

**REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE: L'ATTIVITÀ DI CONTROLLO DELLA STAZIONE APPALTANTE E I CONNESSI PROFILI SANZIONATORI**

**1. I controlli sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa**

Il controllo sul possesso, da parte dei concorrenti nelle procedure ad evidenza pubblica, dei requisiti (di ordine speciale) è disciplinato dall'art. 48 del Codice dei contratti[1] ai sensi del quale le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono a un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando.

Ove tale prova non sia fornita, ovvero non siano confermate le dichiarazioni prodotte in sede di offerta, le stazioni appaltanti escludono il concorrente dalla gara, escutono la relativa cauzione provvisoria e segnalano il fatto all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11 del Codice e perché disponga, altresì, la sospensione per il concorrente dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici da uno a dodici mesi.

Inoltre, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, tale richiesta è inoltrata anche all'aggiudicatario e al concorrente secondo classificato ove tali soggetti non siano compresi tra i soggetti sorteggiati e oggetto di verifica ai sensi del primo comma. Nell'ipotesi in cui essi non siano in grado di dimostrare il possesso di tali requisiti, si applicano le medesime sanzioni e si procede alla rideterminazione della soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Benché la disciplina si applichi indistintamente alle procedure di affidamento sia di lavori che di servizi e forniture, è necessario tuttavia distinguere le due ipotesi in relazione ai poteri delle stazioni appaltanti[2].

Per quanto riguarda le procedure concorsuali volte all'affidamento di lavori pubblici, con il passaggio al nuovo regime di qualificazione basato sulle Società Organismi di Attestazione[3], in capo alle stazioni appaltanti residuano sostanzialmente solo i controlli sull'affidabilità morale dei concorrenti. Infatti, ai sensi dell'art. 60, comma 3, D.p.r. n. 207/2010, il possesso dell'attestazione di qualificazione costituisce una condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, ovviamente nei limiti della categoria e classifica conseguita.

Il potere della stazione appaltante di verifica dei requisiti si riepande, anche con riferimento alle gare per l'affidamento di lavori, in primo luogo, nel caso di appalti di valore pari o inferiore a 150.000 €[4] e superiore a 20.658.276 €[5] – nei quali la SOA non è una condizione, da un lato, necessaria e, dall'altro, sufficiente per la partecipazione – e, in secondo luogo, nel caso in cui partecipino al confronto competitivo le imprese straniere[6].

Particolarmente ampio, invece, è il potere della stazione appaltante di verifica dei requisiti nelle gare per l'affidamento di servizi e forniture[7]. È in tale ambito che si svolge il momento più rilevante dell'attività di controllo dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti[8].

Come noto, infatti, la funzione pubblicistica di certificazione svolta dall'attestato SOA è circoscritta alla dimostrazione del possesso dei requisiti speciali per l'esecuzione dei soli lavori pubblici.

Invece, con riferimento alle procedure di affidamento di pubbliche forniture o servizi, l'individuazione dei requisiti e dei relativi valori minimi è determinata dalla stazione appaltante in relazione alla singola gara ed essi sono indicati nel bando e/o nel relativo disciplinare. In altri termini, con il regime della c.d. "qualificazione in gara", il Codice, pur predeterminando i requisiti che possono essere richiesti al concorrente, prevedendo altresì gli indici che li caratterizzano e quali siano i possibili mezzi di prova del loro possesso (artt. 41 e 42, d.lgs. 163/2006), ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti. Ovviamente, tale discrezionalità nella scelta dei requisiti, della loro quantificazione e dei relativi mezzi di prova deve essere parametrata all'oggetto dell'appalto e, comunque, incontra un importante limite nel divieto di richiedere ai concorrenti requisiti sproporzionati o discriminanti[9].

Con riferimento al profilo oggettivo, l'ambito di applicazione dell'attività di verifica prevista dall'art. 48 del Codice è circoscritto ai soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Atteso il carattere sanzionatorio di tale norma, la giurisprudenza ne ha escluso un'eventuale interpretazione estensiva anche nei confronti dei requisiti di ordine generale[10].

Tale controllo deve essere finalizzato ad accertare la sussistenza in capo al concorrente dei requisiti specificamente richiesti dal bando.

Una questione problematica, su cui tuttora non vi è uniformità di vedute, attiene alla situazione del concorrente che, in sede di verifica, riesca a comprovare i requisiti minimi previsti dal bando ma non anche quelli che aveva dichiarato in sede di offerta in misura sovrabbondante rispetto ai primi.

Secondo un primo orientamento, privilegiando anche il dato testuale della disposizione normativa, si è considerata irrilevante la circostanza che il concorrente non abbia comprovato i requisiti che, in sede di offerta, aveva dichiarato in misura maggiore rispetto a quelli prescritti dalla *lex specialis*. Sul tema, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha affermato più volte che l'esplicito richiamo della norma alla necessità di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, "richiesti nel bando di gara" porta ad escludere – trattandosi di norma sanzionatoria e quindi di stretta interpretazione – che si possa considerare inadempiente un concorrente che abbia limitato la comprova ai valori minimi richiesti dal bando anziché estenderla ai requisiti, di misura superiore, contenuti nella dichiarazione[11].

Secondo un'altra impostazione, tuttavia, per superare positivamente la verifica prevista dall'art. 48 del Codice, il concorrente deve dimostrare di possedere esattamente gli stessi requisiti dichiarati in sede di offerta a prescindere dal fatto che essi siano superiori a quelli previsti nella *lex specialis*. Tale orientamento individua la *ratio legis* nell'intenzione di sanzionare, all'esito negativo della procedura di controllo, il comportamento sleale dell'impresa, che si tipizza o per non avere fornito le prove richieste in ordine a quanto dichiarato ovvero per avere azzardato dichiarazioni non corrispondenti al dato reale. Ciò che la norma mira a tutelare, in altri termini, è la serietà e affidabilità dei concorrenti la cui verifica non può non passare attraverso l'accertamento di un'esatta corrispondenza tra quanto dichiarato in sede di offerta e quanto effettivamente posseduto in termini di requisiti. In quest'ottica, risulta irrilevante che i requisiti dichiarati in sede di offerta fossero

sovrabbondanti rispetto a quelli richiesti dal bando[12].

L'attività di controllo prevista dalla norma in commento è obbligatoria per le stazioni appaltanti, dovendo essere espletata qualunque sia l'oggetto o l'importo dell'appalto[13]. Con riferimento alla tipologia dell'affidamento, l'Autorità di Vigilanza ha chiarito che la verifica disciplinata dall'art. 48 non trova applicazione nelle gare aventi ad oggetto concessioni di servizi e, salvo qualche eccezione, in quelle relative ai cd. settori speciali[14].

