



Consiglio Nazionale delle Ricerche

**Breve ricognizione sui criteri di partecipazione
alle gare d'appalto e sulla disciplina del
soccorso istruttorio alla luce dei significativi
pareri emanati dalle competenti Autorità in
materia**

L. Albertario, C. Gherarducci, R. Rossi

IIT B4-03/2016

Nota Interna

Marzo 2016



Istituto di Informatica e Telematica

INDICE

1. Introduzione.....	3
1.1. Regolamento per le acquisizioni in economia di beni e servizi del CNR. La Circolare 37/2013 del Consiglio Nazionale delle Ricerche.	3
2. I requisiti degli operatori economici.....	5
2.1. I REQUISITI DEGLI OPERATORI ECONOMICI E IL MEPA.	5
3. I requisiti di ordine generale – principi generali.....	6
4. Le cause di esclusione.....	8
4.1. Art. 38 Lettera a) fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo.	8
4.1. Art. 38 Lettera b) pendenza di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione antimafia.....	10
4.2. Art. 38 Lettera c) sentenze penale di condanna passate in giudicato per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazioni criminali.....	16
4.3. Art. 38 Lettera f) grave negligenza o malafede nell'esercizio dell'attività professionale.	21
4.4. Art. 38 Lettera i) irregolarità contributiva.....	23
4.5. Art. 38 Lettera m-quater) Esistenza di rapporti di controllo e collegamento.	24
5. I requisiti professionali, tecnici e finanziati- cenni introduttivi.....	26
5.1. Art. 39 – Requisiti di idoneità professionale.	27
5.2. Requisiti speciali: Art. 41 e Art. 42 del Codice dei contratti.	28
5.2.1. Art. 41 – Requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi.	28
5.2.2. Art. 42 – Requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi.	31
5.3. I requisiti speciali e professionali negli appalti sotto soglia.	34
5.4. Il controllo sul possesso dei requisiti ex Art. 48.	35
6. La genesi del soccorso istruttorio.....	40
7. Il soccorso istruttorio pre novella.....	43
8. Il comma 2 bis dell'art. 38.....	44
9. Il comma 1 ter dell'Art. 46.	48
10. La sanzione pecuniaria e la cauzione provvisoria.	51
11. Conclusioni	56

1. INTRODUZIONE.

Il presente lavoro è incentrato sull'importanza del possesso dei requisiti generali e speciali previsti dal Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relative a lavori, servizi e forniture", d'ora in avanti Codice dei contratti, relativamente ai presupposti necessari che debbono essere posseduti dagli operatori economici che intendono contrarre con la pubblica amministrazione. La disciplina di tali requisiti, infatti, deve considerarsi di natura generale poiché, il predetto Codice, ne impone il suo rispetto ad ogni tipo di procedura di scelta del contraente.

Gli articoli in commento riguardano i requisiti generali di cui agli articoli 38 "Requisiti di ordine generale", 39 "Requisiti di idoneità professionale", i requisiti di carattere tecnico professionale di cui all'articolo 40 "Qualificazione per eseguire lavori pubblici" e i requisiti di carattere economico finanziario di cui agli articoli 41 "Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi" e 42 "Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi".

Nella disamina dei vari argomenti sono presi in considerazione i pareri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC¹ resi costantemente con riguardo ai molteplici istituti ed elementi contenuti nel predetto Codice.

Si premette, in via generale, che l'acquisizione da parte delle stazioni appaltanti della documentazione attestante la sussistenza dei predetti requisiti in capo agli operatori economici, avviene, nella fase di partecipazione alla procedura di gara, attraverso l'istituto dell'autocertificazione nel rispetto di quanto disposto nel d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445².

Sul punto è utile evidenziare che al fine di agevolare la redazione degli atti di gara da parte degli operatori economici, le stazioni appaltanti possono predisporre specifici modelli di autocertificazione utilizzando le indicazioni fornite dall'ANAC.

1.1. REGOLAMENTO PER LE ACQUISIZIONI IN ECONOMIA DI BENI E SERVIZI DEL CNR. LA CIRCOLARE 37/2013 DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE.

Il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) con la circolare 37/2013 (AMMCNT – CNR 0065350 del 29/10/2013) ha emanato il Regolamento per le acquisizioni in economia di beni e servizi del CNR e il relativo Manuale operativo³.

¹ L'ANAC è l'autorità alla quale è attribuita la funzione di vigilare sul settore dei contratti e degli appalti pubblici (<http://www.avcp.it/portal/public/classic/>).

² <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/00443dla.htm>

³ <http://www.urp.cnr.it/documentotesto.php?id=37&anno=2013>

Con tale provvedimento l'Ente ha regolamentato le procedure di acquisto di lavori, servizi e forniture in economia ex art. 125 del Codice dei contratti, in attuazione di quanto disposto al comma 10 del medesimo articolo che, sul punto, testualmente dispone:

“L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze”.

Il tema dei requisiti è disciplinato all'art. 13 “Requisiti degli operatori economici” del sopra richiamato Regolamento CNR. In sintesi, l'articolo dispone che al fine di poter contrarre con il CNR gli operatori economici devono possedere i requisiti di ordine generale e speciale, così come disposto dal Codice dei contratti avendo cura di precisare che i requisiti richiesti agli operatori economici devono risultare adeguati, e comunque non eccessivi, rispetto alle esigenze dell'Ente, commisurati all'effettivo valore della prestazione, adeguati in base alla specificità del servizio o della fornitura da appaltare ed alle speciali caratteristiche della prestazione e della struttura in cui deve svolgersi.

Per quanto concerne l'identificazione delle fattispecie previste agli artt. 38, 39, 41 e 42 del Codice dei contratti, nonché le procedure inerenti le modalità operative attraverso le quali gli Istituti del CNR sono tenuti a realizzare le verifiche dei requisiti in questione, la circolare rinvia al Manuale operativo.

L'Istituto di Informatica e Telematica (IIT), conformandosi alle direttive contenute nel Regolamento per le spese in economia del CNR e con il supporto decisionale della Direzione, si è dotato di un gruppo, composto da personale dell'Istituto stesso, fornito di conoscenze legali e amministrative, al fine di collaborare con il Responsabile Unico del Procedimento (RUP) per lo svolgimento dell'istruttoria caratterizzante la verifica dei predetti requisiti.

Il quadro regolamentare emanato dal CNR rappresenta senza dubbio un valido supporto all'Istituto per lo svolgimento delle attività di verifica dei requisiti in parola. Il Manuale allegato al Regolamento per le spese in economia, infatti, contiene una approfondita disamina dei requisiti generali e speciali, nonché delle modalità con cui l'Istituto deve provvedere alle verifiche dei predetti requisiti fino a evidenziare le ipotesi al verificarsi delle quali l'Amministrazione può legittimamente procedere all'esclusione del concorrente dalla gara.

Tuttavia, la costante evoluzione normativa e giurisprudenziale determina una continua modifica della realtà fattuale anche in considerazione dell'introduzione nel Codice dei contratti dell'istituto del soccorso istruttorio che, come meglio si vedrà nel seguito, ha attribuito agli operatori economici la facoltà di poter sanare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale e non essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive sulla base delle richieste di regolarizzazione della Pubblica Amministrazione, in osservanza del principio volto a consentire la più ampia partecipazione delle imprese stesse ai mezzi e alle opportunità commerciali offerti attraverso la contrattazione pubblica.

A tale proposito, senza pretendere in alcun modo di avere carattere esaustivo, la presente nota cercherà di evidenziare i principali cambiamenti, anche dettati dalla giurisprudenza, che hanno avuto ad oggetto sia la materia dei requisiti che le procedure per la verifica degli stessi. Elemento essenziale nella formazione della conoscenza è stato lo svolgimento pratico delle attività lavorative che di fatto hanno portato gli autori ad analizzare sempre più in dettaglio questo importante aspetto legato ai requisiti necessari per trattare con la pubblica amministrazione.

2. I REQUISITI DEGLI OPERATORI ECONOMICI.

Il Codice dei contratti prevede tre tipologie di requisiti che gli operatori economici devono possedere per contrarre con le stazioni appaltanti.

Detti requisiti sono così definiti:

- Requisiti di ordine generale (art. 38)
- Requisiti di idoneità professionale (art. 39)
- Requisiti di ordine speciale (artt. 41 e 42)

I requisiti di ordine generale devono essere posseduti dagli operatori economici per ogni tipo di affidamento sia sopra che sotto la soglia comunitaria.

In particolare, per gli appalti di servizi e forniture, che qui interessano, deve farsi riferimento al comma 7 dell'art. 124⁴ del Codice che rimanda la disciplina in questione al regolamento attuativo che, a sua volta, rinvia all'art. 38 del Codice stesso.

Diversamente deve dirsi per i requisiti di idoneità professionale e di ordine speciale la cui presenza nell'affidamento dipende dalla natura e dall'oggetto dell'affidamento stesso. Inoltre la verifica di detti requisiti è disciplinata dall'art. 48 del Codice.

2.1. I REQUISITI DEGLI OPERATORI ECONOMICI E IL MEPA.

Una precisazione deve essere fatta per l'acquisizione delle dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale nell'ambito degli acquisti di valore inferiore alla soglia comunitaria, realizzate dalle Pubbliche Amministrazioni attraverso il Portale degli acquisti della Pubblica Amministrazione

⁴Cfr. articolo 124 del Regolamento attuativo che dispone: *“il regolamento disciplina, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal presente codice, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici”*

(MePA)⁵. Tale Portale può essere identificato nel “mercato virtuale” dove le Pubbliche Amministrazioni possono ricercare, confrontare e acquisire i beni e i servizi da acquistare⁶.

Nel MePA, infatti, le dichiarazioni del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del Codice degli Appalti, sono rese direttamente dagli operatori economici al MePA stesso in fase di abilitazione e sono *“rinnovate ogni sei mesi, pena la disabilitazione e l’impossibilità a mantenere attivo il proprio catalogo e partecipare alle RDO. L’onere di acquisizione delle dichiarazioni rilasciate è in capo alla CONSIP e libera le Stazioni appaltanti dall’acquisizione delle predette dichiarazioni ai fini della partecipazione alla Gara”*⁷.

Da quanto sopra evidenziato ne deriva che le Stazioni Appaltanti non sono tenute a richiedere agli Operatori Economici alcuna autocertificazione relativa ai requisiti di ordine generale poiché tale onere di acquisizione ricade sul MePA. Conseguentemente, le Stazioni Appaltanti possono consultare le dichiarazioni rese dalle imprese direttamente attraverso il MePA.

Resta invece immutato, per le Amministrazioni procedenti, l’obbligo di richiedere alle imprese l’attestazione della sussistenza dei requisiti speciali eventualmente richiesti negli atti di gara.

L’acquisizione da parte delle Stazioni Appaltanti delle attestazioni sul possesso dei requisiti è necessaria poiché il Codice dei Contratti impone la verifica dei requisiti economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti ai sensi dell’art. 48 e subordina l’aggiudicazione definitiva alla verifica dei requisiti generali e ove previsto di quelli speciali.

La verifica in discorso viene realizzata dalla Stazione Appaltante attraverso la richiesta diretta agli organi competenti oppure attraverso il sistema AVCPass⁸ al verificarsi delle condizioni stabilite all’art. 6 bis del Codice dei contratti⁹.

3. I REQUISITI DI ORDINE GENERALE – PRINCIPI GENERALI.

L’articolo 38 del Codice contiene le cause *“tassative”* di esclusione degli operatori economici dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e dagli appalti di lavori, fornitura e

⁵ <https://www.acquistinretepa.it/opencms/opencms/>

⁶ A decorrere dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali, centrali e periferiche, e dal 9 maggio 2012 anche gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, le istituzioni universitarie, compresi gli enti locali, ai sensi dell’art. 1 del D.L. n. 52/2012 (c.d. “Spending Review”) hanno l’obbligo di ricorrere, per l’acquisto di beni e servizi in economia, al mercato elettronico.

⁷ Manuale d’uso del Sistema di e-Procurement per le Amministrazioni <https://www.acquistinretepa.it/opencms/opencms/help/help/anonimi/guide/>

⁸ <http://www.avcp.it/portal/public/classic/Servizi/ServiziOnline/AVCPass>

⁹ http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Servizi/Formazione/Delibera_111_2012

servizi, nonché la possibilità per gli stessi di essere affidatari di subappalti e di stipulare i relativi contratti.

Come si evince dal dettato normativo, le cause di esclusione attengono sia alla fase di partecipazione, che alla fase di sottoscrizione del contratto. Esse, infatti, rappresentano l'elemento fiduciario e morale dell'operatore economico e devono sussistere in capo allo stesso al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, o della domanda di partecipazione e devono permanere in capo all'operatore economico per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto stesso.

Detta considerazione non deve passare in secondo piano in quanto, come vedremo meglio nel seguito, l'introduzione del soccorso istruttorio a seguito del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n.114, sebbene diretto a consentire integrazione documentale, non modifica il principio appena enunciato in merito al fatto che il possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico deve sussistere al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, o della domanda di partecipazione.

Come è stato accennato nell'introduzione, l'attestazione dei requisiti da parte dell'operatore economico avviene mediante dichiarazioni sostitutive redatte nel rispetto di quanto disposto dal D.p.R. 445/2000 "Disposizioni legislative in materia di documentazione amministrativa". A tale riguardo le stazioni appaltanti predispongono idonea modulistica che gli operatori economici possono utilizzare al fine di rilasciare le dichiarazioni ex art. 38.

