi specifici di capacità tecnico-economica**

In merito alla definizione dei requisiti di carattere speciale, il codice dei contratti, in concorso con la normativa attuativa ancora vigente per lavori ed, in continuità con le normative di settore sostituite ed abrogate (legge n. 109 del 1994, per lavori, D.Lgs. n. 157 del 1995 per servizi e D.Lgs. n. 358 del 1992, per forniture), ha confermato la netta distinzione tra il settore dei lavori e quelli di servizi e forniture (a differenza della disciplina dei requisiti generali, che è la medesima per ogni tipo di appalto).

Per la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici, e per i servizi di ingegneria, l'individuazione dei requisiti e i valori minimi degli stessi, che debbono possedere le imprese/i progettisti sono stabiliti con precisione dalle norme del codice, del D.P.R. n. 34/2000 e del DPR 554/99.

Invece, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi, l'individuazione dei requisiti e i valori minimi degli stessi sono definiti dalla stazione appaltante, gara per gara, e sono indicati nel bando e/o nel relativo disciplinare. Infatti, il codice, ha previsto la c.d. "qualificazione in gara", ad opera della stazione appaltante, e ha stabilito quali requisiti, ed indici che li caratterizzano (per esempio, un indice della capacità economico - finanziaria è la cifra d'affari globale o settoriale; un indice di capacità tecnica è l'esecuzione di forniture o di servizi analoghi nel triennio) , possano essere richiesti al concorrente e quali siano i possibili mezzi di prova del loro possesso (artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006), ma ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro quantificazione e dei relativi mezzi di prova (bilanci, modelli Unico, certificati dei servizi o delle forniture prestati nel triennio, ecc.).

Non è 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, rispetto al settore dei lavori, in astratto le stazioni appaltanti potrebbero non prevedere requisiti di capacità tecnico - organizzativa e/o economico-finanziaria per la partecipazione degli operatori economici a gare di servizi e forniture, oppure non fissarne i livelli minimi (si veda l'allegato IX A al D. Lgs. n. 163/2006). La decisione della stazione appaltante di non indicare detti valori minimi, è di fatto equiparabile al caso in cui, la stessa non preveda per la partecipazione alla gara alcun requisito di capacità tecnico-organizzativa e/o economico-finanziaria.

La mancata fissazione di livelli minimi di requisiti appare, quindi, illogica poiché un requisito di partecipazione, per essere definito tale, deve essere caratterizzato da un valore minimo che il concorrente deve dimostrare per partecipare all'appalto.

Malgrado un evidente difetto di coordinamento tra la norma in trattazione e le disposizioni in materia di requisiti speciali per servizi e forniture recate dagli artt. 41 e 42, laddove queste ultime prevedono la verifica dei suddetti requisiti solo sull'aggiudicatario, non può essere messa in dubbio la prevalenza della disciplina prevista dall'art. 48, formulata in termini generali rispetto ai settori di lavori, servizi e forniture e, quindi, assorbenti le richiamate previsioni contraddittorie.

D'altra parte, dal testo della norma si deduce che la procedura di controllo prevista dall'art. 48 é obbligatoria, in quanto applicabile, qualunque sia l'importo dell'appalto di servizi o forniture e solo laddove siano stati richiesti nel bando di gara i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, ed i relativi livelli minimi, così come lascia chiaramente intendere l'espressione ivi contenuta: "requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente

richiesti nel bando di gara". Conseguentemente, per quanto prima osservato, laddove, nei bandi di gara di appalti di servizi e forniture, non siano stati previsti requisiti minimi di partecipazione o non ne siano definiti i livelli minimi, la verifica in argomento non è applicabile, mancandone il presupposto principale.

## **2.2. Determinazione del periodo di attività documentabile relativa ai requisiti speciali.**

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 attività documentabile in base alla quale è maturato il possesso di quel requisito.