Essendo volta ad accertare l'effettivo possesso dei requisiti autodichiarati in sede di offerta, la fase del controllo non viene espletata nei confronti del concorrente che, già in quella sede, abbia presentato la documentazione richiesta dalla *lex specialis* per la comprova dei requisiti, senza fare ricorso a dichiarazioni sostitutive[15].

Passando ad analizzare le modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti devono condurre la verifica dei requisiti, si impone una riflessione in merito al rapporto tra la disciplina in commento e quella delle autocertificazioni, sul quale è necessario tornare a distinguere le ipotesi di gare per l'affidamento di lavori da quelle per l'affidamento di servizi o forniture.

Per quanto riguarda le prime, ai sensi della seconda parte dell'art. 48, comma 1 del Codice, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare il possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10 del Codice ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale.

Invece, per i fornitori e per i prestatori di servizi la dimostrazione del possesso dei requisiti deve essere fornita producendo la documentazione prevista dagli artt. 41 e 42 del Codice e dalla *lex specialis*. Inoltre, con particolare riferimento al requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), d.lgs. 163/2006[16], la verifica è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6 *bis* del Codice[17]. Ai sensi dell'art. 6 *bis* del Codice, più in generale, dal 1° gennaio 2013 la documentazione comprovante il possesso di tutti i requisiti – di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario – per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici sarà acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità di Vigilanza dall'art. 62-*bis*, d.lgs. n. 82/2005 (cd. “Codice dell'amministrazione digitale”). Sino all'effettiva istituzione della banca dati, le stazioni appaltanti continuano a verificare il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente.

Qualora sia sottoposto a verifica, il concorrente deve dimostrare il possesso dei requisiti mediante la documentazione prescritta dalla normativa e dalla *lex specialis* di gara non potendo evidentemente fare ricorso alle dichiarazioni sostitutive anche in questa fase di controllo in cui la tendenza alla semplificazione amministrativa cede il passo a fronte dell'esigenza di accertare l'effettivo possesso dei requisiti da parte dei concorrenti. La giurisprudenza distingue due fasi nell'ambito del complessivo rapporto che si instaura tra i concorrenti e l'Amministrazione nel corso del procedimento concorsuale: quella iniziale in cui può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e quella, successiva, in cui la dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione deve essere fornita per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato richiesti[18].

È interessante porre in evidenza, però, che su tale disciplina, soprattutto nelle more del passaggio al

nuovo sistema cui si è fatto cenno, si innestano i recenti interventi normativi in tema di semplificazione della documentazione amministrativa secondo cui le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato[19]. Tale disposizione potrebbe trovare applicazione per quei documenti comprovanti il possesso dei requisiti di carattere speciale che sono, per loro natura, in possesso di pubbliche amministrazioni quali, ad esempio, i certificati di esecuzione di lavori svolti dall'operatore economico a favore di una committenza pubblica.

In tale linea di pensiero sembrano porsi le considerazioni svolte dai giudici amministrativi, sia pur in esito al sommario esame proprio della fase cautelare, secondo cui *“appare corretta la prospettazione di parte ricorrente secondo la quale la stazione appaltante – in applicazione dell'art. 43, comma primo, del d.P.R. n. 445/2000, così come modificato dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 15, della legge 12 novembre 2011, n. 183 – avrebbe dovuto acquisire d'ufficio presso le amministrazioni pubbliche competenti le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive rese dal candidato in merito al possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria”*[20].

## **2. La verifica a campione in gara**

Il primo comma dell'art. 48 del Codice disciplina la cd. verifica a campione, ovvero la verifica che le stazioni appaltanti devono svolgere all'inizio delle operazioni di gara e, in particolare, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte[21].

Il controllo deve essere effettuato, previo pubblico sorteggio, nei confronti di un numero di concorrenti che costituiscano almeno il dieci per cento degli offerenti, arrotondato all'unità superiore; la norma lascia aperta la possibilità che la verifica sia espletata nei confronti di una percentuale superiore[22].

Con riferimento allo specifico momento in cui la verifica deve essere condotta, l'espressione “offerte presentate” è stata per lo più interpretata come “offerte ammesse”. A tale conclusione è giunta anche l'Autorità di Vigilanza affermando, da un lato, che la collocazione della verifica a ridosso dell'apertura delle offerte sembra presupporre esaurita la fase dei riscontri formali e, dall'altro, che l'effettività stessa della verifica a campione sarebbe pregiudicata qualora si sottoponessero a verifica anche offerte destinate ad essere escluse *aliunde*, con conseguente aggravio del procedimento amministrativo[23].

Un primo profilo su cui, in passato, si è discusso attiene alla natura perentoria o ordinatoria del termine concesso ai concorrenti sorteggiati per comprovare il possesso dei requisiti, attualmente stabilito in dieci giorni dalla data della richiesta[24]. Salva qualche posizione di segno contrario, la giurisprudenza oggi assolutamente prevalente e l'interpretazione autorevolmente fornita dall'Autorità di Vigilanza ne affermano la natura perentoria[25].

Tale impostazione, del resto, è quella più coerente anche con il segmento procedimentale in cui l'attività di verifica si innesta: nella fase anteriore all'apertura delle buste, il controllo cd. a campione assume una funzione evidentemente acceleratoria, non potendosi tollerare che, protraendosi troppo a lungo, la verifica paralizzi l'ulteriore svolgimento del confronto competitivo.

Né – si ritiene – il termine di dieci giorni può considerarsi eccessivamente breve e gravoso, in

quanto costituisce espressione della normale diligenza delle imprese che concorrono a gare pubbliche l'attivarsi sollecitamente per procurarsi tutta la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti, in modo tale da poterla esibire prontamente ove, a seguito del sorteggio, essa sia richiesta dalla stazione appaltante[26]. È stato escluso, comunque, che, anche in casi di urgenza, la stazione appaltante possa abbreviare ulteriormente tale termine che è di per sé accelerato e nel dettare il quale il legislatore ha contemperato l'esigenza della tutela della tempestività del procedimento con quella di consentire al concorrente di adempiere alla richiesta, nel rispetto del principio della correttezza dei rapporti fra amministrazione e privati[27].