Per quanto concerne gli operatori economici non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono a detti soggetti la produzione di idonea documentazione probatoria. Qualora il paese di provenienza dell'operatore economico non rilasci alcun documento, l'attestazione dei requisiti potrà effettuarsi mediante una dichiarazione giurata ovvero con dichiarazione resa dall'operatore economico dinnanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa, ad un notaio o ad un organismo qualificato a riceverla del paese di appartenenza¹⁰.

La verifica dei requisiti è eseguita, d'ufficio, dalla stazione appaltante in autonomia, presso gli enti certificatori, o tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici¹¹, a campione, al momento dell'acquisizione del partecipante, e sul vincitore dopo l'aggiudicazione provvisoria salvo il caso in

¹⁰ Art. 38 comma 5 del DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

¹¹ Art. 6-bis del DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

cui la verifica sull'operatore economico vincitore non sia stata eseguita nelle fasi di gara precedenti¹².

Infine, è necessario evidenziare che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione ricade sulla stazione appaltante l'obbligo di segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione¹³, nonché di applicare quanto previsto sul punto dal D.P.R. 28-12-2000 n. 445 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa".

4. LE CAUSE DI ESCLUSIONE.

Di seguito sarà svolta una disamina di alcune cause di esclusione previste dall'articolo in commento la cui valutazione, non essendo vincolata a monte dal legislatore, è rimessa all'apprezzamento della pubblica amministrazione, attraverso uno specifico ragionamento normativo, alla luce delle disposizioni dettate sul punto dall'ordinamento giuridico.

L'analisi in questione prenderà in considerazione anche le indicazioni contenute nella bozza di schema di disciplinare di gara per l'affidamento di contratti pubblici di forniture e servizi redatta dall'ANAC¹⁴ che, sebbene al momento in cui si scrive la presente nota non sia ancora divenuta efficace, di certo può rappresentare, insieme alle altre determinazioni della medesima Autorità, un valido supporto interpretativo.

4.1. ART. 38 LETTERA A) FALLIMENTO, LIQUIDAZIONE COATTA, CONCORDATO PREVENTIVO.

La causa di esclusione in questione prende in considerazione due fattispecie distinte. La prima attiene alla circostanza in cui l'operatore economico sia sottoposto ad una delle procedure concorsuali in discorso, l'altra, invece, attiene al caso in cui sia in corso un procedimento per l'attestazione dello stato fallimentare, di liquidazione coatta o di concordato preventivo.

All'accertamento delle condizioni in discorso consegue l'esclusione dell'operatore economico dalla gara. Qualsiasi fra le due condizioni in argomento comporta l'esclusione dalla gara.

¹² Art. 11 comma 8 del DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

¹³ Art. 38 comma 1-ter del DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

¹⁴ http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine/_consultazioni?id=6b9a25e00a7780424c6ac80b4cc4a684

Sul punto è opportuno precisare che l'introduzione dell'art. 186 – bis¹⁵ nella legge fallimentare ha comportato una modifica alla fattispecie in questione. Il citato articolo, infatti, introduce nel nostro ordinamento il “concordato con continuità aziendale” istituito che riconosce ai soggetti beneficiari, al verificarsi di specifiche condizioni di legge, anche la possibilità di partecipare alle gare.

La norma in argomento distingue due fattispecie:

- Imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale. In tale ipotesi, al fine di partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici, è necessario che l'operatore economico acquisisca l'autorizzazione del Tribunale, sentito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza provvede direttamente il Tribunale.
- Imprese che hanno ottenuto il decreto di ammissione. L'organizzazione beneficiaria del decreto deve presentare in gara:
 - *“una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*
 - *la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.”*¹⁶

Alla luce di detta considerazione, oggi, le imprese sottoposte a concordato preventivo “ordinario” rientrano nei casi di esclusione; diversamente deve dirsi per gli operatori economici che sono stati ammessi al concordato preventivo con “continuità aziendale” o che siano stati autorizzati dal Tribunale a partecipare agli appalti pubblici a fronte della domanda di ammissione al concordato preventivo con “continuità aziendale”.

¹⁵ Articolo introdotto dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁶ Art. 186-bis Legge Fallimentare aggiornato con le modifiche apportate dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

Ovviamente l'operatore economico che si trova in tale stato è tenuto a manifestare detta condizione nella dichiarazione sostitutiva da presentare alla stazione appaltante in sede di gara, allegando la necessaria documentazione.

4.1. ART. 38 LETTERA B) PENDENZA DI UN PROCEDIMENTO PER L'APPLICAZIONE DI UNA DELLE MISURE DI PREVENZIONE ANTIMAFIA.

La lettera b) prevede quale causa di esclusione, la pendenza di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste agli artt. 6 e 67¹⁷ del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136".

L'analisi della presente causa di esclusione deve essere eseguita coordinando quanto disposto in tema di verifiche dal "Codice dei contratti", con quanto previsto dal "Codice delle leggi antimafia", così come integrato dal d.lgs. 13 ottobre 2014 n. 153 "Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136", che modifica il codice stesso con misure che sono entrate in vigore dal 26 novembre 2014¹⁸.

In tale contesto è opportuno chiarire l'ambito di applicazione della normativa in materia di documentazione antimafia dettata dagli artt. 82 e seguenti del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136".

Sul punto si è espressa chiaramente l'ANAC con la Determinazione n. 2 del 2 settembre 2014¹⁹. Con tale atto, infatti, l'Autorità afferma che:

"le verifiche contemplate nell'art. 38 del Codice dei contratti attengono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede. Le verifiche contemplate nel Codice antimafia, come emerge dal disposto dell'art. 83 dello stesso corpus normativo attengono, invece, al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto – e come tali sono limitate all'aggiudicatario – ed alla fase esecutiva dello stesso.

¹⁷ In origine i riferimenti normativi erano l'art. 3 della Legge n. 1423/1956 e l'art. 10 della Legge n. 575/1965. Con l'entrata in vigore del Codice Antimafia i nuovi riferimenti normativi sono gli artt. 6 e 67 del Decreto legislativo 06.09.2011 n° 159 , G.U. 28.09.2011.

¹⁸ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/10/27/14G00166/sg>

¹⁹ <http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/pdf/Det.n.2.2014.pdf>

Consegue da quanto sopra che ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono – in relazione a tale fase della procedura – le norme dettate dal Codice antimafia.

Al riguardo valgono, dunque, le considerazioni espresse dall'Autorità (in particolare) nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, con riferimento all'esclusione dalle procedure di affidamento dei soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia ed agli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i necessari riscontri.

Ai fini della stipula del contratto, invece, occorre eseguire sull'aggiudicatario le verifiche contemplate dallo stesso art. 38, comma 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia”.

La lettura della citata determina evidenza in modo chiaro il quadro entro il quale le disposizioni in argomento esplicano i loro effetti e conseguentemente i modi con i quali le stazioni appaltanti sono chiamate a effettuare le relative verifiche.

Una prima considerazione di carattere generale deve essere fatta in merito all'ambito di applicazione della documentazione antimafia.

Per quanto d'interesse, la documentazione in argomento non è richiesta per la stipula o approvazione di contratti con soggetti che esercitano attività agricole o professionali, non organizzate in forma d'impresa, che esercitano attività artigiana in forma d'impresa individuale e attività di lavoro autonomo, anche intellettuale, in forma individuale nonché per la sottoscrizione di contratti il cui valore complessivo non superi i 150.000 euro.

Resta fermo il principio che in ogni caso l'operatore economico deve rilasciare alla stazione appaltante la dichiarazione sostitutiva di cui al DPR 445/2000 di non trovarsi nella condizione di esclusione in argomento.

Ciò detto, in sede di gara la verifica del possesso del requisito in discorso deve avvenire nel rispetto di quanto disposto all'art. 38, comma 1, lett. B) secondo le indicazioni fornite dall'Autorità stessa nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012.

Orbene, il più volte citato punto b) dell'art. 38 evidenzia che l'incapacità a partecipare alla gara da parte dell'operatore economico è prevista a fronte della pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste all'art. 6 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159²⁰.

²⁰ Art. 6 “Tipologia delle misure e loro presupposti”: “1. Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. 2. Salvi i casi di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, ove le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale o in una o più

A tale riguardo giova evidenziare che il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione si considera pendente *“soltanto a seguito dell'iscrizione nell'apposito registro della cancelleria del tribunale della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore)”*²¹.

La verifica di detto requisito è realizzata dalla stazione appaltante mediante richiesta al tribunale del luogo di residenza o dimora della persona fisica che ha rilasciato la dichiarazione sostitutiva tenuto conto che:

“l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”.

Ai fini della stipula del contratto, invece, rileva la causa ostativa contenuta all'art. 67 *“Effetti delle misure di prevenzione”* del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, espressamente richiamata dall'art. 38 del Codice dei contratti.

Nello specifico il secondo comma dell'articolo 67 dispone che:

“2. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera”.

Conseguentemente la stazione appaltante è tenuta a eseguire sull'aggiudicatario le verifiche del requisito nel rispetto delle norme contenute nel libro II del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

province. 3. Nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica può essere imposto l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale”.

²¹ Circolare 9 dicembre 2011 - Verifica degli enti pubblici appaltanti dell'eventuale pendenza di procedimenti per chi partecipa a concessioni o appalti del Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia Penale
[http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1\(2011\)&facetNode_3=1_1\(20111209\)&facetNode_2=1_1\(201112\)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC747863](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2011)&facetNode_3=1_1(20111209)&facetNode_2=1_1(201112)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC747863)

A norma dell'art. 85 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, pertanto e riprendendo quanto sopra riportato, i soggetti sottoposti alla verifica sono i seguenti.

- Per le imprese individuali, il titolare e il direttore tecnico ove previsto.
- Per le associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei d'impresa, oltre che il direttore tecnico, ove previsto:
 - per le associazioni, chi ne ha la legale rappresentanza;
 - per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, il legale rappresentante e gli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione;
 - per le società di capitali, anche il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero il socio in caso di società con socio unico;
 - per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico(1), chi ne ha la rappresentanza e gli imprenditori o società consorziate;
 - per le società semplice e in nome collettivo, tutti i soci;
 - per le società in accomandita semplice, i soci accomandatari;
 - per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato;
 - per i raggruppamenti temporanei di imprese, le imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti;
 - per le società personali i soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie.

Inoltre, per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, al sindaco, nonché ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa.

La documentazione antimafia è costituita da:

- *“comunicazione antimafia”*: consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. La documentazione in questione è richiesta per importi contrattuali superiori a 150.000 Euro e inferiori alla soglia comunitaria;
- *“informazione antimafia”*: consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nell'art. 84 comma 4 del più volte citato Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. La documentazione in argomento è richiesta per importi pari o superiori alla soglia comunitaria e per l'autorizzazione di subcontratti di importo superiore a 150.000 Euro;
- *“informazione antimafia interdittiva”* volta ad attestare situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa.

In tema di documentazione antimafia è da ricordare che il 26 novembre 2014 è entrato in vigore il Decreto Legislativo 13 ottobre 2014 n. 153, Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136. che modifica il Codice delle leggi antimafia in merito al rilascio delle certificazioni antimafia.

Le principali novità introdotte con novella in discorso sono le seguenti.

- L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi maggiorenni dei soggetti rappresentanti dell'impresa residenti nel territorio dello Stato.
- La documentazione antimafia, nel periodo di validità della stessa, può essere utilizzata anche in altri procedimenti.
- Le comunicazioni antimafia, in prima istanza, devono essere acquisite mediante consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia²² da parte dei soggetti

²² Dal 22 gennaio 2015 è in funzione la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia prevista dal codice antimafia (D.lgs. 159/2011).

La Banca dati sarà connessa con le altre costituite presso il Ministero dell'Interno, la DIA (per i dati acquisiti nel corso di accessi ai cantieri) e quelle detenute da soggetti pubblici contenenti dati necessari per il rilascio della documentazione antimafia.

Sulla base dei dati immessi dall'operatore che effettua la consultazione, il sistema informativo, se l'impresa è censita, verifica le informazioni esistenti negli archivi della stessa Banca dati, nonché nelle altre banche dati collegate. Se non risultano a carico degli interessati le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui

debitamente autorizzati, salvo che il sistema informativo non rilevi iscrizioni indicative dell'esistenza di situazioni di divieto, decadenza o sospensione ex art. 67 Codice Antimafia. In tale ipotesi, la comunicazione (interdittiva o liberatoria) sarà rilasciata dal Prefetto territorialmente competente entro un termine che viene ridotto da 45 giorni a 30 giorni.

- È esteso alle comunicazioni antimafia il regime procedimentale già stabilito per le informazioni antimafia nei casi in cui, data la particolare complessità, non sia possibile terminare le verifiche entro il predetto termine di 30 giorni.

In tale ipotesi la stazione appaltante può, previa acquisizione di un'autodichiarazione del soggetto interessato attestante l'assenza di situazioni ostative, procedere alla stipula del contratto sottoponendo lo stesso a condizione risolutiva.

- Qualora il Prefetto, in esito alle verifiche finalizzate al rilascio della comunicazione antimafia, accerti la sussistenza di tentativi d'infiltrazione mafiosa, deve adottare l'informazione antimafia interdittiva. Detto provvedimento deve essere comunicato ai soggetti richiedenti.
- L'informazione antimafia in prima istanza, deve essere acquisita mediante consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia da parte dei soggetti debitamente autorizzati, salvo che il sistema informativo non rilevi iscrizioni indicative dell'esistenza di cause ostative o di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Al verificarsi di tale condizione l'informativa deve essere rilasciata:

1. dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale, ovvero il prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società costituite all'estero.
2. Dal prefetto della provincia in cui i soggetti pubblici richiedenti hanno sede per le società costituite all'estero prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia.