In particolare, riguardo agli ultimi tre esercizi indicati sia dall'articolo 41, comma 1, lett. c), che 42, comma 1, lett. a) e g), per perimetrare l'ambito temporale entro cui considerare maturati i relativi requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per servizi e forniture, la data da cui procedere a ritroso per l'individuazione del suddetto triennio è 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 possesso 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 (articolo 42, comma 1, lett. 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, lett. 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 è da interpretarsi quale fatturato globale realizzato dall'operatore economico nelle eventuali molteplici attività costituenti l'oggetto sociale dello stesso, e il secondo è 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 è ancora scaduto il termine per la presentazione degli stessi (ad esempio, nel caso di bando pubblicato nel periodo 1° giugno / 31 ottobre 2009, laddove l'operatore economico faccia ricorso alla modalità telematica per la presentazione delle dichiarazioni dei redditi), è 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 2005-2007, ovvero nel caso che abbia già presentato le dichiarazioni dei redditi, al fatturato conseguito nel triennio 2006-2008. Analogo ragionamento può farsi per le società di capitale, i consorzi, le società 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 capacità tecnica previsto all' art 42, comma 1, lett. a), del Codice, riguardante "principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni ... ", occorrerà precisare nel bando che in tal caso il triennio è effettivamente quello antecedente alla data di pubblicazione dello stesso e non necessariamente coincidente con quello prima adottato per il

requisito di capacità economico-finanziaria.

### **2.3. Caso in cui siano dichiarati requisiti sovrabbondanti rispetto ai minimi**

Strettamente connessa alla problematica sopra evidenziata è l'anomalia, riscontrata dalla Autorità nella prassi, determinata dall'ingiustificato rigore con cui alcune stazioni appaltanti procedono, nel corso della procedura prevista dall' art. 48, alla valutazione delle dichiarazioni rilasciate dai concorrenti, sui requisiti sia di capacità tecnico - organizzativa che economico - finanziaria. Le stesse, infatti, non limitano la verifica al raffronto tra i valori dei requisiti comprovati e quelli minimi richiesti nel bando di gara, ma eccepiscono la non perfetta corrispondenza fra quanto dichiarato dai concorrenti, in sede di partecipazione alla gara o di prequalifica, e quanto comprovato con i documenti probatori prodotti in sede di verifica a campione. Ad esempio, a fronte della richiesta nel bando di gara, nel triennio di riferimento, di un fatturato globale non inferiore a € 1.000.000,00 o di capacità tecnica attraverso servizi analoghi a quelli a base d'asta di importo complessivo non inferiore a €500.000,00, cui ha fatto seguito la dichiarazione del concorrente circa il possesso degli stessi requisiti per valori, rispettivamente, pari a €2.000.000,00 e a €800.000,00, l'esclusione viene motivata, nei casi evidenziati, per avere il concorrente comprovato i requisiti suddetti, rispettivamente negli importi di €1.100.000,00 e di €510.000,00, in difetto. Si deve tenere presente al riguardo che quanto previsto dall' art. 48 deve essere comunque rapportato ai requisiti minimi prescritti dal bando di gara, essendo necessario e sufficiente, ai fini della comprova dei requisiti stessi, dimostrarne il possesso in relazione allo specifico affidamento; l'esplicito riferimento nella norma alla necessità di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, "richiesti nel bando di gara" porta ad escludere - trattandosi di norma sanzionatoria e quindi di stretta interpretazione - che si possa considerare inadempiente un concorrente che abbia limitato la comprova ai valori minimi richiesti dal bando, anziché estenderla ai requisiti, di misura superiore, contenuti nella dichiarazione.

### **2.4. Distinzione tra criteri di «selezione dell'offerente», e criteri di «selezione dell'offerta»**

L'Autorità ha avuto modo di riscontrare che le stazioni appaltanti nella prassi corrente, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tendono a confondere i criteri di selezione dell'offerente con i criteri di selezione dell'offerta.

Al fine di una corretta applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre tenere conto della netta distinzione, a partire dal bando e dai documenti di gara, tra i requisiti che devono possedere i concorrenti e quelli che caratterizzano l'offerta (cfr. determinazione n. 4 del 2009).

L'ordinamento comunitario esige una distinzione rigorosa tra questi due aspetti delle gare (requisiti che devono possedere i concorrenti e criteri di aggiudicazione dell'offerta). La distinzione è stata recentemente confermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06, e, nell'ordinamento interno, dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Politiche Comunitarie, del 1° marzo 2007.

Tale netta ed inderogabile distinzione, oltre a trovare un preciso ed espresso riferimento nella normativa richiamata, ha una sua sostanziale ed evidente logica: quella di separare i requisiti di idoneità e partecipazione alla gara del concorrente da quelli attinenti all' offerta e all'aggiudicazione. Donde, ad esempio, l'illegittimità dell'inserimento fra i criteri di selezione dell'offerta di un requisito, quale quello delle esperienze simili maturate nel corso del triennio, che è uno dei requisiti previsti dall'art. 42 del Codice.