La perentorietà del termine dovrebbe lasciar salva, comunque, la possibilità che esso sia derogato in alcune ipotesi, di carattere eccezionale, ove il ritardo o l'omissione nella produzione documentale non sia addebitabile al concorrente, essendo imputabile alla stazione appaltante o causato da forza maggiore. Recentemente, ad esempio, è stato affermato che il termine di dieci giorni possa essere prorogato con un atto motivato della stazione appaltante, ove l'impresa richiedente compri un impedimento a rispettarlo che non sia meramente soggettivo (ad es. disfunzioni organizzative interne all'impresa) ma che evidenzi un'oggettiva impossibilità ad osservarlo (ad es. diniego o ritardo nel rilascio della richiesta documentazione da parte di altri enti pubblici), purché la richiesta di proroga venga presentata prima della scadenza del termine[28].

Per quanto riguarda il computo dei termini previsti dall'art. 48 del Codice deve farsi riferimento alla disciplina generale dettata dal codice di procedura civile per gli atti processuali secondo cui, nel computo dei termini a giorni o a ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali (art. 155, comma 1, c.p.c.). Inoltre, se la scadenza cade in un giorno festivo, viene automaticamente prorogata al primo giorno feriale utile (art. 153 c.p.c)[29].

Ai sensi del comma 1 bis dell'art. 48 del Codice, aggiunto dal d.lgs. 152/2008 (cd. terzo decreto correttivo), quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, 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.

Un ulteriore profilo problematico è costituito dalle conseguenze di un'eventuale omissione della cd. verifica a campione da parte della stazione appaltante.

In dottrina, muovendo dalla natura pubblicistica, come tale irrinunciabile, della funzione di controllo demandata alla stazione appaltante, si è ritenuto che questa non potrebbe legittimamente omettere l'espletamento di questo sub-procedimento[30].

La giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto talvolta legittima l'omissione della cd. verifica a campione muovendo dalla *ratio* di semplificazione e di deterrenza dell'istituto del controllo preventivo, finalizzato ad evitare il rifacimento dell'intera gara una volta che, aperte le buste delle offerte presentate, si accerti che il concorrente sia privo dei requisiti prescritti. In tale ottica, soprattutto nei casi in cui non vi fossero elementi indiziari circa la carenza dei requisiti speciali in capo ai concorrenti, l'invalidazione dell'intera procedura ad evidenza pubblica a causa della mera omissione formale di tale segmento procedimentale determinerebbe un effetto opposto a quello perseguito dal legislatore, con chiara lesione proprio del principio costituzionale di buon andamento sotteso alla previsione normativa in commento[31]. Anche in tale impostazione, ovviamente, restano fermi i

controlli successivi imposti dal secondo comma dell'art. 48 del Codice per l'aggiudicatario e il secondo in graduatoria.

### **3. Il controllo sull'aggiudicatario e sul secondo classificato**

Al contrario, sempre obbligatoria e imprescindibile è la verifica sul possesso dei requisiti di carattere speciale che deve essere svolta nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente secondo in graduatoria, ai sensi del secondo comma dell'art. 48 del Codice. Costituisce, del resto, un principio generale e imprescindibile quello per cui l'aggiudicatario della gara, ovvero il futuro esecutore del contratto con la pubblica amministrazione, debba possedere effettivamente i requisiti prescritti dal bando di gara.

In particolare, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, la stazione appaltante deve inoltrare la richiesta di cui al primo comma dell'art. 48 ai primi due concorrenti in graduatoria, ove tali soggetti non siano ricompresi tra quelli precedentemente verificati a seguito del sorteggio.

L'obbligatorietà di tale controllo, d'altra parte, si desume anche dalle disposizioni che regolano i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale allorquando stabiliscono che l'aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni rese in sede di offerta (artt. 41, comma 4 e 42, comma 4, d.lgs. n. 163/2006).

Come detto, la verifica deve essere avviata dalla stazione appaltante entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara. Numerose sono le questioni problematiche che si pongono nell'interpretazione di tale norma.

In primo luogo, deve essere approfondita la natura di tale termine. Salvo qualche pronuncia di segno opposto, l'orientamento maggioritario concorda nel riconoscere la natura ordinatoria del termine, tali dovendosi ritenere quelli volti a regolare lo svolgimento di pubblici poteri, in mancanza di un'espressa e contraria previsione legislativa[32].

Come affermato dalla dottrina, però, il termine *de quo* è riferito espressamente solo al momento entro il quale la stazione appaltante deve avviare la verifica ma non chiarisce quali siano i vincoli temporali entro i quali i concorrenti debbano comprovare il possesso dei requisiti[33]. Si discute, quindi, se, nel disporre che "la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata (...) anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria", il legislatore abbia voluto rinviare anche al termine di dieci giorni ivi previsto per la risposta dei concorrenti. Discussa è, in primo luogo, l'applicazione in via analogica del termine di dieci giorni previsto dal primo comma e, in secondo luogo, la sua natura perentoria o ordinatoria.

Fermo restando che la stazione appaltante può prevedere nella richiesta un termine per l'adempimento da parte dei concorrenti[34], l'orientamento prevalente della giurisprudenza ritiene che il termine di dieci giorni per fornire la comprova del possesso dei requisiti si applichi anche a queste ipotesi mancando, tuttavia, un'interpretazione uniforme circa la sua natura.

Secondo un primo orientamento, il richiamo del secondo comma alla "richiesta di cui al comma 1" va riferito alla richiesta "*di comprovare, entro dieci giorni – termine pacificamente ritenuto perentorio – dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-*

*finanziaria e tecnico-organizzativa*".[35].

Secondo tale impostazione, benché il termine non sia qualificato espressamente come perentorio, tale natura si desume dall'interesse pubblico perseguito nonché dall'espressa comminatoria di decadenza prevista con il richiamo all'automaticità delle sanzioni per il concorrente che non abbia comprovato i requisiti richiesti entro il termine di dieci giorni. Poiché anche tale termine è posto a tutela del corretto e sollecito corso procedimentale della gara nonché degli altri concorrenti, la natura ordinatoria sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento della procedura. In tale ottica, distinguere la natura del termine *de quo* da quello che regola la verifica a campione non giustificherebbe perché il vincitore ed il secondo classificato dovrebbero ricevere un trattamento più favorevole rispetto agli altri concorrenti solo per il fatto che non sono stati sorteggiati già nella fase del controllo a campione poichè - se lo fossero stati - avrebbero dovuto rispettare il termine di dieci giorni, pena l'attivazione del complesso apparato sanzionatorio che si analizzerà successivamente nel corso del capitolo[36]. A tale conclusione si è pervenuti anche considerando che, secondo la *ratio* che sorregge la disciplina in esame, ove anche l'Amministrazione ritenesse di dover ammettere l'integrazione della documentazione presentata, il termine da assegnare a tal fine non deve essere idoneo a consentire all'impresa di procurarsi la documentazione di cui è sprovvista bensì soltanto a compiere quelle operazioni materiali di completamento che devono poter essere eseguite in qualunque momento a fronte della semplice richiesta del soggetto aggiudicatario[37].