- Il termine per il rilascio dell'informazione antimafia è stato ridotto da 45 a 30 giorni dalla data di consultazione della Banca dati nazionale unica.
- Nel caso di verifiche particolarmente complesse il termine può essere esteso da 30 a 45 giorni.
- Il prefetto è tenuto a comunicare l'informazione antimafia interdittiva all'impresa, società o associazione interessata entro 5 giorni dall'adozione;
- Anche nelle ipotesi delle informazioni antimafia i soggetti pubblici richiedenti possono procedere alla stipula del contratto in assenza dell'informazione antimafia una volta decorsi i termini sopra riportati. Inoltre, nei casi di urgenza, i soggetti interessati possono

all'articolo 67 del Codice antimafia, la Banca dati nazionale rilascia immediatamente, per via telematica, al soggetto richiedente, la comunicazione antimafia liberatoria. (c.f.r. <http://www.interno.gov.it/it/notizie/operativa-banca-dati-nazionale-unica-antimafia>.)

procedere immediatamente alla stipula del contratto il quale, tuttavia, è sottoposto a condizione risolutiva.

- In caso di mancato funzionamento della Banca dati la comunicazione antimafia è sostituita dall'autocertificazione di cui all'art. 89 Codice antimafia, mentre l'informazione antimafia è rilasciata secondo le modalità di cui all'art. 92, commi 2 e 3 Codice (nuovo art. 99-bis Codice Antimafia).

In tale contesto, i provvedimenti adottati dai soggetti pubblici devono essere sottoposti a condizione risolutiva e previa presentazione di una garanzia fideiussoria di importo pari al valore degli stessi.

4.2. ART. 38 LETTERA C) SENTENZE PENALE DI CONDANNA PASSATE IN GIUDICATO PER REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITÀ PROFESSIONALE O DI PARTECIPAZIONE AD ORGANIZZAZIONI CRIMINALI.

La norma in esame dispone che sono *“esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti”* ... omissis *“nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale”* ... omissis ...

Quanto sopra riportato evidenzia chiaramente come, ai fini delle fattispecie in discussione, non rilevi la mera pendenza di un procedimento penale, in ossequio al principio contenuto al secondo comma dell'art. 27 della Costituzione secondo cui *“L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”*.

La lettera in esame rappresenta, senza dubbio, la causa di esclusione che solleva, per le stazioni appaltanti, le maggiori problematiche applicative ed interpretative in quanto, fatta eccezione per il richiamo alla categoria di reati di rilievo comunitario, il legislatore ha rimesso alla stazione appaltante stessa la valutazione dell'idoneità del reato ad integrare la causa di esclusione in esame. Conseguentemente è necessario analizzare quanto riportato dalla norma in merito al concetto di reato rilevante.

La norma in discussione individua due categorie di reati rilevanti ovvero:

- a) I reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

- b) La condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18²³.

Orbene, per quanto concerne il punto b) il legislatore, rimettendo l'individuazione dei reati rilevanti ai fini della causa di esclusione in argomento alla direttiva comunitaria, sottrae alla stazione appaltante ogni tipo di valutazione discrezionale poiché, alla presenza dei reati in questione, l'esclusione opera di diritto. Conseguentemente la stazione appaltante ha l'esclusivo onere di verificare se la fattispecie di reato rilevi nella fonte comunitaria richiamata e per gli effetti dispone l'esclusione dell'operatore economico.

Diversa analisi deve farsi relativamente all'ipotesi di reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

Un primo ordine di problemi attiene al significato del concetto di "*moralità professionale*".

A tale riguardo si evidenzia che l'espressione in questione non deve essere riferita esclusivamente alla capacità dell'operatore economico di svolgere con competenza la propria attività professionale, poiché, l'espressione "*moralità professionale*", deve essere connessa "*alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale. La giurisprudenza ha precisato che l'espressione moralità deve essere riferita ad ogni reato commesso nell'esercizio di una attività professionale, da chiunque esercitata, con il solo limite della sua riconducibilità eziologica ad una attività lato sensu professionale, senza alcun obbligo di circoscriverne l'ambito al settore degli appalti pubblici, o più in generale, a quello dei contratti*"²⁴.

Da ciò ne discende che la stazione appaltante deve eseguire una valutazione "*non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria*"²⁵.

In buona sostanza spetta alla stazione appaltante il compito di verificare se il reato commesso incide sulla moralità professionale dell'operatore economico ai fini della prestazione richiesta; detta valutazione rappresenta l'esercizio del potere discrezionale attribuito alla pubblica amministrazione e deve essere eseguito attraverso un esame "*in concreto delle caratteristiche*

²³ Ora art. 57 della direttiva 2014/24/UE (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>).

²⁴ http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4115#a26

²⁵ http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4115#a26

dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato²⁶".

Analoga considerazione deve farsi in merito all'individuazione della natura del reato in quanto, ai fini dell'esclusione del concorrente, il reato idoneo ad incidere sulla moralità professionale dell'operatore economico deve essere considerato "grave".

Anche sotto tale punto di vista, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, spetta dunque alla stazione appaltante il compito di valutare la fattispecie del reato, attraverso l'esercizio del citato potere discrezionale, attraverso un'attività di "ponderazione circostanziata e selettiva"²⁷ che si basi sulla valutazione di tutti gli elementi che possono incidere sul vincolo fiduciario che deve sottendere il futuro rapporto contrattuale.

L'analisi in questione dovrà tenere conto ad esempio dell'elemento psicologico, della circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, delle eventuali recidive, del bene leso dal comportamento delittuoso, il tutto, ovviamente in rapporto all'oggetto e alle caratteristiche del contratto.

"L'art. 38 del codice dei contratti va dunque letto nel senso che costituiscono condizioni, perché l'esclusione consegua alla condanna, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dimodochè, al fine di apprezzare il grado di moralità del singolo concorrente, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale, come ricorre nel caso di "falso innocuo"²⁸.

Sul punto si richiama anche la circolare del Circolare del Ministero dei Lavori pubblici n. 182/400/93²⁹ che testualmente dispone:

²⁶ Consiglio di Stato, Sez. III, 4/2/2014 n. 507
<http://www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettsentenza&id=4623>

²⁷ ANAC con Parere 21 maggio 2008, n. 162
http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=3501 e Deliberazione 9 maggio 2007, n. 123
http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=2931

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3560
http://www.gazzettaamministrativa.it/opencms/opencms/_gazzetta_amministrativa/_permalink_news.html?resId=a6840277-55ce-11e3-8ae2-5b005dccc639c

²⁹ http://www.simone.it/appaltipubblici/merloni/interpret/circolare_1_marzo_2000.htm

“In proposito, appare in via di prima lettura opportuno chiarire la portata della causa di esclusione costituita dall’esistenza di precedente condanna penale (a seguito di dibattimento oppure di applicazione della pena su richiesta) per reati che incidono sulla moralità professionale; la disposizione, pure se generica in coerenza con la definizione tradizionalmente assunta dalle norme nazionali e comunitarie, mira ad escludere dagli appalti il concorrente che si sia reso colpevole di comportamenti penalmente rilevanti per fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto; sotto questo profilo, può a titolo indicativo assumersi ad esempio l’elencazione delle tipologie di reato contenuta nell’articolo 27 comma 2 lettera q),³⁰ con l’avvertenza che essa potrebbe non essere esaustiva.

Avvalendosi dei principi costantemente affermati dalla giurisprudenza in materia, la stazione appaltante dovrà comunque compiere un apprezzamento discrezionale circa la incidenza della condanna sull’elemento fiduciario, traendo elementi di valutazione ponderata dalla gravità del fatto, dal tempo trascorso dalla condanna, e da eventuali recidive”.

Ultima considerazione in merito ai reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale attiene al significato di *“in danno dello Stato o della Comunità”* poiché, con tale affermazione, non si deve fare esclusivamente riferimento all’ambito territoriale ma più in generale a quei reati idonei a creare allarme sociale rispetto agli interessi di natura pubblicistica ovvero gli stessi interessi che la stazione appaltante deve perseguire per legge.

Ciò detto, è necessario evidenziare che la norma in discorso prevede esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e il divieto di stipulare i relativi contratti non opera nell’ipotesi in cui *“il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”*.

A tale riguardo è opportuno evidenziare che l’estinzione, la riabilitazione e la revoca della condanna devono essere attestate dai competenti organi giudiziari mentre la depenalizzazione è determinata da uno specifico provvedimento legislativo.

Ricade in ogni caso sull’operatore economico l’obbligo di indicare, nella dichiarazione sostitutiva, tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione nel casellario giudiziale, con la sola esclusione delle condanne per reati depenalizzati oppure dichiarati estinti dopo la condanna stessa, le condanne revocate e quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione³¹, in quanto spetta alla stazione appaltante il compito di valutare,

³⁰ <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:presidente.repubblica:decreto:2000;34>

³¹ Art. 38 secondo comma del DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE.

secondo le modalità sopra riportate, se il reato per il quale l'operatore economico è stato condannato può determinare l'esclusione dell'operatore economico stesso.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, la dichiarazione in questione deve essere resa da:

- Il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale.
- Il socio o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo.
- I soci accomandatari o il direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice.
- Gli amministratori muniti di potere di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

La causa di esclusione opera anche nei confronti dei soggetti sopra riportati *“cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”* i quali, pertanto, sono tenuti a rilasciare una dichiarazione sostitutiva che si esprima sul punto. La dichiarazione in questione può essere rilasciata anche dal legale rappresentante dell'operatore economico, per quanto a propria conoscenza, specificando le motivazioni che hanno reso impossibile o eccessivamente oneroso la produzione della dichiarazione in questione da parte dei soggetti direttamente interessati.

In tale ultima ipotesi, qualora ricorrano i presupposti di esclusione previsti dalla norma, l'operatore economico può non incorrere in tale sanzione rappresentando alla stazione appaltante di aver adottato nei confronti dei soggetti cessati dalla carica, atti idonei a dimostrare che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata quale, a titolo esemplificativo, l'avvio di un'azione di responsabilità sociale³².

Per quanto concerne la necessità che la dichiarazione in questione sia prodotta anche dai procuratori dell'operatore economico dotati di poteri così estesi da coincidere con gli amministratori, si segnala quanto disposto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza N. 23 del 16/10/2013³³.

³² Indici indicativi dell'effettiva dissociazione sono contenuti nella Determinazione 1/2010 http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4115

³³ MASSIMA – *“... A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti. Detta conclusione non è smentita dal menzionato art. 45 della direttiva U.E., il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a “qualsiasi persona” che “eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo” dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.”*

Con detto provvedimento il Consiglio di Stato, fermo il principio che gli operatori economici devono indicare nelle proprie dichiarazioni sostitutive i nominativi degli istitori e dei procuratori speciali muniti di rappresentanza, rimette alle stazioni appaltanti la facoltà di richiedere le dichiarazioni ai soggetti in questione in ragione dell'ampiezza dei poteri loro attribuiti.

In ultimo giova ricordare che:

- nel caso in cui partecipi alla gara un operatore economico che abbia subito una trasformazione societaria, l'obbligo dichiarativo ricade anche nei confronti degli amministratori e dei direttori tecnici che hanno operato nell'ultimo anno presso la società cedente, incorporata o fusasi;
- per le società di capitali costituite da due soci ciascuno dei quali titolare del cinquanta per cento delle azioni, la dichiarazione deve essere resa da entrambi i soci.

4.3. ART. 38 LETTERA F) GRAVE NEGLIGENZA O MALAFEDE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE.

La sussistenza della presente causa di esclusione è completamente rimessa alla valutazione della stazione appaltante.

L'elemento che caratterizza la causa di esclusione in discorso *“è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include di conseguenza presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante. Ne consegue che, esclusa la natura sanzionatoria di detta misura, l'ambito operative prescinde dalla rilevanza penale dei comportamenti ascritti e degli inadempimenti contrattuali e della necessità di una sentenza penale di condanna per i fatti contestati, venendo in rilievo solamente la loro incidenza sull'elememnto fiduciario che connota i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.”³⁴*.

Il dettato normativo dispone che con *“motivata valutazione della stazione appaltante”* non possono partecipare alla gara e sottoscrivere i relative contratti, gli operatori economici che *“hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*.

Le ipotesi di esclusione dell'operatore economico sono quindi riconducibili:

- alla grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante;

³⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 28.09.2015 n. 4502.

- alla commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la violazione della diligenza nell'adempimento delle prestazioni già effettuate dall'operatore economico in altri rapporti contrattuali deve essere accompagnata dalla malafede (ovverosia compiuta con dolo), ovvero da negligenza grave tale cioè da influire sull'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire con la stipula del contratto.

A tale proposito si evidenzia che *“non basta che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque colposo dell'impresa”*³⁵.

In buona sostanza la giurisprudenza ha evidenziato che la rilevanza della negligenza o dell'inadempimento va, in concreto, commisurata al pregiudizio arrecato all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre *“ex ante”* nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale³⁶.

Per quanto concerne l'errore grave è da sottolineare che lo stesso riguarda l'intera attività dell'operatore economico e pertanto la sua reale capacità tecnica e professionale. Tale condotta rileva in quanto idonea ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico a offrire prestazioni che soddisfino l'interesse pubblico che la stazione appaltante è chiamata a perseguire³⁷.

L'accertamento della gravità dell'errore da parte della stazione appaltante può avvenire con ogni mezzo di prova, quindi da fatti accertati in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, nonché attraverso altre stazioni appaltanti, o da fatti acquisiti con altre modalità.