In concreto, l'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 47 a 52 della direttiva 2004/18/CE, recepiti dagli artt. 40 e ss. del d.lgs. 163/2006: in questa fase si tiene conto di criteri rivelatori della capacità dell'offerente ad eseguire la prestazione (esperienza, competenza, referenze, lavori già realizzati, risorse disponibili ecc .., che sono certificati, per gli esecutori di lavori pubblici, dall'attestazione SOA).

Al contrario, l'offerta deve essere valutata, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di cui all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, recepito dall'art. 83 d.lgs. 163/2006), alla stregua di criteri quali-quantitativi che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurarne il valore, escludendosi, quindi, la considerazione delle qualità inerenti ai concorrenti.

## **2.5. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti**

Il codice dei contratti ha confermato la netta distinzione, già riscontrabile nelle precedenti norme di settore ora abrogate, tra il settore dei lavori e quelli dei servizi e delle forniture per quanto riguarda l'individuazione dei requisiti di carattere speciale utili per la partecipazione alla gara e le modalità per dimostrarne il possesso.

Riguardo a queste ultime, il titolo III del D.P.R. n. 34/2000 individua con precisione i mezzi di prova. Invece per servizi e forniture, l'Allegato IX A al D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., prevede, al punto 17, che nei bandi le stazioni appaltanti sono 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, e cioè devono preventivamente stabilire quali siano i mezzi di prova.

Sia nel caso di procedure ristrette che nel caso di procedure aperte, i requisiti di capacità tecnico economica 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 avere espletata la "prequalifica" e 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 d.lgs. n. 163/2006), 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 riprova dei requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione ad una gara, è ammissibile che il concorrente dimostri il possesso degli stessi con i documenti probatori da lui ritenuti più idonei.

## **3. Applicazione dell'articolo 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 possibilità, nell'ambito di un appalto avente ad oggetto la progettazione

esecutiva e la esecuzione dei lavori [articolo 53, comma 2, lettere b) e c) del Codice e articolo 19, comma 1, lett. b) della legge 109/94], di sottoporre alle sanzioni previste dall'art. 48 del Codice (art. 6, comma 11, del Codice 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 richiesti dal bando. Al riguardo, si sottolinea in via preliminare che nell'appalto di progettazione ed esecuzione assume la qualità di concorrente l'appaltatore che individualmente o in forma associata, ancorché costituenda, partecipa alla gara; egli deve dimostrare nell'offerta il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo e ciò 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 qualità di concorrenti né 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 responsabilità rispetto ad essa, ma il relativo ambito funzionale e di responsabilità è ascritto nei limiti dell'incarico di progettazione conferito al medesimo dall'appaltatore. Ciò è comprovato dall'art. 140 del D.P.R. n. 554/99 che al comma 6 dispone, nel caso in cui il progetto esecutivo redatto dall'impresa non sia meritevole di approvazione, il contratto è risolto per inadempimento dell'appaltatore (cfr. TAR Catania n. 1237/2005), e quindi anche del progettista nel caso sia uno dei mandanti del raggruppamento. 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 qualsiasi sia la forma di partecipazione del progettista.

Riguardo invece all'ulteriore procedimento innanzi all'Autorità ai fini dell'applicazione delle sanzioni di competenza (art. 6, comma 11, del Codice ed sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento), assume rilievo la condotta soggettiva del "dichiarante". Come già evidenziato, infatti, le sanzioni comminate dall'Autorità 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 D.P.R. 445/2000, che all'art. 76 prevede conseguenze di carattere penale in virtù di una responsabilità personale delle dichiarazioni rese, nonché della ratio stessa dell'art. 48, tesa 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, che, in caso di progettista indicato dall'impresa, benché questi non assuma la qualità di concorrente, né quella di titolare del rapporto contrattuale con l'Amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, essendo un semplice collaboratore esterno dell'impresa partecipante alla gara, pur tuttavia lo stesso rilascia 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 è tenuta a richiedere nel bando, per siffatta eventualità, la dichiarazione sostitutiva di detti progettisti sia in merito ai requisiti generali che a quelli tecnico - economici relativi alla progettazione, in quanto l'espressione "progettisti qualificati" può 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 del possesso dei requisiti richiesti dal bando, sussistono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni ex art. 48, da parte della Autorità (sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice e sospensione dalla partecipazione