Secondo un opposto orientamento, invece, il termine di dieci giorni assegnato all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, diversamente da quello che regola l'adempimento nella fase della cd. verifica a campione, ha natura meramente ordinatoria o sollecitatoria.

Ciò, in primo luogo, in conformità al principio generale per cui il termine è perentorio solo ove sia espressamente qualificato come tale[38]. In secondo luogo, la natura ordinatoria del termine deriverebbe dalla diversa *ratio* che si pone alla base delle due fasi di verifica: mentre, nel momento anteriore all'apertura delle buste, il cd. controllo a campione ha una finalità chiaramente acceleratoria, non potendosi accettare che la verifica si protragga senza un termine certo, paralizzando l'ulteriore corso della procedura, al contrario, il secondo controllo viene compiuto all'esito della procedura selettiva e appare funzionale unicamente al definitivo riscontro del possesso dei requisiti di capacità in capo al concorrente selezionato come contraente[39].

In altri termini, poichè la fase selettiva della gara è ormai conclusa, ed è scongiurato, dunque, il pericolo che la selezione sia ingolfata da offerte temerarie, la cieca applicazione di un termine giugulatorio potrebbe portare a vanificare senza motivo complesse procedure di gara ormai perfezionate[40]. Infatti, all'atto della verifica definitiva del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, appare preminente l'interesse dell'amministrazione a concludere il contratto con il soggetto la cui offerta è stata giudicata la più conveniente. Ebbene, siffatto interesse pubblico sarebbe irrimediabilmente pregiudicato ove, accedendo alla tesi della perentorietà del termine, si dovrebbe disporre l'esclusione dalla gara dell'impresa selezionata come migliore, benché in possesso dei requisiti di partecipazione, solo perché la documentazione di questi è stata trasmessa oltre il termine assegnato[41].

Secondo tale impostazione, peraltro, resta ferma l'eventualità che la natura perentoria del termine sia stabilita nel bando o negli altri atti regolatori della procedura competitiva. In altri termini, considerata l'ordinatorietà del termine, rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la possibilità non solo di fissare un termine perentorio ovvero di indicare semplicemente un termine dilatorio per gli adempimenti in parola ma, sulla base della valutazione degli interessi pubblici considerati prevalenti, anche di consentire integrazioni della documentazione o correzioni della

stessa per agevolare la prova della sussistenza dei requisiti richiesti da parte del soggetto risultato vincitore nel confronto concorrenziale e quindi più idoneo alla esecuzione dei lavori[42].

Un ulteriore profilo problematico attiene all'esatto momento in cui deve essere condotta la verifica sui requisiti ovvero a come debba essere interpretata la locuzione "all'esito delle operazioni di gara". Ciò che si deve chiarire, in particolare, è se il controllo debba essere effettuato dopo l'aggiudicazione provvisoria o dopo quella definitiva atteso che, comunque, questa rappresenta il termine ultimo per la verifica di tutti i requisiti, di ordine generale e speciale, poichè, ai sensi dell'art. 11, comma 8 del Codice, è solo dopo tale controllo che l'aggiudicazione definitiva può divenire efficace.

Sulla base di tale ultima norma, l'Autorità di Vigilanza, da un lato, sembra ritenere che il controllo vada effettuato dopo l'aggiudicazione definitiva ma, dall'altro, afferma che non vi sono motivi ostativi a procedere alla verifica dei requisiti speciali sull'aggiudicatario provvisorio[43]. Tale seconda soluzione, in particolare, per un verso, ponendosi l'attività di verifica in un momento in cui ancora opera la commissione di gara, consente una maggiore rapidità della procedura e, per altro, appare più coerente con la finalità della verifica prevista dall'art. 48, comma 2 del Codice, logicamente propedeutica alla formulazione della graduatoria finale che poi dovrà essere approvata dall'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, in base alle previsioni dell'art. 12, comma 1, del Codice.

In ogni caso, il momento ultimo entro cui deve essere svolta la fase di verifica di tutti i requisiti è l'aggiudicazione definitiva che, infatti, può diventare efficace solo dopo tale positivo riscontro[44].

Nel caso in cui l'aggiudicatario e il secondo classificato non comprovino il possesso dei requisiti, la stazione appaltante procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta, atteso che la genuinità di quella espletata in gara risulta essere ormai pregiudicata dal fatto che il calcolo aveva preso in considerazione anche le offerte di concorrenti che non avrebbero potuto partecipare alla gara, in quanto privi dei requisiti prescritti. All'esito di tale nuova fase procedimentale si procederà alla nuova aggiudicazione.

In particolare, ove l'aggiudicatario non dimostri il possesso dei requisiti, alla sua esclusione farà seguito l'aggiudicazione della gara a favore del concorrente secondo in graduatoria senza che si debba procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia. Soltanto ove anche la verifica nei confronti del secondo classificato non vada a buon fine, la stazione appaltante è tenuta a ricalcolare la soglia dell'anomalia e a formare una nuova graduatoria[45]. La giurisprudenza ha escluso, inoltre, che in caso di verifica negativa dei requisiti, con conseguente esclusione del concorrente che ne sia privo, la stazione appaltante debba procedere alla rideterminazione dei punteggi precedentemente assegnati[46]. Com'è stato osservato in dottrina, tuttavia, la rideterminazione dei punteggi potrebbe essere necessaria, ad esempio, nelle gare in cui siano adottati criteri di valutazione che prevedano meccanismi ponderali che attribuiscono punteggi diversi in relazione alla media dei ribassi e in cui l'esclusione di un'offerta, quindi, potrebbe determinare significative modificazioni della graduatoria, soprattutto a fronte di un limitato numero di concorrenti[47].

Come si è detto, nel caso in cui la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario dia esito negativo, la stazione appaltante procede allo scorrimento della graduatoria aggiudicando al secondo. Recentemente, la giurisprudenza ha affrontato la posizione del concorrente originariamente terzo che, a seguito di tale scorrimento, si trova ad essere collocato nella seconda posizione nella nuova graduatoria concorsuale. Tale concorrente non ha un onere di impugnare l'aggiudicazione originaria per chiedere l'esclusione del nuovo aggiudicatario in quanto, tramite il

procedimento di verifica dei requisiti, la procedura viene parzialmente rinnovata e viene disposta una nuova aggiudicazione rispetto alla quale il concorrente, in origine posto al terzo posto, assume la veste di soggetto direttamente interessato in quanto collocato in graduatoria immediatamente dopo il nuovo aggiudicatario[48].