Il provvedimento adottato dalla stazione appaltante nell'ambito del procedimento valutativo deve essere motivato sia in fatto che in diritto e si basa sull'apprezzamento effettuato dalla stazione appaltante stessa sul comportamento tenuto dall'operatore economico in altri rapporti contrattuali. Conseguentemente non è necessario un accertamento giurisdizionale del provvedimento di esclusione poichè lo stesso non ha carattere sanzionatorio ma è finalizzato a tutelare l'elemento fiduciario caratterizzante il rapporto contrattuale con la stazione appaltante stessa³⁸.

³⁵ Determinazione n.1 del 12 Gennaio 2010
http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4115

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409, ANAC Parere n. 06 del 16 gennaio 2014
http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5701

³⁷ TAR Lazio – Roma Sezione I sentenza N. 14212/2006.

³⁸ TAR Lombardia – Milano Sez. IV, sentenza N. 183/2013.

4.4. ART. 38 LETTERA I) IRREGOLARITÀ CONTRIBUTIVA.

La grave irregolarità contributiva consiste nell'aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali. La verifica della sussistenza di detta causa si realizza attraverso il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) acquisibile d'ufficio da parte delle stazioni appaltanti. In linea di principio tale elemento non lascia alla stazione appaltante margini di discrezionalità.

In tale direzione si è espressa chiaramente l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato affermando che *“In sede di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, e anche per le gare bandite prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, la sussistenza di una ‘violazione grave’, definitivamente accertata, delle disposizioni in materia previdenziale e assistenziale non può essere valutata caso per caso dalla stazione appaltante, poiché la relativa verifica rientra nell'ambito delle competenze degli istituti di previdenza, le cui certificazioni (sul d.u.r.c.) non possono essere sindacate nel corso della gara d'appalto.*

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, comporta l'esclusione del concorrente, che non può avvalersi di una successiva regolarizzazione della sua posizione.”³⁹.

Ciò attestato, può tuttavia essere utile evidenziare come, in tema di DURC, abbia inciso la riforma introdotta dalla LEGGE 9 agosto 2013, n. 98 “Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia” (conosciuta con il nome di “Decreto del Fare”) ⁴⁰.

Le novità in tema di DURC sono contenute nell'art. 31 della legge in questione ed in particolare attengono alle seguenti previsioni:

- la validità del DURC viene fissata a 120 giorni dalla data del rilascio;
- il medesimo DURC può essere utilizzato per la verifica del possesso dei requisiti, per l'aggiudicazione e per la stipula del contratto;
- il DURC può essere utilizzato anche per contratti diversi da quello per il quale è stato espressamente richiesto ovviamente nel rispetto dei termini di validità;
- dopo la stipula dei contratti il DURC deve essere acquisito ogni 120 giorni nei seguenti casi:
 - per i pagamenti in stato di avanzamento o delle prestazioni relative a servizi e forniture;
 - per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione e il saldo finale;

³⁹ Sentenza n. 8 del 4 maggio 2012

⁴⁰ http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2013_0098.htm

- viene ampliato l'ambito soggettivo di coloro che sono chiamati ad applicare l'intervento sostitutivo nelle ipotesi di DURC irregolare.

Resta ferma l'eccezione che prevede la richiesta di un nuovo DURC per il saldo finale prescindendo, quindi, dalla eventuale validità del precedente DURC acquisito.

La previsione relativa all'acquisizione del DURC, secondo quanto disciplinato all'art. 4 del D.P.R. 207/2010⁴¹, prevede, inoltre, che a fronte di un DURC attestante un'inadempienza contributiva a carico di uno o più soggetti interessati all'esecuzione del contratto, la stazione appaltante debba trattenere dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempimento che sarà versato direttamente dalla stazione appaltante agli enti previdenziali interessati.

4.5. ART. 38 LETTERA M-QUATER) ESISTENZA DI RAPPORTI DI CONTROLLO E COLLEGAMENTO.

L'ultima causa di esclusione che andremo ad analizzare attiene all'impossibilità di partecipare ad una medesima gara e di sottoscrivere i relativi contratti per gli operatori economici che si trovano tra di loro in una delle situazioni di controllo indicate all'art. 2359 c.c., ovvero in una relazione, anche di fatto, che abbia determinato offerte imputabili ad un unico centro decisionale.

Al fine di conformarsi alle prescrizioni in vigore *“il concorrente allega, alternativamente:*

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica”.

⁴¹ REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO 12 APRILE 2006, N. 163 RECANTE “CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE 2004/17/CE E 2004/18/CE”
<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/NormativeDiSettore>

L'attuale formulazione della fattispecie in commento è frutto della novella introdotta dal legislatore italiano alla luce della sentenza emessa dal Corte Europea nella causa C- 538/07⁴².

Nel sistema previgente, infatti, le situazioni di controllo e collegamento comportavano l'esclusione automatica delle imprese coinvolte. Con la sentenza in questione, invece, il giudice comunitario, ha affermato che:

“la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura”.

Ciò detto, il quadro normativo in questione prevede, quali tipi di fattispecie rilevanti, il controllo ex art. 2359 c.c. e ogni relazione, anche di fatto, qualora dette situazioni abbiano determinato l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

L'art. 2359 c.c. identifica perciò due tipi di connessione fra società ovvero il “controllo”, regolato ai commi 1 e 2, e il “collegamento”, disciplinato al 3 comma.

A norma del citato articolo sono considerate controllate le società in cui un'altra società:

- dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.
- dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nella stessa assemblea.
- esercita un'influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

In tali ipotesi sussiste una presunzione assoluta di controllo tra le imprese che, di fatto, non ammetterebbe prova contraria. Tuttavia, la novella in precedenza richiamata, ha stabilito che la stazione appaltante non possa disporre l'esclusione per il solo fatto che fra le società interessate sussiste un rapporto di controllo fatto salvo che detto rapporto non abbia determinato che le offerte presentate siano *“imputabili ad un unico centro decisionale”*. Conseguentemente il concorrente può sempre provare che le offerte sono state formulate autonomamente.

Sono considerate collegate (collegamento presunto), invece, le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa. In tal caso si tratta di una presunzione relativa che consente all'operatore economico di fornire prova contraria.

⁴² Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 19 maggio 2009. Assitur Srl contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-538/07#>

L'accertamento delle relazioni appena descritte non appare di facile soluzione per le stazioni appaltanti, è pertanto necessario rifarsi, caso per caso, a quanto sul punto è stato disposto in sede giurisprudenziale.

L'ultima fattispecie rilevante riguarda tutte le relazioni, anche di fatto, (generalmente chiamate collegamento sostanziale) che abbiano determinato l'imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale.

La verifica delle relazioni in questione è rimessa totalmente alla stazione appaltante la quale, al fine di verificare la sussistenza di tale collegamento, può utilizzare gli indici sintomatici del collegamento elaborati dalla giurisprudenza quale, ad esempio, l'esistenza di rapporti di parentela tra gli amministratori, la spedizione dei plichi contenenti le offerte dallo stesso ufficio postale alla stessa ora e nella stessa data⁴³.

Infine è opportuno ricordare che la verifica delle condizioni di controllo e collegamento deve essere eseguita dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica al fine di evitare che eventuali offerte imputabili a un unico centro decisionale possano falsare la gara a discapito degli altri partecipanti.

5. I REQUISITI PROFESSIONALI, TECNICI E FINANZIATI- CENNI INTRODUTTIVI.

Nell'ambito degli appalti pubblici, dunque, i requisiti che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle procedure di gare sono i requisiti di ordine generale, la cui mancanza determina l'esclusione dalla partecipazione alle gare e alla stipula dei contratti di appalto, che abbiamo ampiamente descritto in precedenza.

Oltre ai requisiti di ordine generale, le stazioni appaltanti possono prevedere negli atti di gara che gli operatori economici debbano possedere anche i seguenti requisiti:

- requisiti di idoneità professionale (art. 39);
- i cosiddetti requisiti di ordine speciale che a loro volta sono suddivisi in:
 - requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41);
 - requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42.) Tali requisiti attengono al grado di esperienza ed alla capacità professionale del concorrente e determinano l'idoneità dello stesso ad espletare a regola d'arte le prestazioni oggetto di gara nonché a far fronte agli impegni contrattuali assunti con la stazione appaltante.

⁴³ <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/Massimario/MassimarioGiurisprudenza?portal:componentId=26136097&portal:type=render&portal:isSecure=false&action=listaMassimeGiurPerNodoAlbero&idNodo=261&descrizioneAlbero=Controllo%20e%20collegamento%20sostanziale>

Di seguito sarà effettuata una breve disamina dei predetti requisiti.

5.1. ART. 39 – REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE.

Con riguardo al possesso dei requisiti di abilitazione allo svolgimento dell'attività professionale, l'art. 39 del Codice, dispone che:

“1. I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Si applica la disposizione dell'articolo 38, comma 3.

2. Se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI A per gli appalti pubblici di lavori, all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito.

3. I fornitori appartenenti a Stati membri che non figurano nei citati allegati attestano, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui sono residenti.

4. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi”.

I requisiti di idoneità professionale provano la competenza del concorrente dal punto di vista tecnico-professionale attraverso la sua iscrizione a determinati registri o albi. Attraverso la richiesta di un requisito di idoneità professionale, quale ad esempio l'iscrizione alla Camera di Commercio per una specifica attività che è oggetto dell'appalto, la stazione appaltante persegue il chiaro fine di selezionare operatori economici che abbiano una peculiare esperienza nel settore dell'appalto che intende affidare.

Tuttavia, quando l'appalto non ha ad oggetto prestazioni, per il cui espletamento è necessaria l'iscrizione ad un albo, la stazione appaltante può richiedere la suddetta iscrizione a condizione che la richiesta non risulti sproporzionata ed abnorme rispetto all'oggetto della gara e alle finalità perseguite dalla stazione appaltante. Se si viola tale criterio la richiesta risulta illegittima in quanto si tradurrebbe in una ingiustificata restrizione della platea dei possibili concorrenti e conseguentemente in una altrettanto immotivata limitazione dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta che il settore di mercato interessato possa esprimere.⁴⁴

⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2008, n. 6534.

L'art. 39 del Codice prevede che, nel caso in cui partecipi alla gara un operatore economico di un altro Stato membro, non residente in Italia, la stazione appaltante possa chiedere al medesimo di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e di cui all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi (tali allegati indicano i registri professionali e le dichiarazioni e certificati corrispondenti di ogni Stato membro, rispettivamente nell'ambito degli appalti di forniture e servizi). Per comodità, si riportano gli allegati XI B e XI C in calce alla nota.

La dimostrazione del possesso dei requisiti professionali da parte dell'operatore economico residente in un altro Stato membro potrà essere attestata mediante una dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale l'operatore economico è stabilito. Nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti di forniture, qualora l'operatore economico appartenga ad uno Stato non indicato nel citato allegato XI B, lo stesso, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito professionale, dovrà attestare, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui risiede.

5.2. REQUISITI SPECIALI: ART. 41 E ART. 42 DEL CODICE DEI CONTRATTI.

5.2.1. ART. 41 – REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA DEI FORNITORI E DEI PRESTATORI DI SERVIZI.

L'art. 41 del Codice dei contratti recita:

1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti

a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;

c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio. Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può

provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).

Il Codice, all'art. 41, quindi, disciplina i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui i concorrenti devono risultare in possesso al fine della partecipazione alla gara. Tali requisiti costituiscono la prova della solidità economico-finanziaria del concorrente e dunque della sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, anche eventualmente sostenendone anticipatamente i costi per l'esecuzione. Il Codice, peraltro, non fornisce un'elencazione tassativa dei suddetti requisiti, ma si limita a formulare alcune indicazioni relative ai fatti che possono dare prova della capacità in questione, come si evince dal comma 1 lettere a, b e c.

In base a ciò, la stazione appaltante ha un'ampia discrezionalità sia in merito alla scelta dei criteri, potendo utilizzare quelli indicati dal Codice (in tutto o in parte) ovvero indicarne altri che, a proprio giudizio, risultino nei singoli casi utili ed efficaci al fine dell'indagine sulla solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura di gara. Sul punto va peraltro evidenziato come quelli indicati dal Codice risultino essere, almeno in via generale, i criteri che maggiormente garantiscono alla stazione appaltante l'esito positivo dell'indagine in questione.

Circa le referenze bancarie di cui al comma 1, lettera a), la norma prevede che esse siano fornite già in sede di offerta, in originale senza consentire alcuna forma di autodichiarazione. Ed invero, tali dichiarazioni vengono rese dagli istituti di credito al fine di attestare l'intrattenimento di rapporti di affidamento bancario con l'impresa, fornendo in tal modo garanzia della solidità finanziaria della stessa.

Quanto al contenuto della dichiarazione di cui alla lett. a), il giudice amministrativo ha chiarito che *"ciò che conta è che le referenze bancarie per essere, appunto, idonee, riferiscano sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (e non anche sulla effettiva consistenza economica e finanziaria dei concorrenti, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti) (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108)" (cfr. TAR Lazio Roma Sez. I ter, 4 novembre 2009, n. 10828).*

Con riferimento alla richiesta di bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, l'art. 41, comma 2, dispone che tali documenti non possano essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio. Infine, con riguardo alla richiesta del fatturato globale e dell'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi, con eventuale indicazione di un ammontare del fatturato al di

sotto del quale è preclusa la partecipazione, occorre che la stazione appaltante proceda con grande attenzione nel fissare la suddetta soglia.

Le dichiarazioni bancarie, che in base alla normativa vigente devono essere almeno due e rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati ex D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385, assolvono alla funzione di garantire che l'impresa concorrente sia affidabile sotto il profilo economico e creditizio.