alle procedure di affidamento). Un ultimo riferimento va fatto all'eventuale possibilità di applicare le sanzioni di cui all'art. 48, da parte dell' Autorità, anche nei confronti del raggruppamento nonché nei confronti dell'appaltatore che abbia conferito l'incarico progettuale ad un professionista privo dei necessari requisiti; si ritiene, al riguardo, che l'Autorità possa valutare in concreto, caso per caso, le responsabilità attribuibili all'interno del raggruppamento o all'appaltatore unitamente al progettista incaricato, in relazione all'inadempimento segnalato dalla stazione appaltante in fase di gara, in virtù del rilievo della condotta della singola impresa.

#### **4. Natura dei termini per gli adempimenti previsti dalla norma**

##### **4.1. Natura del termine posto ai concorrenti sorteggiati**

In merito alla natura del termine di dieci giorni, entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti nel bando ed oggetto di autodichiarazione, non si può che ribadire quanto dedotto dalla Autorità nell'atto di regolazione n. 15/2000, come confermato peraltro, da concorde giurisprudenza. 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. Né 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 è formulata la norma, rileva, al fine della produzione degli effetti sanzionatori, il solo dato, obiettivo e formale, dell' inadempimento nel termine prescritto.

La produzione di documentazione diversa da quella indicata nel bando o nella lettera di invito ovvero la presentazione di documentazione che pur rientrando nei tipi astratti richiesti dalla legge della gara, non sia concretamente sufficiente a dimostrare i requisiti richiesti, non impedisce l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 48.

La richiesta di comprova può essere inoltrata per posta, per raccomandata o per telegramma, o via telefax. Nel caso di invio sia per posta che per fax, nella nota va precisato che il termine di dieci giorni decorre dalla data di inoltro via fax o dalla data di acquisizione della raccomandata.

Inoltre, per il computo dei termini previsti dall'art. 48 è 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'inderogabilità 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 alla interpretazione da dare all'art. 46 del Codice, in relazione alla perentorietà 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 artt. 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, con ciò differendo il termine di dieci giorni previsto dal comma 1, senza che con ciò venga menomata la par condicio dei concorrenti, gli opportuni completamenti o chiarimenti. In altri termini, l'accertamento della conferma di quanto dichiarato non va condotto in termini formalistici ma, in determinate situazioni, occorre concedere una proroga. 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 richiesti.

#### **4.2. Modalità di applicazione dell'art. 48, comma 1 bis**

Il d.lgs 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 cd "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 possibilità è attualmente ammessa, dall'articolo 62 del Codice, solo nelle procedure ristrette, relative a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, nonché 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 è previsto un termine perentorio di dieci giorni ma la scadenza è quella fissata per la presentazione dell'offerta, che, per le procedure ristrette, non può 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 eventualità che può prevedersi è allorché 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 alla Autorità, per il mancato adempimento

#### **4.3. Verifica sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo graduato**

Il comma 2 dell'articolo 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 Autorità 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 è formulata la parte iniziale del comma 2, La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria ..., il riferimento al termine di dieci giorni riguarda 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.

L'amministrazione può legittimamente fissare nella richiesta inoltrata ai due concorrenti un termine per l'adempimento, ma poiché i termini stabiliti all'interno del procedimento hanno natura ordinatoria, se la legge diversamente non statuisce o se dalla loro inosservanza non discende decadenza (v. per tutti Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 1987 n. 204), appare non giustificato un atteggiamento intransigente della stazione appaltante e, per contro, legittima la possibilità di un'integrazione documentale non essendovi più esigenze di par condicio tra i concorrenti, e purché detta integrazione avvenga in termini brevissimi (cfr. TAR Puglia - Lecce sentenza n. 946 del 22/03/2006). Ciò, anche tenuto conto che l'amministrazione può valutare, in considerazione dell'interesse pubblico all'affidamento dell'opera al concorrente che ha prodotto l'offerta più conveniente, di addivenire ugualmente alla stipulazione del contratto con il primo o, in subordine,

con il secondo graduato, consentendo correzioni o integrazioni di documenti, nonché la comprova relativa al possesso dei requisiti in esame in ritardo, così come di norma avviene quando l'aggiudicatario provvisorio non risponde o risponde parzialmente all' invito della stazione appaltante di presentare la documentazione per la stipula del contratto.