#### **4. L'apparato sanzionatorio**

L'apparato sanzionatorio che si applica in caso di mancata comprova del possesso dei requisiti è il medesimo sia per la cd. verifica a campione che per quella espletata nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria.

In particolare, quando il concorrente non dimostri il possesso dei requisiti ovvero non confermi le dichiarazioni prodotte in sede di offerta, la stazione appaltante lo esclude dalla gara, procede all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza perché provveda all'elevazione della sanzione pecuniaria e alla sospensione del concorrente dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici per un periodo da uno a dodici mesi.

La prima fase del procedimento sanzionatorio è di competenza della stazione appaltante.

Essa procede all'esclusione dal confronto competitivo del concorrente che non dimostri il possesso dei requisiti o che non confermi le dichiarazioni rese in sede di offerta tanto in caso di omissione o di rifiuto quanto in caso di ritardo rispetto al termine perentorio di dieci giorni. In tali casi, l'esclusione del concorrente è automatica e prescinde da qualsiasi indagine su eventuali profili di colpa o dolo in capo al dichiarante salva, come già detto, la ricorrenza di una causa di forza maggiore.

Oltre all'estromissione dalla gara del concorrente, inoltre, la stazione appaltante procede all'escussione della relativa cauzione provvisoria e segnala il fatto all'Autorità di Vigilanza.

Si tratta di sanzioni che la stazione appaltante applica in modo automatico e a prescindere dal fatto che i requisiti dichiarati dall'operatore economico siano effettivamente posseduti, in quanto sia l'esclusione sia l'incameramento della cauzione sono finalizzati a sanzionare il comportamento inadempiente dell'operatore economico nel partecipare a quella specifica gara[49].

Inoltre, l'escussione della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza conseguono automaticamente dall'esclusione del concorrente dalla gara, non disponendo la stazione appaltante di alcun margine di discrezionalità in merito[50]. Da ciò discende anche, secondo la giurisprudenza maggioritaria, che non vi è necessità dell'avviso di avvio del procedimento in caso di esclusione dalla gara e di incameramento della cauzione, atteso che il concorrente è notiziato dell'apertura della fase di verifica dei requisiti, con le conseguenti ed eventuali sanzioni, tramite la stessa richiesta di invio della documentazione necessaria alla comprova[51]. Come corollario dell'automaticità con cui l'escussione della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza seguono l'espulsione dalla gara, la giurisprudenza talvolta ha affermato l'inoppugnabilità delle prime in considerazione dell'omessa previa impugnazione del provvedimento di esclusione[52]. Non mancano, tuttavia, decisioni di segno opposto che, muovendo dal diverso interesse ad agire avverso l'esclusione dalla singola gara e avverso gli altri provvedimenti sanzionatori, riconoscono autonoma lesività a tali provvedimenti la cui impugnazione, quindi, non

deve passare necessariamente attraverso una contestazione giudiziale della misura espulsiva[53]. In effetti, un operatore economico potrebbe non avere interesse a contestare l'esclusione dalla singola gara pur essendo interessato a censurare la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza o l'escussione della cauzione provvisoria.

Come affermato dai giudici amministrativi, l'unitarietà che connota tale fase del meccanismo sanzionatorio – composto da provvedimenti che, pur dotati ontologicamente di autonoma rilevanza ed effetti, derivano da un unico presupposto di fatto – è di carattere funzionale e teleologico ma non documentale, con la conseguenza che i tre provvedimenti possono anche non essere adottati contestualmente[54].

Accanto all'orientamento più rigido e, per la verità, prevalente – che, come detto, riconnette automaticamente le tre sanzioni all'esito infruttuoso della fase di verifica, tanto in caso di omissione o di rifiuto quanto in caso di ritardo rispetto al termine perentorio di dieci giorni per la comprova – se ne affianca un altro più elastico che distingue tali due ipotesi ai fini dell'applicazione delle sanzioni. In particolare, fermo restando che, se non fornisce la documentazione entro il termine assegnato, l'impresa inadempiente incorre in conseguenze necessitate, e cioè nell'esclusione dalla gara, nell'incameramento della cauzione provvisoria e nella segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti, nel caso in cui, successivamente e quindi tardivamente, la documentazione sia invece comunque presentata, occorre verificare se questa compri o meno le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione. In tale ottica, se la prova è positivamente fornita le vicende di gara (esclusione ed incameramento della cauzione) restano sfavorevolmente definite, ma la concorrente ritardataria non sarà assoggettata a sanzione, non avendo fornito falsa dichiarazione. Se, invece, la concorrente fornisce tardivamente una documentazione insufficiente l'ordinamento reagisce anche sotto il profilo sanzionatorio, risultando tale ipotesi del tutto sovrapponibile a quella della mancata produzione dei documenti richiesti[55].

In tale linea interpretativa si pone quella giurisprudenza che, muovendo dalla natura accessoria delle sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità, ritiene incompatibile la loro intrinseca afflittività con lo stato di buona fede del concorrente che, tratto in errore da una clausola della *lex specialis*, ha dichiarato di possedere un requisito di cui era, in realtà, carente. A fronte di tali ipotesi, talvolta si è ritenuta legittima l'esclusione dalla gara ma illegittime le ulteriori sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza[56].

Con particolare riferimento all'escussione della cauzione, si è affermato che essa ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dai concorrenti in sede di offerta, in modo tale da assicurarne l'affidabilità, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente. Di recente, la giurisprudenza ha osservato che la funzione della cauzione provvisoria va ricondotta all'istituto della caparra confirmatoria e, quindi, alla garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta, sottolineandone la correlazione con la violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta produzione documentale nelle trattative precontrattuali cui ciascun concorrente è tenuto sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte[57]. In tale ottica, l'incameramento della cauzione rappresenta una liquidazione anticipata del danno subito dall'Amministrazione, salvo che ne sia provato uno maggiore, a causa dell'inadempimento del concorrente a tale obbligo di serietà. Da ciò deriva che l'escussione della cauzione è una conseguenza diretta e automatica dell'inadempimento del partecipante[58].

Come già osservato (cfr. par. 4), l'attività di controllo disciplinata dall'art. 48 del Codice è volta ad accertare il possesso dei soli requisiti di ordine speciale. In passato si era sviluppato un ampio dibattito in merito all'applicabilità, o meno, delle sanzioni ivi previste anche all'ipotesi in cui il

concorrente non dimostri il possesso dei requisiti di ordine generale[59].