La stazione appaltante può decidere di avvalersi dei bilanci, o loro estratti, in base ai quali valutare l'effettiva capacità imprenditoriale delle imprese concorrenti, oppure della dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara realizzato negli ultimi tre esercizi, volto alla dimostrazione delle concrete capacità operative dell'impresa concorrente. Invero, tale requisito genera a volte difficoltà interpretative e di conseguenza altrettanti difficoltà applicative, laddove, per esempio, il requisito temporale degli "ultimi tre esercizi" viene sostituito dalla locuzione "ultimi tre anni", ovvero viene richiesta l'esibizione di un fatturato relativo a prestazioni svolte in un determinato periodo, pur non essendo dimostrabile in quanto, per ragioni tecnico-legali, il relativo bilancio non è stato ancora approvato. Una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. IV[^], 25 novembre 2008, Sent. n. 5808/2008) fa chiarezza proprio in merito, evidenziando l'importanza del dato temporale, del momento, cioè, in cui viene svolto un determinato servizio e/o fornitura, ed il relativo fatturato dimostrabile solo attraverso l'approvazione del bilancio nell'anno successivo. In proposito, varie sentenze hanno stabilito che il termine "fatturato", richiama un dato contabile e finanziario, individuando non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria.

Insomma, si deve ritenere, che l'unico modo con cui la stazione appaltante può agganciare ad un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, sia quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il "fatturato" in maniera non arbitraria od opinabile.

In proposito va evidenziato quanto segue: a) fermo restando la facoltà della stazione appaltante di determinare l'ammontare del fatturato globale ovvero di determinare quello relativo ai servizi e alle forniture nel settore oggetto della gara, la facoltà medesima non deve essere esercitata in modo tale da risultare illogica, irragionevole e sproporzionata ovvero non deve essere esercitata in modo tale da ledere il principio di concorrenza limitando la partecipazione degli operatori economici; b) al fine di determinarsi correttamente, la stazione appaltante dovrà, nel fissare il requisito in questione, avere riguardo al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara.

Possiamo pertanto, sulla base delle indicazioni giurisprudenziali e della posizione dell'AVCP, precisare alcuni criteri utili per rientrare nei due punti precedentemente citati, quali ad esempio:

- la richiesta di un fatturato nel triennio precedente pari al doppio rispetto all'importo posto a base di gara è stata ritenuta ragionevole e proporzionata;
- la richiesta di un fatturato, sempre nell'arco temporale di cui sopra, pari a dieci volte l'importo posto a base di gara è stata ritenuta irragionevole e sproporzionata.

Alla luce di quanto detto è dunque buona regola cui attenersi, quella di richiedere un fatturato non superiore al doppio del valore dell'appalto.

Infine, per ciò che è evidenziato nel comma 3 dell'art. 41, è opportuno precisare come in ogni caso il concorrente debba fornire adeguata motivazione della suddetta impossibilità. Ciò in quanto è precluso al concorrente, che non sia in possesso di uno dei requisiti chiesti dalla stazione appaltante, di sostituire il requisito medesimo con altro di propria scelta.

Detto in altri termini la disposizione intende consentire unicamente la dimostrazione del requisito richiesto attraverso una documentazione diversa da quella indicata dalla stazione appaltante (Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1132).

5.2.2. ART. 42 – REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE DEI FORNITORI E DEI PRESTATORI DI SERVIZI.

L'art. 42 del codice recita:

1. Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:

a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;

b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;

c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;

d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;

e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;

f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;

g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;

h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;

i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;

l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;

m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

2. La stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.

3. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

3-bis. Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità sul sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, lettera a), del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dall'avvenuto rilascio; in caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'articolo 6, comma 11.

4. I requisiti previsti nel comma 1 del presente articolo possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. del 28 dicembre 2000 n. 445; al concorrente aggiudicatario è richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara.

4-bis. Al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.

La stazione appaltante dovrà scegliere quali dei requisiti, segnalati nel punto 1. ritenga opportuno chiedere nella specifica gara, in considerazione appunto della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi. La scelta da parte della stazione appaltante deve essere svolta tenendo conto:

- del fatto che i requisiti chiesti non possono eccedere l'oggetto dell'appalto;
- dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

Come già chiarito con riferimento ai requisiti di carattere economico-finanziario, la disposizione in questione non preclude alle stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori purchè connessi all'oggetto dell'appalto.

Tutti i requisiti individuati dalla norma sono autocertificabili ai sensi del d.P.R. 445/2000, salva la successiva verifica da parte della stazione appaltante, mediante la documentazione a comprova, richiesta all'aggiudicatario ed ai concorrenti sorteggiati per la verifica a campione di cui all'art. 48 del Codice.

Con riguardo ad alcuni requisiti di capacità tecnica, quali, ad esempio, particolari attrezzature o materiali tecnici, si è posto, in passato, il problema di stabilire se il Legislatore ritenesse necessario, a garanzia di affidabilità del concorrente, il possesso diretto di essi in capo al concorrente, ovvero fosse sufficiente che questi ne garantisse, comunque, la disponibilità attraverso strumenti giuridici idonei quali, ad esempio, il *leasing*. Tale dubbio interpretativo è stato colmato con l'introduzione, nell'art. 41, del comma 4 bis ad opera del secondo decreto correttivo al Codice dei contratti, d.lgs. 113/07, che prevede espressamente che tale possibilità sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.

La stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, può fissare requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori o più restrittivi di quelli legali, salvo il limite del rispetto della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della loro pertinenza e congruità all'oggetto dell'appalto e alle finalità perseguite (Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3740; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; Cons. St., Sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).

In relazione ai requisiti in questione la stazione appaltante dispone quindi di due livelli di discrezionalità tecnica:

- il primo si esercita nella scelta di uno o più dei requisiti elencati nel citato art. 42 e nell'individuazione della sua entità;
- il secondo si esercita nell'individuare requisiti che non hanno una base normativa espressa (e dunque prevedere requisiti ulteriori rispetto a quelli elencati all'art. 42).

Risulta evidente come l'esercizio della discrezionalità tecnica di quest'ultimo livello richieda particolare cura ed attenzione, non potendo la stazione appaltante utilizzare uno schema normativo di riferimento. In ogni caso quale che sia il livello in cui ci si muova è necessario evitare di incorrere nella violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, logicità e tutela della

concorrenza sotto il duplice profilo della *par condicio* e della garanzia della massima partecipazione.

Di fronte al problema della individuazione dei requisiti da richiedere ai concorrenti è opportuno:

- a) verificare in via preliminare se l'oggetto dell'appalto abbia un contenuto ordinario ovvero un contenuto specialistico;
- b) se l'oggetto dell'appalto ha un contenuto ordinario è buona regola rimanere nell'ambito dei criteri indicati dal legislatore;
- c) soltanto se l'oggetto dell'appalto ha un contenuto specialistico, può essere utile procedere ad individuare ulteriori requisiti;
- d) in ogni caso va rispettata la proporzionalità tra entità del requisito e valore dell'appalto.

La distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di valutazione delle offerte, nell'ambito delle gare aggiudicate con l'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio affermato da tempo, non solo dalla Corte di Giustizia, ma anche dal giudice amministrativo nazionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

Ne discende che i requisiti di capacità tecnica e professionale non possono essere utilizzati dalla stazione appaltante quali elementi di valutazione della proposta tecnica atteso che, diversamente operando, si concreterebbe una commistione tra la fase preliminare di ammissione alla gara e la successiva fase di individuazione della migliore offerta.

Pertanto, le stazioni appaltanti devono tenere ben distinti i requisiti soggettivi di partecipazione, che attengono alla qualificazione e alla capacità dei concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, dai criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, concernenti, invece, gli elementi dell'offerta in quanto tale. Sotto tale profilo, si rammenta che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto illegittima la previsione di un bando di gara che elencava, tra i criteri di attribuzione del punteggio, il possesso della certificazione di qualità, nonché le referenze relative a servizi analoghi a quello oggetto dell'affidamento, in quanto "trattasi di elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica delle concorrenti" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 912).

5.3. I REQUISITI SPECIALI E PROFESSIONALI NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA.

Per i servizi e forniture sotto soglia il Codice, all'art. 124, comma 7, demanda la disciplina dei requisiti di partecipazione, compresa l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e i requisiti di capacità tecnica e professionale al Regolamento, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.

In ogni caso il suddetto Regolamento prevede, all'art. 327, comma 1, che gli operatori economici devono possedere tra l'altro i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del Codice. Dunque, come per i requisiti di ordine generale, si è optato per mantenere la stessa disciplina sia per gli appalti sopra soglia comunitaria sia per gli appalti sotto soglia comunitaria.

Inoltre, il Regolamento non ha individuato criteri semplificati rispetto a quelli indicati dagli artt. 41 e 42 del Codice. L'art. 327, comma 2, demanda a ciascuna stazione appaltante di provvedere, in relazione ad ogni singolo contratto, all'individuazione, secondo criteri di semplificazione rispetto alle disposizioni degli artt. 41 e 42 del Codice, dei requisiti di capacità economica e finanziaria e dei requisiti di capacità tecnica e professionale, necessari alla partecipazione alle procedure di acquisizione di servizi e forniture sotto soglia in ragione della natura e dell'importo del contratto.

Anche in questo caso viene quindi lasciata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti l'individuazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria e dei requisiti di capacità tecnica e professionale semplificati per gli affidamenti sotto soglia comunitaria.

5.4. IL CONTROLLO SUL POSSESSO DEI REQUISITI EX ART. 48.

L'art. 48 riguarda il controllo, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti alle imprese esecutrici di lavori pubblici, per i fornitori e per i prestatori di servizi e per la stipulazione dei relativi contratti, previsti nel bando di gara e riporta testualmente:

“1 - Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati al contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

1-bis. Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, nonché nei casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1, primo periodo.

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, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione."

Fino alla legge n. 109/1994 art. 10 comma 1 quater (c.d. Legge Merloni) la procedura di controllo del possesso dei requisiti era prevista solo per gli appalti di lavori che si sono poi estesi anche alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture con l'entrata in vigore del Codice dei Contratti.

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 I-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 I, del Codice (la c.d. forcella), di cui parleremo più avanti.

La norma non conferisce nessun potere di discrezionalità alla stazione appaltante in merito alle conseguenze della mancata osservanza dei requisiti definiti dal bando di gara, che i partecipanti accettano implicitamente con la domanda di partecipazione, 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. 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, 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.

L'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare la procedura di controllo a campione è previsto per la verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi (ossia, i cosiddetti requisiti speciali).

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, 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 accertata dalla stazione appaltante, in base all'art. 48, attraverso la richiesta della documentazione probatoria avanzata dalla stazione appaltante ai richiedenti sorteggiati e ai primi due classificati i quali sono tenuti ad esibire, a conferma delle dichiarazioni rilasciate, la documentazione richiesta, fatto salvo che l'aggiudicatario e il concorrente che segue in graduatoria non siano stati già precedentemente sorteggiati ai fini delle predette verifiche (comma 2 dell'articolo 48).

Agli operatori come sopra individuati deve essere inviata la richiesta di cui al comma 1 dell'articolo 48 entro dieci giorni dalla conclusione della gara. Qualora gli interessati non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, la stazione appaltante deve applicare le sanzioni previste dalla normativa, che sono unicamente:

- a) esclusione del concorrente dalla gara;
- b) escussione della cauzione provvisoria;
- c) segnalazione del fatto all'Autorità nazionale anticorruzione per i provvedimenti di cui all'articolo 6, comma 11, seconda parte e per la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento (articolo 48, comma 1, ultima parte; atto di regolazione Avcp n. 15 del 30 marzo 2000).

Nel caso in cui, sia l'aggiudicatario che il concorrente secondo classificato, si rendano inadempienti agli obblighi di verifica, si procede alla riformulazione della graduatoria, rideterminando la soglia di anomalia (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 4840 del 17 settembre 2007; TAR Piemonte, Torino, sez. II, sentenza 16 gennaio 2008 n. 44; Determinazione AVCP n. 5 del 21 maggio 2009).

La verifica viene eseguita mediante sorteggio pubblico, tra i concorrenti che hanno reso le autodichiarazioni, nella misura minima del 10% del numero di partecipanti, depurato dello stesso. La verifica a campione deve riguardare le sole offerte ammesse a concorrere perché formalmente regolari e tempestive. Infatti, l'efficacia stessa della verifica a campione sarebbe seriamente compromessa qualora si sottoponessero a verifica anche offerte destinate ad essere escluse, con evidente spreco di attività amministrativa (determinazione Avcp n. 5/2009). I concorrenti che hanno fatto pervenire in sede di domanda di partecipazione o di offerta, tutti i documenti comprovanti i requisiti, sono ammessi direttamente alla gara.

La verifica di cui all'articolo 48 del Decreto legislativo n. 163/2006 riguarda le procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro e i contratti pubblici di servizi e forniture di qualunque importo, sia inferiore sia pari o superiore alla soglia comunitaria, laddove nel bando siano stabiliti requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per la partecipazione alla gara (vedi punto 2.1 ultimo capoverso della determinazione Avcp n. 5/2009). Pertanto, 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.

La procedura di cui all'articolo 48 non si applica alle procedure di affidamento delle concessioni di servizi in base alle disposizioni dell'articolo 30, comma 1, del Codice.

Quanto alla definizione dei requisiti di carattere speciale essa è distinta nettamente tra il settore dei lavori e quello dei servizi e forniture e ciò, a differenza della disciplina dei requisiti generali, che è la medesima per ogni tipo di appalto. Infatti, per la partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici l'individuazione dei requisiti e i valori minimi degli stessi sono stabiliti con precisione dalle norme del codice, dal D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 "Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni" e dal D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 "Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni".