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 ciò sia perché tale soluzione consente, nel momento in cui ancora opera la commissione di gara, una più rapida procedura, sia perché 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 la riformulazione della graduatoria avvenga 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).

## **5. Modalità di espletamento 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 a 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.

## **6. Compatibilità con la normativa sull'autocertificazione**

I requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale per le imprese esecutrici di lavori pubblici, per i fornitori e per i prestatori di servizi, previsti, rispettivamente, dagli

artt. 28, comma 1, letto a), b) e c), del d.P.R. 34/2000, dall'art. 41, comma 1, lett. b) e c) e dall'art. 42, comma 1, possono essere provati dai concorrenti in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. del 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.

L'art. 48 del Codice si differenzia, quindi, dalla disciplina generale in materia di autocertificazione (art. 71 del D.P.R. 445/2000) in quanto la richiesta della documentazione è rivolta direttamente all'interessato anziché d'ufficio all'amministrazione o all'ente pubblico certificante.

Si tratta, in realtà, di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti - dichiaranti e delle stazioni appaltanti - amministrazioni riceventi la dichiarazione sostitutiva.

L'unico limite, in ordine alla presentazione della documentazione probatoria, è determinato dal vincolo posto, alle richieste di documenti da parte delle stazioni appaltanti, dall'art. 43, comma 1, del DPR 445/2000 in base al quale "Le amministrazioni pubbliche ... non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare. In luogo di tali atti o certificati i soggetti indicati nel presente comma sono tenuti ad acquisire d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti,....". Deve, quindi, ammettersi la possibilità per l'operatore economico di adempiere all'obbligo probatorio depositando nei termini dichiarazione circa il possesso da parte della stazione appaltante dei documenti richiesti, ove conservino validità.

In sede di sub procedimento di verifica di cui all'articolo 48, comma 1, del d. Lgs. n. 163/2006, è necessario che l'operatore economico dimostri con la documentazione di supporto esclusivamente quanto dichiarato in sede di partecipazione alla gara, relativamente al possesso dei requisiti minimi, non potendo presentare nuovi e diversi elementi rispetto a quelli già indicati in gara, a prescindere dalla circostanza che la documentazione prodotta supporti l'effettivo possesso dei requisiti minimi richiesti dal bando.

Infatti, il legislatore, nel prevedere espressamente la corrispondenza fra quanto dichiarato e quanto dimostrato, ha voluto garantire la par condicio dei partecipanti alla procedura di gara e tutelare la stazione appaltante sul fatto che il concorrente interessato dal procedimento di verifica sia in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara alla data della pubblicazione del bando di gara.

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.

## **7. Presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie. Sanzioni irrogate dalla Autorità.**

Al fine di esaminare il segmento procedimentale, ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, di competenza dell' Autorità di Vigilanza, riguardante le ulteriori sanzioni (pecuniaria e di temporanea inibizione della partecipazione a procedure di affidamento) che l'Autorità stessa 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 è 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 cioè sia in caso di omissione o di rifiuto, sia in caso di ritardo rispetto al termine perentorio di dieci giorni. Si tratta di sanzioni che la stazione appaltante applica in modo automatico, indipendentemente se i requisiti dichiarati dall'operatore economico siano effettivamente posseduti, risultando l'esclusione e l'incameramento della cauzione volti a sanzionare il comportamento inadempiente dell'operatore economico nel partecipare a quella specifica gara.

Va, tuttavia, considerato che laddove, su istanza dell'operatore economico, sia comprovata la non imputabilità allo stesso della omissione o del ritardo, viene meno il riferimento allo stesso operatore del comportamento materiale che è a presupposto della sanzione. Ancora nell'ipotesi in cui si tratti di mancata prova del possesso dei requisiti generali ovvero di errore della stazione appaltante nell'applicare la procedura di controllo prevista dalla norma in argomento, vengono meno gli estremi per l'applicazione delle sanzioni previste dall'art.48 del Codice. In tutti questi casi si ritiene allora ammissibile, in sede amministrativa, l'esercizio dei poteri di autotutela, da parte della stazione appaltante, con restituzione della cauzione già incamerata. Ovviamente, seguirà, ovvero contestualmente o precedentemente sarà disposta l'archiviazione del procedimento sanzionatorio attivato dalla Autorità.