Tale dibattito dovrebbe aver trovato definitiva e autorevole composizione con la recente sentenza n. 8/2012 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo cui tanto l'escussione della cauzione quanto la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza devono essere effettuate anche a fronte dell'accertamento negativo sul possesso dei requisiti di carattere generale[60]. In particolare, con riferimento alla possibilità di incamerare la cauzione provvisoria, è stato affermato che essa discende dall'art. 75, comma 6 del Codice[61] e *“riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto dei requisiti generali di cui all'art. 38”*; inoltre, *“la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale”*.

La segnalazione all'Autorità di Vigilanza è funzionale all'irrogazione di ulteriori sanzioni la cui applicazione è subordinata a una valutazione della gravità dell'infrazione commessa dal concorrente[62].

L'Autorità può applicare, in primo luogo, ai sensi dell'art. 6, comma 11 del Codice, una sanzione pecuniaria per un importo fino a 25.822 € se il concorrente si è rifiutato o ha omesso, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti e per un importo fino a 51.545 € nel caso in cui fornisca informazioni o produca documenti non veritieri.

In secondo luogo, l'Autorità dispone la sospensione del concorrente dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici per un periodo da uno a dodici mesi. Sul punto, merita segnalare, è stato risolto, dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, art. 20, comma 1), lett. d), il difetto di coordinamento[63] tra la norma in commento e quella di cui all'art. 38, comma 1 *ter* del Codice sulle sanzioni in caso di presentazione di falsa dichiarazione o documentazione: in entrambi i casi, l'Autorità potrà graduare il provvedimento di sospensione per un periodo fino a un anno.

## **5. Il particolare regime previsto per le micro, piccole e medie imprese**

L'assoluta prevalenza di questa particolare tipologia di realtà imprenditoriale nel panorama delle gare pubbliche suggerisce una trattazione autonoma del particolare regime di controllo dei requisiti cui sono soggette queste imprese.

Sul potere-dovere della stazione appaltante di verificare la sussistenza dei requisiti in capo ai concorrenti ha inciso la nuova disciplina legislativa per la tutela della libertà d'impresa (L. 11.11.2011, n. 180 – cd. Statuto delle imprese)[64] introdotta con lo scopo di istituire un regime di favore per le imprese di più ridotte dimensioni. Devono essere vagliate con attenzione, però, da un lato, la reale portata innovativa delle nuove disposizioni e, dall'altro, l'effettiva efficacia derogatoria di queste rispetto alla disciplina generale che sin qui si è commentata.

In primo luogo, si è stabilito che le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle procedure per l'affidamento di pubblici appalti *“possono presentare autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti non possono chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica*

*amministrazione o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal codice” dei contratti (art. 13, comma 3).*

In secondo luogo, si è previsto che, nel caso di concorrenti che siano micro, piccole e medie imprese, la stazione appaltante chiede solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal Codice.

Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla l. 28.11.2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno.

Infine, *“è fatto divieto alla pubblica amministrazione, alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure di [affidamento] requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi” (art. 13, comma 5).*

Con riferimento al primo profilo, la disposizione appare quasi superflua in quanto sia la possibilità di attestare, in sede di offerta, il possesso dei requisiti per il tramite di autocertificazioni sia il divieto per le amministrazioni di chiedere ai concorrenti documentazione già in proprio possesso sono previste in termini generali per tutti gli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche. Come si è visto *supra*, il divieto per le stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti documentazione già in proprio possesso trova generale applicazione nei confronti di tutti gli operatori economici alla luce della disciplina contenuta nel d.P.R. n. 445/2000 in tema di semplificazione della documentazione amministrativa. La norma contenuta nello Statuto delle Imprese, in altri termini, conferma, anche per le p.m.i., quanto già previsto dalla disciplina di carattere generale per tutti i concorrenti. Né, si ritiene, il profilo di novità potrebbe essere individuato nella possibilità che tali soggetti possano, anche nella fase di verifica *ex art. 48, d.lgs. n. 163/2006*, dimostrare l'effettivo possesso dei requisiti con lo strumento dell'autocertificazione. Tale interpretazione, infatti, non sarebbe conforme al costante orientamento giurisprudenziale che distingue due diverse fasi nell'ambito del complessivo rapporto che si instaura tra i concorrenti e l'Amministrazione nel corso del procedimento concorsuale: quella iniziale in cui può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e quella, successiva, in cui la dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione deve essere fornita per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato richiesti[65]. D'altra parte, è lo stesso utilizzo dello strumento autocertificativo che, essendo finalizzato a semplificare il rapporto tra concorrente e stazione appaltante nella fase della presentazione della domanda di partecipazione, impone necessariamente una successiva verifica di quanto autodichiarato.

L'accennata interpretazione, inoltre, si porrebbe agli antipodi anche dei più recenti approdi dell'elaborazione normativa europea che, come noto, rappresenta l'origine delle attuali discipline nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica. Ebbene, anche nel nuovo schema di direttiva sugli appalti pubblici nei settori ordinari[66], che sostituirà la direttiva 2004/18/CE, si conferma che l'esigenza manifestata dalle p.m.i. di semplificare i molteplici oneri amministrativi di produzione documentale, che costituiscono un ostacolo importante alla partecipazione alle gare pubbliche, può essere soddisfatta mediante lo strumento delle autocertificazioni. Parimenti, però, si afferma che *“l'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e – soprattutto – le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove”*[67].

Di notevole rilievo è la previsione per cui, nel caso di concorrenti che siano micro, piccole e medie imprese, la stazione appaltante chiede solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal Codice escludendo, quindi, che nei loro confronti possa essere condotta tanto la verifica a campione prevista dal comma 1 dell'art. 48 quanto quella nei confronti del secondo classificato ai sensi del comma 2. Il concorrente aggiudicatario, quindi, anche se organizzato in forma di p.m.i., dovrà fornire le prove a dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Con riferimento al profilo sanzionatorio, ove non comprovino il possesso dei requisiti, alle p.m.i. si applicano le sanzioni previste dalla l. 28.11.2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno. A prima lettura, emerge un importante difetto di coordinamento con l'apparato sanzionatorio disciplinato dall'art. 48 del Codice sopra descritto dovendosi chiarire, in particolare, se le due discipline siano in un rapporto di complementarietà ovvero di alternatività.