Con riferimento, invece, alle procedure di affidamento di forniture e di servizi, i requisiti e i valori minimi, sono definiti dalla stazione appaltante, gara per gara, e sono indicati nel bando e/o nel relativo disciplinare. A questo riguardo il Codice ha previsto la c.d. "qualificazione in gara", ad opera della stazione appaltante, e ha stabilito un elenco dei requisiti con i relativi indici, come ad esempio, indice della capacità economico - finanziaria è la cifra d'affari globale o settoriale; indice di capacità tecnica è l'esecuzione di forniture o di servizi analoghi nel triennio e quali siano i possibili mezzi di prova del loro possesso (articoli 41 e 42 del Codice). Tuttavia, è lasciata ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti sui requisiti e sulla loro quantificazione e sui relativi mezzi di prova (bilanci, modelli Unico, certificati dei servizi o delle forniture prestati nel triennio, ecc.), seppur nel rispetto della proporzionalità e della ragionevolezza, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e al suo valore economico.

La normativa in materia di servizi e forniture non individua con precisione i mezzi di prova di cui dispongono gli operatori economici per dimostrare il possesso dei c.d. requisiti speciali, a differenza di quanto accade per i lavori pubblici che fanno riferimento per questo al titolo III del D.P.R. n. 34/2000. Nei servizi e forniture si ha come riferimento l'allegato IX A del Codice⁴⁵ dove al punto 17 è previsto che debbano essere le stazioni appaltanti, laddove richiedano il possesso di requisiti minimi di carattere economico e tecnico, ad individuare nei bandi le informazioni e le formalità necessarie per la valutazione degli stessi. Per comodità, si riporta l'allegato IX A in calce alla nota.

Per quanto concerne le procedure aperte, la documentazione da verificare viene specificata nel bando, contestualmente all'individuazione dei requisiti e le dichiarazioni da verificare in base all'art. 48 sono quelle contenute nell'offerta (art. 55, comma 5 del Codice), mentre, per quanto

⁴⁵ <http://www.diritto.it/codici/articolo/4330684-codice-degli-appalti-allegato-ix>

riguarda le procedure ristrette, la documentazione utile per comprovare i requisiti di partecipazione auto-dichiarati, viene specificata dalla stazione appaltante nella lettera di invito e le dichiarazioni da verificare sono quelle contenute nella domanda di partecipazione, ovvero nella richiesta di invito formulata dal concorrente.

L'art. 48 al comma 2 prevede un termine perentorio e improrogabile di dieci giorni, entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti. Se la scadenza cade in un giorno festivo, viene automaticamente prorogata al primo giorno feriale utile. Il decorso del termine previsto senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire la documentazione comporta l'automatica esclusione del sorteggiato dalla gara, l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i provvedimenti di sua competenza. La commisurazione della sanzione da parte dell'Autorità dipende dal tipo di violazione; rileva infatti la circostanza che la documentazione sia pervenuta o meno, l'entità del ritardo, il fatto che la documentazione confermi o meno i requisiti oggetto di dichiarazione, che vi sia rifiuto a comprovare ovvero falsa dichiarazione.

In conclusione, le Stazioni Appaltanti possono comminare le sanzioni accessorie dell'escussione della polizza e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, in aggiunta all'esclusione dalla gara, solo quando, in sede di verifica dei requisiti di ordine speciale dichiarati dai concorrenti, essi non vengano confermati oppure non ne venga fornita la prova del possesso e, cioè, in caso di mendacio: *“nel caso di esclusione di una impresa dalla gara a seguito di verifica a sorteggio, il presupposto per l'applicazione delle sanzioni accessorie della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e dell'incameramento della cauzione, previste dall'art. 48 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, è costituito dalla falsità delle dichiarazioni, con la conseguenza che, ai fini delle predette attività, debbono necessariamente essere oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione la sussistenza e la gravità delle falsità riscontrate”* (cfr. TAR Lazio, III quater, 28.12.2010, n. 38948).

Come già accennato in precedenza, l'art. 48 prevede, nel comma 1 bis, che quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare (c.d. forcella) secondo quanto previsto dall'articolo 62, comma 1, devono richiedere ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, già in sede di offerta, la documentazione indicata nella *lex specialis*, in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000. In tal caso, quindi, non trova applicazione il meccanismo di verifica previsto dal comma 1, primo periodo, dell'art. 48. Tale possibilità è ammessa nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di Euro, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando di gara e nel dialogo competitivo quale che sia l'oggetto del contratto: i candidati invitati presentano, in sede di offerta, la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito, come specificato dall'articolo 48, comma 1-bis, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti speciali. In questo modo si evita il rischio di ammettere alla procedura operatori privi dei necessari requisiti, escludendo coloro che ne siano sprovvisti. In questo caso il termine di 10 giorni previsto per produrre la documentazione probatoria non è perentorio ma la scadenza è quella fissata per la presentazione dell'offerta che, per le procedure ristrette, non può essere inferiore a 40 giorni dalla

data di invio dell'invito a presentare le offerte, secondo quanto previsto dall'articolo 70, comma 4, del Codice Contratti Pubblici. Per le procedure negoziate e il dialogo competitivo il termine per la presentazione dell'offerta è di almeno 20 giorni (articolo 70, comma 5).

Qualora il candidato invitato decida di non presentare offerta e, contestualmente, ritenga di non dovere documentare il possesso dei requisiti si ritiene che tale comportamento non vada sanzionato. Altra eventualità che può prevedersi è l'ipotesi in cui 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.

6. LA GENESI DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

L'istituto del soccorso istruttorio deve il suo formale ingresso nell'ordinamento italiano alle direttive del Consiglio Europeo come di seguito riportate:

- n. 71/305/CEE del 26.07.1971 art. 27, per quanto riguarda le procedure di **aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici**, sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio,
- n. 77/62/CEE del 21 Dicembre 1976 art. 24, per ciò che concerne le procedure di **aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture**, sostituita dalla direttiva 93/36/CEE (14 Giugno 1993) del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE (13 ottobre 1997) del Parlamento europeo e del Consiglio,

le quali riconoscevano, nei rispettivi articoli, che l'amministrazione aggiudicatrice, entro certi limiti, potesse *"invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli"*.

Attraverso queste direttive si è data la possibilità alle stazioni appaltanti di regolarizzare le offerte non conformi a condizione che non fosse alterata la *par condicio* e il buon andamento della procedura. Era consentita quindi solo la regolarizzazione e non l'integrazione documentale essendo piuttosto restrittiva l'interpretazione della portata dell'istituto, nel timore che ne derivassero discriminazioni tra i concorrenti.

Tali direttive sono state più volte oggetto di commento da parte della giurisprudenza italiana fino all'entrata in vigore del Codice dei contratti dove, in materia di soccorso istruttorio, si afferma che: *"Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*⁴⁶.

⁴⁶ Art. 46 "Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione" comma 1.

Per lunghi anni, in sostanza, il compito di definire, circoscrivere o ampliare l'ambito del soccorso istruttorio è stato rimesso all'interpretazione dei giudici fino all'entrata in vigore del D.L. 13.05.2011, n.70 recante: «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia», convertito dalla legge 12.07.2011, n.106. Detta norma, infatti, ha inserito nel Codice degli Appalti il comma 1bis dell'art. 46 introducendo il principio della "Tassatività delle clausole di esclusione", stabilendo che:

“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Con la determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012 viene approvato il “BANDO-TIPO” contenente le indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi dell' articolo 64, comma 4-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) che cita *“i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”* e dell'art. 46 comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza degli uffici giudiziari” ha apportato alcune modifiche al codice dei contratti pubblici, intervenendo sulla materia delle dichiarazioni sostitutive e del soccorso istruttorio nelle procedure di affidamento.

In particolare, l'art. 39 *“Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici”* inserisce all' art. 38, il comma 2-bis che prevede *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”,* e inserisce all'art. 46 il comma 1-ter. che cita: *“Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o*

irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.”

La qualificazione come "essenziali" delle irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, l'applicabilità o meno della richiesta di regolarizzazione e i casi di irrogazione della sanzione pecuniaria ci porta a chiarire le varie irregolarità distinguendole in:

- irregolarità essenziali, che riguardano l'impossibilità di stabilire con chiarezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione. Con riferimento a tali irregolarità, la stazione appaltante è tenuta a richiedere la regolarizzazione documentale e a irrogare la relativa sanzione pecuniaria.
- irregolarità non essenziali, ossia, per sottrazione, tutte quelle irregolarità che non possiedono le caratteristiche delle irregolarità essenziali. Con riferimento ad esse, la stazione appaltante non richiede alcuna regolarizzazione né applica alcuna sanzione, né, tanto meno, esclude il concorrente.
- irregolarità insanabili in quanto alterano la validità della procedura come ad esempio: - offerte fuori termine, - offerta priva di prezzo o di ribasso, - mancata separazione offerta tecnica/offerta economica, - plico con lacerazioni, tali da far ritenere, secondo le circostanze complete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. In tali ipotesi, la stazione appaltante esclude immediatamente dalla gara il concorrente e non applica nessuna sanzione.

Successivamente, l'art. 56, par. 3, direttiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, dispone:

“Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”.

Con atto del Senato n. 1678 si ha la delega al Governo *“per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”* che consentono l’introduzione nel nostro ordinamento dei principi e norme contenuti nelle direttive comunitarie.

7. IL SOCCORSO ISTRUTTORIO PRE NOVELLA.

Prima della novella introdotta dall'art. 39 del D.lg. 24 giugno 2014, N. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, N. 114⁴⁷, la disciplina del soccorso istruttorio era contenuta nell'art. 46 del Codice degli Appalti così come modificato dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011 che sul punto recita:

“Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Dal combinato disposto dei commi sopra richiamati emergeva un sistema in base al quale il soccorso istruttorio era funzionale a consentire la regolarizzazione o il completamento di documenti e dichiarazioni già trasmessi dall'operatore economico alla stazione appaltante, ma non anche a consentire all'operatore economico di produrre tardivamente documentazione mancante o di procedere alla sanatoria vizi formali.

In sostanza, il soccorso istruttorio, doveroso e non facoltativo, doveva, nel rispetto della *par condicio competitorum* fra i concorrenti, espletarsi in un'attività di mera integrazione o specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara non potendo, in alcun caso, considerarsi ammissibile l'introduzione di elementi e fatti nuovi successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

L'Autorità, dal canto suo, aveva evidenziato che era fatto obbligo alle stazioni appaltanti di escludere il concorrente, oltre che nel caso di falsa dichiarazione, anche nelle ipotesi di omissione o incompletezza delle dichiarazioni sostitutive ex. art. 38, che l'operatore economico doveva presentare al momento della presentazione della domanda di partecipazione⁴⁸.

⁴⁷ http://www.agid.gov.it/sites/default/files/leggi_decreti_direttive/20140818_190_so_070.pdf

⁴⁸ http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5850

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi sul punto fornendo un orientamento non costante passando da un'interpretazione che oscillava da una lettura della norma che privilegiava l'aspetto sostanziale, statuendo l'effetto espulsivo all'effettiva mancanza del requisito, ad una che invece privilegiava il dato formale, attestando che la completezza delle dichiarazioni fosse un valore da perseguire.

Sul punto si ricorda quanto disposto dalla Adunanza plenaria del Cons. di Stato n.9 del 25 febbraio 2014 con cui si ribadisce che il soccorso istruttorio sancito dall'art. 46 co.1 del Codice dei Contratti comporta a carico della stazione appaltante l'onere di provvedere alla regolarizzazione dei certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di provvedere al loro completamento solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione.

La sentenza in questione consente altresì che la stazione appaltante possa chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi⁴⁹.

Tale stato di fatto aveva determinato un aumento del contenzioso con la conseguente negativa ricaduta sulla validità delle gare di appalto⁵⁰.

8. IL COMMA 2 BIS DELL'ART. 38.

Con l'introduzione del comma 2-bis nell'art. 38 e del comma 1-ter nell'art. 46 del Codice dei contratti, il legislatore ha inteso dare una risposta al problema sopra descritto *“mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie) ... omissis ... Si tratta, quindi, di un'innovazione legislativa che, per quanto inapplicabile alla presente controversia, indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie.”*⁵¹.

Il nuovo comma 2-bis dell'art. 38, infatti, dispone che:

49 <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=10255#.VpOaxBEUAp>

⁵⁰ La giurisprudenza amministrativa, infatti, da un lato ha ricondotto l'esclusione al mancato possesso del requisito prescritto e, dall'altro, ha invece ritenuto legittima l'esclusione a fronte di dichiarazioni incomplete. (vedi Cons. Stat. Sez. III sentenza n. 583/2014, Cons. Stat. Sez. III sentenza n. 6569/2011 e Cons. Stat. Sez. III sentenza n. 3198/2014).

⁵¹ Consiglio di Stato, Adun. Ple. - Sentenza 30 luglio 2014, n.16 (<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=YHKHX7ETDPLDPEDACP22LWJ3MY&q=>).

“La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.

Dalla lettura del sopra richiamato articolo, emerge come il legislatore abbia accolto quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa diretto a statuire l'esclusione dell'operatore economico, non a fronte di dichiarazioni incomplete o addirittura mancanti, ma esclusivamente nelle ipotesi di mancanza effettiva del requisito.

La procedura introdotta dalla novella, infatti, prevede che, in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, la stazione appaltante, applicata la sanzione amministrativa, è tenuta ad assegnare al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per produrre, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicando nel provvedimento in questione il contenuto e i soggetti che devono rendere tali dichiarazioni. L'esclusione dell'operatore economico sarà la naturale conseguenza della mancata regolarizzazione nei termini previsti.