La contestuale segnalazione dei richiamati fatti da parte della stazione appaltante alla Autorità non può considerarsi una ulteriore sanzione nei confronti dell'operatore economico inadempiente ma rappresenta esclusivamente un obbligo informativo nei confronti della Autorità, in quanto, quest'ultima è titolare di altro segmento sanzionatorio su cui la stazione appaltante non ha potere di intervento.

Come si evince dal testo della norma la segnalazione può comportare, da parte dell'Autorità l'adozione del provvedimento di cui all'articolo 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 alla Autorità deve essere limitata al solo caso di mancata conferma delle dichiarazioni. Di conseguenza vengono rimessi alla prudente valutazione della stessa Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, i differenti casi di falsa attestazione o di omessa, ritardata o non conforme presentazione della documentazione, nei prescritti termini. Infatti, nel momento successivo della concreta irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 6, comma 11, del Codice da parte dell'Autorità e della sanzione interdittiva da uno a dodici mesi prevista dall'art. 48, assumono rilevanza la gravità dell'infrazione commessa e la presenza di "giustificati motivi" e il sussistere della o "buone fedi" o dell'"errore scusabile" nella condotta tenuta dall'operatore economico. Occorre considerare, infatti, che le sanzioni comminate dall'Autorità 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 irregolarità in concreto rilevate.

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, c. 11, secondo periodo, 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 nei termini prescritti; b) produzione di falsa dichiarazione o di documenti contraffatti, con riferimento alla documentazione di comprova 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, dovendo risultare più severa la sanzione per il caso di omissione o rifiuto, rispetto al caso di ritardo; 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 pecuniorie, le stesse, nei limiti edittali, sono commisurate al valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono".

In più, l'Autorità sottopone lo stesso operatore inadempiente, ai sensi dell'art. 48, alla sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Si fa presente che la formulazione dell'art. 48 consente alla Autorità di operare anche una ulteriore graduazione, consistente nell'irrogare la sola sanzione pecuniaria e non quella interdittiva, in presenza di casi di non particolare gravità, quale ad esempio quello di un semplice ritardo in cui l'inadempimento sia conseguenza del fatto che l'operatore non si è premunito tempestivamente, preparando in anticipo la documentazione utile per la comprova, ma che, una volta sorteggiato, dimostri di essersi adoperato al fine di adempiere alla richiesta della stazione appaltante, non riuscendovi solo a causa del ritardo da parte dei soggetti certificatori.

Con riferimento ai casi di prova non fornita dall'operatore economico nei termini prescritti, basandosi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 2482 del 2002, laddove, nell'affermare la perentorietà del termine di 10 giorni, precisa che: "né il termine può essere ritenuto irrazionalmente troppo breve perché i partecipanti alla gara ben conoscono le regole del gioco laddove queste prevedono un controllo preventivo a campione e quindi sono posti in grado di premunirsi tempestivamente per il caso che vengano sorteggiati", va considerato negligente il comportamento dell'operatore economico che ritardi nella comprova, non essendosi premunito per il caso di sorteggio, e richieda i certificati di regolare esecuzione ai soggetti committenti successivamente alla comunicazione della stazione appaltante e li ottenga ad avvenuto decorso del suddetto termine. Negligenza, da cui deriva un semplice ritardo, che l'Autorità può sanzionare, ai sensi dell'art. 6, comma 11, secondo periodo, prima parte, esclusivamente con sanzione pecuniaria, senza sanzione interdittiva. Va, invece considerato omissivo, o gravemente negligente, il comportamento dell'operatore economico che, pur possedendo i requisiti dichiarati, o non corrisponda per niente alla richiesta della stazione appaltante, ovvero richieda o, comunque, prepari la documentazione comprovativa in tempi successivi al decorrere dei dieci giorni.

Poiché la norma in argomento è destinata ad applicarsi a tutti i settori degli appalti e l'art. 48 prevede che l'Autorità disponga la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, non limitata quindi ad un particolare settore, 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 dalla Autorità.

La decorrenza della disposta sospensione, "graduata" da uno a dodici mesi, viene precisata dal Consiglio della Autorità 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 è 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.

Infine, occorre precisare che l'art. 48 è una norma a carattere sanzionatorio, di stretta interpretazione, che prevede letteralmente la sola sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e non anche l'inibizione alla stipula dei contratti.