Fermo restando che, a seguito dell'esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti, la stazione appaltante deve escludere il concorrente ed escuterne la cauzione provvisoria, si impone una riflessione sulla durata del provvedimento di sospensione dalla partecipazione a gare pubbliche, stabilita *ex lege* in un anno. A fronte dei vantaggi attribuiti alle p.m.i. in termini di semplificazione degli oneri amministrativi, il legislatore ha quantificato *ex ante* la durata del provvedimento interdittivo automaticamente in un anno. Come noto, per tutti gli altri operatori economici, ai sensi dell'art. 48, comma 1 del Codice, il provvedimento di sospensione può essere da uno a dodici mesi ed è disposto, comunque, dall'Autorità di Vigilanza all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'impresa. Al contrario, nel caso delle p.m.i., la disposizione in commento sembra escludere sia il procedimento innanzi all'Autorità di Vigilanza sia un'indagine sull'elemento soggettivo del dichiarante. Come è stato osservato, vi è da domandarsi se la gravosità di questo particolare atteggiarsi dello strumento sanzionatorio non sia maggiore dei vantaggi connessi alla semplificazione degli oneri amministrativi di partecipazione alla gara[68].

Infine, trova codificazione in questo particolare ambito il principio generale, corollario del principio di proporzionalità, ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa, secondo cui “è fatto divieto alla pubblica amministrazione, alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure di [affidamento] requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi”.

Massimo Nunziata

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata")

---

[1] Per un commento esaustivo all'art. 48, d.lgs. n. 163/2006, oltre all'intervento esplicativo

dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici contenuto nella determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ("*Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006*"), si vedano i numerosi commentari al Codice dei Contratti. Tra i più recenti si segnalano, senza pretesa di completezza: F. Delfino, *Commento all'art. 48*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, NelDiritto editore, 2012, pp. 635 ss.; D. Ponte, *Il controllo a campione sul possesso dei requisiti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. 3, pp. 1607 ss.; A. Barone, *Controlli sul possesso dei requisiti*, in S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 581 ss.; A. Cancrini, P. Piselli, V. Capuzza (a cura di), *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, Igop, 2011, pp. 276 ss.; C. Grillo, R. Pellegrini, *I requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*, in M. Sanino (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Utet, 2008; R. Renzi, *Il controllo sul possesso dei requisiti*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2008, pp. 407 ss.

[2] In generale sulla funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese e specificatamente su tali aspetti, si veda, da ultimo, S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in *I contratti di appalto pubblico* a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, pp. 559 ss.

[3] La letteratura sul nuovo regime di qualificazione nelle procedure volte all'affidamento di lavori pubblici è molto ampia. Nella manualistica recente, senza pretesa di esaustività, si segnalano, R. Titomanlio, *Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, in *I contratti di appalto pubblico* a cura di C. Franchini, cit., pp. 461 ss.; G. Ferrari, *La qualificazione per i lavori pubblici per le imprese stabilite in Italia e per le imprese stabilite all'estero e la garanzia della qualità*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., pp. 1327 ss.

[4] Ai sensi dell'art. 90 del Regolamento (D.p.r. 207/2010), in esecuzione dell'art. 40, comma 8, del Codice, per partecipare alle gare per l'affidamento di appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 €, i concorrenti devono essere in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) lavori analoghi a quelli oggetto di gara, eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, per un importo non inferiore a quello del contratto cui si aspira; b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; c) adeguata attrezzatura tecnica. Ovviamente, *a fortiori* per tali gare, nel caso di imprese già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta una documentazione ulteriore circa il possesso dei requisiti.

[5] Ai sensi dell'art. 61, comma 6 del Regolamento, per partecipare a tali appalti, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, l'impresa deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta.

[6] Infatti, per gli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia, il regime di qualificazione di cui al Codice dei contratti non è una condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara poiché essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione alle gare delle imprese italiane (art. 47, d.lgs. n. 163/2006).

[7] Sulle maggiori problematiche inerenti la qualificazione dei concorrenti nel settore dei servizi e delle forniture, possono vedersi, tra gli altri: M.V. Ferroni, *Il regime di qualificazione nei servizi e nelle forniture*, in *I contratti di appalto pubblico* a cura di C. Franchini, cit., pp. 487 ss.; M.

Martinelli, M. Calabrò, M.R. Spasiano, M. Tiberii, *La qualificazione per i servizi e le forniture*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 1378 ss.

[8] In termini più generali, il potere della stazione appaltante di verificare la concreta sussistenza dei requisiti speciali in capo ai concorrenti trova maggiore ampiezza ogniqualvolta l'attestazione SOA non sia un elemento determinante per la dimostrazione del possesso dei requisiti. Oltre alle ipotesi già indicate, ad esempio, si considerino i casi di affidamento di appalti misti, di quelli relativi ai settori speciali, alla realizzazione di infrastrutture strategiche o di insediamenti produttivi ovvero, ancora, di concessioni di costruzione e gestione.

[9] AVCP, det. n. 5/2009.

[10] Cons. St, Sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80, secondo cui l'art. 48 del Codice prevede l'esclusione del partecipante dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza soltanto con riferimento alla mancanza del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara che sono considerati quali "requisiti di partecipazione". A tale disposizione, prosegue la sentenza, in considerazione della sua funzione sanzionatoria, deve attribuirsi carattere tassativo che ne impedisce l'estensione ad ipotesi diverse e, segnatamente, alle fattispecie previste dall'art. 38 del Codice. Considerazioni simili, del resto, erano state espresse anche prima dell'introduzione del d.lgs. n. 163/2006: cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009.

[11] AVCP, det. 5/2009. Cfr. anche AVCP, deliberazione n. 139 del 9 maggio 2007 secondo cui la verifica di cui all'art. 48 deve essere condotta con riferimento ai requisiti minimi prescritti dal bando di gara, essendo necessario e sufficiente, ai fini della comprova dei requisiti, dimostrarne il possesso in relazione allo specifico affidamento, risultando irrilevante il fatto che il concorrente abbia dichiarato di possedere requisiti in misura maggioritaria rispetto a quelli effettivamente dimostrati.

[12] In questa linea di tendenza, sembra porsi anche la recente Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810 secondo cui ciò significa che l'esclusione dalla gara interviene: a) sia in ipotesi di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; b) sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa; c) sia in ipotesi di produzione di documentazione che "non confermi" (nel senso che neghi o che non sia sufficiente a confermare) le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta. In altri termini, "*non rileva che la clausola originariamente prevista dal bando o dalla lettera di invito preveda il possesso di un determinato requisito ovvero la produzione di una certa dichiarazione "a pena di esclusione", perché possa poi farsi luogo, all'esito negativo della procedura ex art. 48, all'esclusione ivi disposta*". Tale sentenza ha anche ripercorso la diversità di esigenze sottese all'art. 46 e all'art. 48 del Codice affermando che il primo tende a delimitare, in ossequio al principio della massima partecipazione, le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare mentre il secondo, invece, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, tende a preservare la gara stessa dalla partecipazione di imprese non adeguate, per mancanza dei requisiti richiesti, all'oggetto della gara, e sanziona il comportamento dell'impresa che non fornisce, o fornisce in modo insufficiente, gli elementi che confermino il possesso dei requisiti, di modo che tale evenienza tanto può riferirsi a requisiti la cui mancanza è già prevista a pena di esclusione, tanto ad altri requisiti per i quali tale previsione non sussiste.