Diversamente deve dirsi nell'ipotesi d'irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili. In tali fattispecie, infatti, la stazione appaltante non applica la sanzione, né chiede alcuna regolarizzazione ma, se del caso, vi provvede d'ufficio.

La funzione svolta dalla norma in discussione, recependo l'orientamento comunitario almeno nella parte in cui si consente il soccorso istruttorio (la norma comunitaria infatti non prevede l'applicazione delle penali⁵²), è quella di evitare l'esclusione dalla procedura di gara in presenza di mere carenze documentali rilevando, pertanto, l'effettiva sussistenza del requisito normativamente previsto.

52 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024> e <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32014L0025>

In definitiva, il legislatore ha cercato di costruire un sistema volto ad evitare l'esclusione degli operatori economici a fronte di carenze documentali, anche assolute, predisponendo a tale riguardo una procedura amministrativa che consenta alle stazioni appaltanti di acquisire le dichiarazioni "prima" della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda di partecipazione.

In tale nuovo contesto normativo le principali questioni che le stazioni appaltanti devono affrontare attengono all'individuazione delle categorie delle irregolarità, la cui identificazione è necessaria al fine di redigere correttamente gli atti di gara, nonché alla modalità di applicazione della sanzione, legata alla cauzione provvisoria, con particolare riferimento alle procedure di gara che non prevedono l'obbligatorietà della cauzione in questione.

Al fine di predisporre delle linee guida sulla questione in argomento l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha emanato la Determinazione n. 1, dell'8 gennaio 2015 contenente i criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁵³.

Punto di partenza della disamina in questione è il principio generale in base al quale il soccorso istruttorio, doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità, come meglio vedremo nel seguito, non può essere applicato al fine di consentire all'operatore economico di acquisire il requisito mancante oltre il termine perentorio di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

Per quanto concerne l'individuazione delle irregolarità essenziali, l'Autorità afferma che:

"È ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarità essenziale il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice.

... omissis ...

L'espresso riferimento al contenuto delle dichiarazioni ed ai soggetti che le devono prestare, rende palese l'intento del legislatore di estendere l'applicazione della norma a tutte le carenze – in termini di omissioni, incompletezze e irregolarità – riferite agli elementi ed alle dichiarazioni di cui all'art. 38 nonché agli aspetti relativi all'identificazione dei centri di imputabilità delle dichiarazioni stesse.

53<http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Determinazioni>

Per quanto attiene al contenuto occorre ribadire che le situazioni ostantive ivi previste incidono tutte necessariamente sull'affidabilità professionale dell'impresa e, dunque, eventuali irregolarità nella relativa dichiarazione devono ritenersi essenziali in quanto incidenti sull'individuazione del requisito in capo all'impresa stessa (ovvero ai soggetti operanti al suo interno).

Allo stesso modo vanno ricondotte nella categoria delle irregolarità essenziali, le carenze della dichiarazione che attengono all'individuazione dei soggetti responsabili della stessa. Ci si riferisce, ad esempio, all'omessa produzione del documento di identità a corredo della dichiarazione o alla mancanza della sottoscrizione della dichiarazione stessa ovvero alla stessa mancata indicazione dei soggetti cui fanno riferimento le lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 38, laddove la stazione appaltante abbia espressamente richiesto tali indicazioni negli atti di gara e le connesse loro dichiarazioni.

... omissis...

In sintesi le carenze essenziali riguardano l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito contemplato dal comma 1 dell'art. 38 sia posseduto o meno e da quali soggetti (indicati dallo stesso articolo). Ciò che si verifica nei casi in cui:

- a) non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;*
- b) la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;*
- c) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno.*

Ciò secondo quanto prescritto negli atti di gara ed in conformità alle modalità in essi specificamente indicate.”.

Una considerazione specifica deve essere fatta a proposito della lettera c) dell'art. 38 in merito alle sentenze di condanna poiché il soccorso istruttorio non può trovare applicazione qualora il concorrente abbia dichiarato di non riportare condanne quando invece, all'atto della verifica effettuata dalla stazione appaltante, le stesse sussistano. Tale fattispecie integra, infatti, falso in gara e pertanto non è sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio.

Diversamente deve dirsi nell'ipotesi in cui la dichiarazione in questione è omessa o se le sentenze di condanna sono dichiarate, ma non definite individualmente. In tali ipotesi, infatti, la stazione appaltante può applicare il soccorso istruttorio e richiedere all'operatore economico di produrre o integrare quanto mancante.

Orbene, alla luce delle indicazioni fornite dall'Autorità è possibile, per le stazioni appaltanti, considerare essenziali le irregolarità qualificate come cause tassative di esclusione nella

determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012⁵⁴, nella parte in cui la stessa contiene le indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara, fatta ovviamente eccezione per le ipotesi in cui le irregolarità vanno ad incidere sull'offerta o sulla sua segretezza poichè, come vedremo meglio nel seguito, tali vizi comportano la non sanabilità e per gli effetti l'esclusione dell'operatore economico.

Per quanto concerne l'individuazione delle irregolarità non essenziali che non impongono alla stazione appaltante di ricorrere all'applicazione del soccorso istruttorio è utile richiamare il principio espresso dalla già citata sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 31 luglio 2014, n. 16⁵⁵.

Dalla lettura di tale provvedimento, infatti, emerge chiaramente come il giudice abbia identificato tali irregolarità con quelle informazioni che, sebbene mancanti, possono essere acquisite d'ufficio dalla stazione appaltante⁵⁶.

Infine, è interessante notare come l'Autorità abbia ricostruito un "tertium genus" di irregolarità definite carenze "esigibili". In detta categoria l'Autorità fa rientrare dichiarazioni o elementi necessari a completare o chiarire dichiarazioni e documenti già resi dagli operatori economici e acquisibili dalla stazione appaltante mediante il ricorso al soccorso istruttorio, senza tuttavia applicare la sanzione pecuniaria prevista (rientrano in tale categoria ad esempio la richiesta di documenti volti ad accertare la regolarità contributiva).

9. IL COMMA 1 TER DELL'ART. 46.

Al fine di identificare la categoria delle irregolarità irrimediabili o insanabili che, non ammettendo l'applicazione del soccorso istruttorio, comportano l'immediata esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, è necessario eseguire un'operazione di coordinamento normativo con quanto disposto all'art. 46 "Documenti e informazioni complementari - Tassatività

⁵⁴ http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5197

⁵⁵ http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=10677#.Vu_fgVIUApl

⁵⁶ *L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici va interpretato nel senso che la dichiarazione ivi prevista, sull'assenza delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara, può riferirsi alla sussistenza di tutti i relativi requisiti, mentre non è necessaria l'indicazione dettagliata della mancanza di ogni situazione ostativa prevista dalla legge, né è necessaria la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa cui si riferiscono i requisiti di moralità personali, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici: una dichiarazione sostitutiva così resa risulta completa e non necessita di integrazioni o di regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio* (https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsavvocati/faces/elencoProvvedimentiCollegiali.jsp?_adf.ctrl-state=16ztrb1waz_9).

delle cause di esclusione” del Codice dei contratti, così come modificato dalla novella in argomento.

La lettura del nuovo art. 46 evidenzia chiaramente che la stazione appaltante, prima della valutazione dell’ammissibilità dell’offerta o della domanda di partecipazione, debba procedere alla sanatoria di ogni eventuale omissione o incompletezza documentale.

Il terzo comma dell’articolo in commento, infatti, prevede che si debba applicare quanto previsto al comma 2-bis dell’art. 38 ad *“ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”*.

Pare pertanto evidente che la portata innovativa della novella normativa abbia determinato l’applicazione del soccorso istruttorio ad ogni omissione, incompletezza, irregolarità di ogni documento che deve essere presentato in gara avente il carattere dell’essenzialità, come precedentemente evidenziato, riducendo così le cause tassative di esclusione alle sole fattispecie contenute al comma dell’art. 46, non abrogato dall’art. 39 del D.lg. 24 giugno 2014, a norma del quale:

“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Ciò detto, fermo il principio generale per il quale in nessun caso la disciplina del soccorso istruttorio può trovare applicazione per il recupero di requisiti non posseduti dall’operatore economico al momento fissato dagli atti della gara, possono considerarsi cause di esclusione:

- Il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti.
- I casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta.
- Il difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall’art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo.

La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Per quanto concerne l'ipotesi di esclusione per *"difetto di sottoscrizione"* della domanda e dell'offerta l'Autorità, pur riconoscendo a tale elemento la natura di essenzialità, ritiene tale difetto sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio, a patto che tale circostanza non integri l'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta in quanto la stessa è, sebbene non sottoscritta, riconducibile all'operatore economico che l'ha prodotta.

Altra ipotesi di esclusione attiene alla irregolarità del mancato rispetto delle formalità caratterizzanti la partecipazione dell'operatore economico alla procedura di gara che, in concreto, violano il principio di segretezza a causa dell'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta oppure per non integrità o irregolarità relative alla chiusura dei plichi.

A tale riguardo l'Autorità nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, più volte citata, testualmente dispone:

"Con riferimento alle modalità di presentazione delle offerte, costituiscono cause di esclusione le seguenti ipotesi.

- mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;*
- apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;*
- mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni;*
- mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste se alla medesima si possa ovviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura.*
- mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto.*

Al contrario, non possono costituire cause legittime di esclusione, inter alia:

– la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l’offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;

– la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l’offerta;

– la mancata apposizione sul plico dell’indicazione del giorno e dell’ora fissati per l’espletamento della gara.

Ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, resta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l’esclusione debitamente motivata del concorrente.”.

Altra considerazione deve essere fatta in tema di mancata o irregolare presentazione della cauzione provvisoria che oltre a garantire la serietà dell’offerta incide anche, come vedremo nel paragrafo successivo, sul soccorso istruttorio.

Prima della novella normativa, l’Autorità, contrariamente a quanto affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa⁵⁷, riteneva la mancata o irregolare presentazione della cauzione provvisoria causa tassativa di esclusione.

Oggi, con l’introduzione della novella normativa in questione, l’Autorità ritiene sanabile la mancanza o incompletezza di tale requisito a condizione che *“quest’ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell’offerta e rispetti la previsione di cui all’art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti”*⁵⁸.

Infine giova evidenziare che rimane causa di esclusione il mancato versamento del contributo dovuto all’Autorità stessa. Può essere invece oggetto di soccorso istruttorio la mancata allegazione del contributo regolarmente versato anche con modalità diverse da quelle indicate dall’Autorità.

10. LA SANZIONE PECUNARIA E LA CAUZIONE PROVVISORIA.

Come abbiamo visto, la normativa in discorso, lega il soccorso istruttorio all’applicazione di una sanzione *“pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non*

⁵⁷ Consiglio di Stato Sez. III, 5 dicembre 2013, sentenza n. 5781 (<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=H4C GI6AAT7RKNH5LL5D2LOCSX4&q=>)

⁵⁸ Determinazione n. 1, dell’8 gennaio 2015.

*superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria*⁵⁹.

Una prima considerazione che deve essere affrontata attiene alla natura giuridica della sanzione poiché ciò incide direttamente sul tipo di cauzione che l'operatore economico deve rilasciare.

A norma del 3 comma dell'art. 75 "Garanzie a corredo dell'offerta" del Codice *"La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58"*.

Da ciò ne discende che l'operatore economico può legittimamente produrre a garanzia della propria offerta anche una fideiussione assicurativa. Tale possibilità è tuttavia preclusa qualora si dovesse riconoscere alla sanzione natura amministrativa, poiché l'art. 12, comma 1, del Codice delle assicurazioni private vieta la stipula di assicurazioni che abbiano per oggetto *"il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative"*⁶⁰.

Sulla questione in argomento si è espresso il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con il Comunicato del 25/05/2015 con cui, per quanto qui d'interesse, ha attestato che:

"In relazione alla seconda questione, concernente la compatibilità dell'art. 38, comma 2-bis, con l'art. 12 d.lgs. 209/2005 (che vieta le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative) e con l'art. 75, comma 1, del Codice dei contratti, il quale stabilisce che nelle procedure ad evidenza pubblica la garanzia a corredo dell'offerta può essere rilasciata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa, è stato evidenziato come il divieto di cui all'art. 12 cit. non incide sulla disciplina del nuovo soccorso istruttorio.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, infatti, che la causa della polizza fideiussoria sia quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui (propria del contratto di fideiussione) e non di traslare il rischio di un avvenimento futuro ed incerto dal contraente all'assicuratore (proprio del contratto di assicurazione).

Secondo l'orientamento della Cassazione a Sezioni Unite, «pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio - che assume un rilievo assai marginale, essendo la prestazione del garante

⁵⁹ Art. 38. "Requisiti di ordine generale" comma 2-bis DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE.

⁶⁰ http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F9461/CAP_annotato.pdf

svincolata da un preciso ed obiettivo accertamento del suo presupposto (il quale è demandato allo stesso beneficiario) - ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche quando l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile...» (Cass. Sez. Un. 18.2.2010, n.3947).

Alla luce di ciò si è, quindi, concluso che la polizza fideiussoria rientra nell'ambito dei contratti (autonomi) di garanzia, mentre quello di assicurazione rientra nell'ambito dei contratti aleatori e che, pertanto, la diversa tipologia dei negozi giuridici contemplati rispettivamente dagli artt. 12 d.lgs. 209/2005 e 75 d.lgs. 106/2006 sia di per sé sufficiente a fugare i dubbi su ipotetiche violazioni del divieto posto dal Codice delle assicurazioni”⁶¹.

