

Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014

Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Sommario

Sommario.....	1
Premessa	2
1. Ambito di applicazione della procedura	2
1.1. Appalti di lavori pubblici e requisiti richiesti	2
1.2. Concessioni di servizi e Concessioni di lavori	4
1.3. Settori speciali.....	4
2. Requisiti oggetto a verifica	5
2.1. Livelli minimi specifici di capacità tecnico-economica e relativa comprova	5
2.2. Determinazione del periodo di attività documentabile.....	7
2.3. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti.....	8
3. Applicazione dell'articolo 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione	9
4. Applicazione dell'articolo 48 in caso di avvalimento	10
5. Natura dei termini per gli adempimenti previsti dalla norma.....	12
5.1. Natura del termine posto ai concorrenti sorteggiati	12
5.2. Modalità di applicazione dell'art. 48, comma 1 bis.....	13
5.3. Verifica sull'aggiudicatario provvisorio e sul secondo graduato.....	14
6. Momento della verifica	15
7. Verifica ex art. 48 e d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445	16
8. Presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie.	17
8.1 Sanzioni irrogate dalla stazione appaltante.....	17
8.2 Sanzioni irrogate dall'Autorità.....	17
8.2.1 Sanzione pecuniaria	18
8.2.2 Sospensione dalle gare	19

Premessa

L'Autorità, con la determinazione n. 5/2009 recante "*Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. 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'Autorità, 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 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito Codice) è 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 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito Regolamento) e poiché l'attestazione di qualificazione, rilasciata dalle Società Organismo di Attestazione (S.O.A) "*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. 60, rispettivamente, commi 2 e 3, del Regolamento), non è 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 capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria; le stazioni appaltanti ne verificano, dunque, il possesso e la validità 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 è 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'articolo 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 sarà 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 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.

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 6/3/2013 n. 1370).

In base all'art. 32, comma 1, lett. 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 virtù del rinvio operato dall'articolo 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'articolo 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'articolo 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 nonché a tutti gli appalti di servizi e forniture, a prescindere dall'importo. Altra eccezione è contenuta nell'art.

230, comma 3 che dà tre opzioni agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici; essi possono, infatti, 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 l'ente aggiudicatore, che non è, 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 più 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 ciò 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 capacità 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 è 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. artt. 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'Autorità, 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, nel settore dei servizi e delle forniture, in astratto, le stazioni appaltanti potrebbero non prevedere nel contempo sia requisiti di capacità tecnico - organizzativa che di capacità 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 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.

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, così come modificato dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135)

È di tutta evidenza, pertanto, che pur essendo la procedura di controllo prevista dall'art. 48 obbligatoria, la stessa è applicabile, qualunque sia l'importo dell'appalto di servizi o forniture, solo laddove siano stati richiesti nel bando di gara i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e ne siano stati fissati i relativi livelli minimi, così come lascia chiaramente intendere anche l'inciso contenuto nell'art. 48 che riferisce la verifica ai "*requisiti di capacità 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 è necessario e sufficiente per la partecipazione alla gara; non può 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 attività 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 attività documentabile, in relazione al quale si richiede debba essere maturato lo specifico requisito.

In particolare, riguardo agli ultimi tre esercizi indicati sia dall'articolo 41, comma 1, lett. c), che dall'articolo 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 2013, 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 2009-2011, ovvero nel caso che abbia già presentato le dichiarazioni dei redditi, al fatturato conseguito nel triennio 2010-2012. 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 i *"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. Mezzi di prova per dimostrare il possesso dei requisiti

Quanto alle modalità 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, 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) 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 qualità 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 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 circoscritto nei limiti dell'incarico di progettazione conferito al medesimo dall'appaltatore. Ciò è 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'Autorità 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 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* 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 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-organizzativi ed economico-finanziari 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 resa sui requisiti, 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).

4. Applicazione dell'articolo 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 più 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, 13/06/2011 n. 3565 e sez. IV, 16/02/2012 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'Autorità, 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 d.P.R. 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, lett. 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 comprova 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 28/5/2013 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. 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 richiesta di comprova può essere inoltrata per posta, per raccomandata o per telegramma, o via telefax nonché 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 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 all'interpretazione da dare all'art. 46, comma 1, 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 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. È, 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 d.lgs. 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 possibilità è attualmente ammessa, dall'articolo 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, 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 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'Autorità, per il mancato adempimento.

5.3. 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, 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 13/3/2013 n. 848; Consiglio di Stato sez. VI 8/3/2012 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 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 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'operatività del comma 2 del medesimo articolo è stata limitata. Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 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 comprova 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 d.P.R. 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 artt. 90, comma 1, lettere a), b) e c), del Regolamento, dall'art. 41, comma 1, lett. 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 d.P.R. 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 26/9/2013 n. 4785) gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art. 43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dall' art. 15 della L.n. 183/2011, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R; dichiarazioni sostitutive che gli artt. 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 artt. 43 e 47 del D.P.R. 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 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, 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'Autorità, esaminate nei paragrafi che seguono.

8.2 Sanzioni irrogate dall'Autorità.

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 all'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 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'Autorità (come pure della sanzione interdittiva), assumono rilevanza, in ogni caso, la gravità dell'infrazione commessa e la presenza di “*giustificati motivi*” nonché il sussistere della “*buona fede*” 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. 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 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. Con specifico riferimento alla graduazione della sanzione, si rileva come oltre alla gravità 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*” nonché 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 può non riservarsi diverso trattamento alla colpa grave rispetto alla colpa lieve, non potendosi irrogare la sanzione interdittiva in quest'ultimo caso. Ciò, 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, può 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 è di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, sez. V - sentenza 8 settembre 2010 n. 6519), e, come tale, opera – in conformità 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

Adotta la presente determinazione.

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 5 febbraio 2014

Il Segretario: Maria Esposito