Altra questione rilevante, in tema di cauzione provvisoria, riguarda i tipi di procedure che ne prevedono l'obbligatorietà.

Come disposto dall'Autorità nella più volte citata Determinazione n. 1, dell'8 gennaio 2015, il sistema normativo della sanzione trova applicazione in tutti i tipi di procedure.

“Al riguardo sembra opportuno sottolineare, in primis, che la cauzione provvisoria costituisce garanzia del versamento della sanzione, non presupposto per la sua applicazione.

Inoltre, l'art. 38, comma 2-bis, richiama espressamente il comma 2 della stessa disposizione, il quale a sua volta fa riferimento alle dichiarazioni sostitutive prodotte dal candidato e dal concorrente.

Una lettura congiunta delle due disposizioni, conduce dunque a confermare l'applicabilità del procedimento di cui al citato art. 38, comma 2-bis – e dunque anche della disciplina sanzionatoria ivi contemplata - alle procedure ristrette. La sanzione infatti è correlata alla omissione o alle irregolarità negli elementi o nelle dichiarazioni resi sui requisiti di partecipazione ed è prevista per tutte le procedure di aggiudicazione contemplate nel Codice, non prevedendo la norma esclusioni o limitazioni del suo campo applicativo.

La sanzione in esame, pertanto, nelle ipotesi sopra indicate, potrà essere comminata anche nelle procedure nelle quali – almeno nella fase iniziale – non sia prevista la presentazione della garanzia provvisoria”.

Tale assunto pare tuttavia contrastare con l'effettiva applicazione della norma nell'ambito delle predette procedure ristrette e in economia.

⁶¹http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6089

Com'è noto, infatti, nelle procedure ristrette, ai soggetti che chiedono di essere invitati, che in quella fase della procedura sono definiti candidati e non concorrenti⁶², non è richiesta la presentazione di alcuna cauzione provvisoria, la quale eventualmente deve essere prodotta al momento della presentazione dell'offerta, una volta invitati.

Per quanto attiene le procedure in economia esistono due tesi prevalenti⁶³.

La prima, dando più importanza all'aspetto formalistico, si basa sull'art. 121 del Codice e pertanto ritiene che sia obbligatorio che anche nelle procedure in economia sia obbligatorio adottare il soccorso istruttorio con l'applicazione della sanzione.

La seconda, invece, ricorrendo all'applicazione dell'art. 125 comma 14 del Codice, considera applicabili alle procedure in questione solo i principi generali dettati in materia di soccorso istruttorio. Pertanto, anche in considerazione del fatto che la normativa comunitaria che ha generato la disciplina del soccorso istruttorio non prevede l'applicazione di sanzioni, abbracciando tale interpretazione la stazione appaltante è legittimata a chiedere la regolarizzazione senza applicazione della sanzione.

Tuttavia, qualora la stazione appaltante ritenesse, in autovincolo, di applicare il soccorso istruttorio con applicazione della sanzione, nelle procedure ristrette e in economia, dovrebbe provvedere all'irrogazione della sanzione in questione attraverso l'emanazione di uno specifico provvedimento amministrativo.

“La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera onnicomprensiva”.

... omissis ...

In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito

⁶² Il comma 2 – bis dell'art.38 in merito alla regolarizzazione parla di concorrente: *“la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”.*

⁶³ Fra tanti: Silvio Biancardi - Maggioli Editori 2014 - *“Guida operativa agli appalti di servizi e forniture”* e Alessandro Massari - Maggioli Editore 2014 - *“Gli appalti pubblici dopo i decreti Spending Review 3, Semplificazione PA e Sblocca Italia”.*

dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio."⁶⁴.

Con specifico riferimento all'ipotesi in cui l'operatore economico decida di avvalersi del soccorso istruttorio, si pone il problema di capire cosa accade qualora questi provveda a regolarizzare la documentazione senza adempiere al pagamento della sanzione.

Il comma 2-bis dell'art. 38, infatti, disponendo che in caso di irregolarità essenziali *"la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere."* non pare subordinare l'ammissione del concorrente all'effettivo pagamento della sanzione.

In tale prospettiva pertanto, ottenuta la regolarizzazione, sarà compito della stessa stazione appaltante di provvedere ad escutere la cauzione oppure, nell'ipotesi in cui la regolarizzazione avesse avuto ad oggetto proprio la cauzione, agire per il recupero del credito attraverso l'utilizzo degli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento giuridico (ad esempio qualora l'operatore economico interessato fosse l'aggiudicatario, la stazione appaltante potrebbe trattenere la sanzione dal pagamento della prima fattura). Diversamente si incorre nella sanzione di danno erariale.

Ciò detto è necessario chiedersi come la stazione appaltante debba comportarsi in merito all'applicazione della sanzione nell'ipotesi in cui l'operatore economico intenda non avvalersi del soccorso istruttorio. Sulla questione si è verificato un contrasto interpretativo della normativa in questione tra l'ANAC e la Corte dei Conti.

L'ANAC, nella relazione AIR allegata alla Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 *"Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*⁶⁵ ha autorizzato la stazione appaltante a non escutere la sanzione nell'ipotesi in cui l'operatore economico intenda non avvalersi del soccorso istruttorio, affermando che *"Si ritiene di ammettere, invece, che la sanzione debba essere comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio"*.

Diversamente, il Procuratore generale Salvatore Nottola, nel suo intervento all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 alla Corte dei Conti, si è espresso in direzione opposta, adducendo che *"E dunque la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a*

⁶⁴ Determinazione n. 1, dell'8 gennaio 2015.

⁶⁵ http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5957

regolarizzare. Il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile”⁶⁶.

Sul punto, anche la giurisprudenza amministrativa, pare non abbia ancora assunto una posizione univoca. A tale riguardo, infatti, si richiama l’ordinanza cautelare del Tar Emilia-Romagna, Parma, n. 142 del 2015⁶⁷ che ha condiviso la posizione dell’ANAC e la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l’ Abruzzo⁶⁸ che, invece, ha condiviso l’orientamento espresso dal Procuratore Generale della Corte dei Conti nella relazione precedentemente citata.

Per quanto concerne la procedura che caratterizza il soccorso istruttorio, è pacifico che si tratti di un sub procedimento che di fatto sospende il procedimento di gara fino alla conclusione degli adempimenti previsti dalla norma.

In particolare, è importante evidenziare che nell’ambito di tale procedimento la stazione appaltante, individuata la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni, deve comunicare all’interessato quanto accertato, in maniera analitica, comunicando il contenuto di ciò che occorre ai fini della regolarizzazione, nonché le relative dichiarazioni e i soggetti che le devono rendere nel termine perentorio non superiore a 10 giorni, indicando altresì la sanzione con l’invito ad adempiere poiché in difetto sarà escussa la cauzione provvisoria.

Infine, si ricorda che non è ammissibile il soccorso istruttorio di secondo grado, tranne nell’ipotesi in cui l’errore verificatosi in sede di regolarizzazione sia imputabile alla stazione appaltante la quale, ad esempio, non ha espresso chiaramente chi o cosa debba essere regolarizzato, mediante la specifica comunicazione d’avvio del procedimento in questione.

11. CONCLUSIONI

La breve disamina dell’argomento in questione ha evidenziato in modo chiaro come il legislatore, nel solco del dettato della normativa comunitaria, intenda percorrere, nell’ambito delle gare di appalto, la strada del *favor participationis*, nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, al fine di ridurre il contenzioso amministrativo in merito alle cause di esclusione che, di fatto, rallentava l’aggiudicazione degli appalti.

⁶⁶ http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/documenti_procura/procura_generale/relazioni_anni_giudiziari/relazione_scritta_nottola_ag2015.pdf

⁶⁷ <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=7VY4BETV6QHBDSY7ADGYX5IVKQ&q=>

⁶⁸ <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=56ITNLETBYPMGV3VWUGBYVKO7Q&q=>

L'attuale sistema non pare tuttavia andare nella direzione auspicata dal legislatore in quanto, anche a causa della stratificazione normativa, la novella introdotta ha generato un quadro di riferimento molto complesso che invece di produrre chiarezza in merito alle cause di esclusione dalle gare d'appalto ha rimesso la questione alla discrezionalità delle stazioni appaltanti le quali, infatti, sono chiamate in molte occasioni ad effettuare un'attività interpretativa di cosa debba considerarsi "essenziale", nonchè sulle modalità di applicazione della sanzione.

Tale considerazione è stata chiaramente evidenziata dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 16 del 2014 laddove si legge:

"4.1- Così identificate le opzioni di catalogazione della fattispecie esaminata ed i connessi effetti di diritto di ognuna delle possibili classificazioni, si deve osservare che il problema risulta risolto de futuro dall'art.39 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90, che, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, inserisce un comma 2-bis all'art.38 d.lgs. cit., che introduce una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbliga la stazione appaltante (l'uso del verbo assegnare all'indicativo presente segnala la doverosità del comportamento) ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e consente (anzi: impone) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

La disposizione, poi, distingue, con un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso), la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per la quale viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, a fortiori, l'applicabilità della sanzione dell'esclusione.

Si tratta di una disposizione che, a prescindere dalle prevedibili difficoltà esegetiche sottese alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità delle dichiarazioni sostitutive in questione, risulta finalizzata proprio a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt.38 e 46 d.lgs. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie).

Nonostante, al momento della redazione della presente decisione, la disposizione (come già rilevato, inserita nel decreto legge n.90 del 2014) sia ancora in fase di conversione in legge, la stessa, ancorchè non applicabile direttamente alla presente controversia (come chiarito dall'art.39, comma 3) offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da

parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante).

Si tratta, quindi, di un'innovazione legislativa che, per quanto inapplicabile alla presente controversa, indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie".

Pertanto, in attesa di un intervento del legislatore e di orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, alle stazioni appaltanti nella redazione degli atti di gara non resta che cercare di essere chiari ed esaustivi tenendo quali punti di riferimento, per l'individuazione delle cause di esclusione, le indicazioni fornite dalle determinazioni dell'Autorità.

ALLEGATO XI B

APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE

I registri professionali e le dichiarazioni e certificati corrispondenti:

- per il Belgio, «Registre du Commerce», «Handelsregister»,
- per la Danimarca, «Erhvervs-og Selskabsstyrelsen»,
- per la Germania, «Handelsregister» e «Handwerksrolle»,
- per la Grecia, il «Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο»,
- per la Spagna, «Registro Mercantil» oppure, nel caso delle persone fisiche non iscritte, un'attestazione che specifichi che l'interessato ha dichiarato, sotto giuramento, di esercitare la professione in questione,
- per la Francia, «Registre du commerce et des sociétés» e «Repertoire des métiers»,
- per l'Irlanda, l'imprenditore può essere invitato a produrre un certificato del «Registrar of Companies» o del «Registrar of Friendly Societies» o, in mancanza, una attestazione che precisi che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto una denominazione commerciale determinata,
- per l'Italia, «Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato», e «Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato»,
- per il Lussemburgo, «Registre aux firmes» e «Rôle de la chambre des métiers»,
- per i Paesi Bassi, «Handelsregister»,
- per l'Austria, «Firmenbuch», «Gewerberegister», «Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern»,
- per il Portogallo, «Registo Nacional das Pessoas Colectivas»,
- per la Finlandia, «Kaupparekisteri»/«Handelregistret»,
- per la Svezia, «aktiebolags-, handels - eller föreningsregistren».
- Per il Regno Unito, l'imprenditore può essere invitato a produrre un certificato del «Registrar of Companies» che individui che l'attività del fornitore è «incorporated» o «registered» o, in mancanza, una attestazione che precisi che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto una denominazione commerciale determinata.

ALLEGATO XI C

APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI

I registri professionali e le dichiarazioni e certificati corrispondenti sono:

- per il Belgio, «Registre du Commerce», «Handelsregister», e «Ordres professionnels - Beroepsorden»,
- per la Danimarca, «Erhvervs - og Selskabstyrelsen»,
- per la Germania, «Handelsregister» «Handwerksrolle», «Vereinsregister», «Partnerschaftsregister» e «Mitgliedsverzeichnisse der Berufskammern der Länder»,
- per la Grecia, il prestatore di servizi può essere invitato a produrre una dichiarazione giurata resa innanzi a un notaio, riguardante l'esercizio dell'attività professionale in questione; nei casi previsti dalla legislazione nazionale vigente, per la prestazione dei servizi di ricerca di cui all'allegato I A, registro professionale «Μητρώο Μελετητών» nonché «Μητρώο Γραυείων Μελετών»,
- per la Spagna, «Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda»,
- per la Francia, «Registre du commerce et des sociétés» e «Repertoire des métiers»,
- per l'Irlanda, l'imprenditore può essere invitato a produrre un certificato del «Registrar of Companies» o del «Registrar of Friendly Societies» o, in mancanza, un'attestazione che precisi che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto una denominazione commerciale determinata,
- per l'Italia, «Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato», e «Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato», o il «Consiglio nazionale degli ordini professionali»,
- per il Lussemburgo, «Registre aux firmes» e «Rôle de la chambre des métiers»,
- per i Paesi Bassi, «Handelsregister»,
- per l'Austria, «Firmenbuch», «Gewerberegister», «Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern»,
- per il Portogallo, «Registro Nacional das Pessoas Colectivas»,
- per la Finlandia, «Kaupparekisteri»/«Handelregistret»,
- per la Svezia, «aktiebolags-, handels - eller föreningsregistren».
- per il Regno Unito, l'imprenditore può essere invitato a produrre un certificato del «Registrar of Companies» o, in mancanza, un'attestazione che precisi che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto una denominazione commerciale determinata.