[13] In ogni caso, poiché l'attività di controllo è volta ad accertare la sussistenza dei requisiti di

carattere speciale “eventualmente” richiesti dal bando, l’Autorità di Vigilanza ha affermato che 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*” (AVCP, det. n. 5/2009).

[14] AVCP, det. n. 5/2009.

[15] AVCP, det. n. 5/2009.

[16] Ovvero la “*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*”.

[17] Sino all’introduzione di tale innovativo sistema, la dimostrazione del requisito di cui si tratta deve essere fornita tramite la produzione di quanto previsto dagli artt. 41 e 42 del Codice. Ad esempio, con riferimento al requisito di cui all’art. 42, comma 1, lett. a) “*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*”. Cfr. anche Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 settembre 2006, n. 8493 secondo cui, ove la *lex specialis* non contenga una precisa indicazione sui documenti da presentare per la comprova, essa è ammissibile con qualsiasi documento idoneo a dimostrare il possesso dei requisiti.

[18] Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 maggio 2010, n. 717; AVCP, 16 gennaio 2008, n. 5.

[19] Art. 43, d.P.R. 28.12.2000, n. 445, come modificato dalla lettera c) del comma 1 dell’art. 15, L. n. 183/2011. Su tali aspetti, può vedersi, da ultimo, F. Delfino, *Commento all’art. 48*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, NelDiritto editore, 2012, p. 638.

[20] Tar Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 30 aprile 2012, n. 608. Tale ordinanza è stata riformata, sempre in sede cautelare, dal Consiglio di Stato con l’ord. 8 giugno 2012, n. 2226, secondo cui la disciplina dettata dall’art. 48 del Codice è sufficientemente completa anche per quanto attiene all’acquisizione di certificati da parte di altre amministrazioni, di modo che l’art. 43 d.P.R. si applica nelle forme e nel tempo di cui all’art. 6 *bis* del Codice.

[21] In generale sul tema della cd. verifica a campione, si veda, tra gli altri, R. De Nictolis, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, in *Urb. e app.*, 2/2002, pp. 129 ss.

[22] In dottrina è stato osservato come tale intenzione dovrebbe essere previamente indicata nel bando o nella lettera di invito (F. Delfino, *Commento all’art. 48*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, NelDiritto editore, 2012, p. 640).

[23] AVCP, det. n. 5/2009. In questi termini, si veda anche: R. De Nictolis, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, cit.

[24] Condivisa è l’opinione che tale termine non possa decorrere, invece, dalla data del sorteggio delle offerte da verificare perché, da un lato, la legge non prevede tale momento come inizio della decorrenza e, dall’altro, perché la partecipazione al sorteggio non è obbligatoria per le imprese. In dottrina, tra gli altri, R. De Nictolis, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, cit. cui

si rinvia anche per un più esaustivo approfondimento sulle varie tesi in merito alla natura del termine di che trattasi.

[25] Si vedano, recentemente, Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2010, n. 8739 e Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804, secondo cui è ormai principio consolidato che il termine di dieci giorni, entro il quale l'impresa offerente, sorteggiata a campione per il controllo in ordine al possesso dei requisiti di carattere speciale, è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante, ha natura perentoria, e che le sanzioni conseguenti alla sua inosservanza non vanno applicate solo in caso di comprovata impossibilità per l'impresa di produrre la documentazione non rientrante nella sua disponibilità. La natura perentoria del termine è confermata anche dalla determinazione AVCP, n. 5/2009.

[26] Cfr. recentemente, Tar Puglia, Bari, Sez. I, 23 febbraio 2010, n. 667, secondo cui laddove sia la stessa Commissione di gara a decidere discrezionalmente di aggravare l'attività di verifica (nel caso di specie, con la pretesa, di per sé legittima, di esaminare tutti i sedici incarichi di progettazione dichiarati dalla concorrente sorteggiata, in misura esorbitante rispetto alla soglia minima prescritta per l'ammissione, anziché un campione più o meno ampio), non è più giustificata l'applicazione rigorosa e incondizionata del termine massimo di dieci giorni, quantomeno nel senso che deve consentirsi alla concorrente di integrare la documentazione carente purché sia stato tempestivamente effettuato un principio di allegazione per ciascuna componente del fatturato dichiarato con l'offerta.

[27] AVCP, parere n.8 del 16 gennaio 2008.

[28] Cons. St., Sez. IV, n. 810/2012; Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2011, n. 1420; Cons. St., sez. V, n. 8739/2010; Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804. È opportuno evidenziare, peraltro, come tale possibilità non sia stata sempre unanimemente condivisa: per una completa ricostruzione delle diverse tesi, cfr., ancora, R. De Nictolis, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, cit.

[29] Sul punto, ancora, AVCP, det. n. 5/2009.

[30] Da ultimo, S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 563. Nello stesso senso, R. De Nictolis, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, cit., secondo cui “non vi è dunque spazio per la discrezionalità della stazione appaltante in ordine all'an dell'attivazione del procedimento di controllo. L'unico margine di scelta che spetta ai soggetti aggiudicatori attiene al numero delle imprese da controllare che, tuttavia, come già visto, non può essere inferiore al 10% delle offerte ammesse”. Sull'obbligatorietà del procedimento complessivo di verifica ai sensi dell'art. 48, cfr. AVCP, det. n. 5/2009.

[31] Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 14 agosto 2007, n. 3077, confermata da Cons. St., Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332. Cfr. anche Tar Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2009, n. 7071, confermata da Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2253, in cui si è affermata la legittimità dell'operato della stazione appaltante che, considerata la presenza di due sole offerte (della ricorrente e della resistente) in gara, e al fine di rendere più snella la procedura, non ha proceduto al sorteggio per il controllo a campione ma ha programmato l'effettuazione delle verifiche di cui al secondo comma del medesimo art. 48 del Codice nei confronti dei soggetti utilmente inseriti in graduatoria dopo l'aggiudicazione definitiva.

[32] Da ultimo, cfr. Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053. In tal senso depone anche l'orientamento dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici: oltre alla citata determinazione n.

5/2009, si veda il parere n. 78 del 30 luglio 2009.

[33] S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 564.

[34] Cfr., ancora, AVCP, det., n. 5/2009.

[35] Tar Toscana, Sez. I, 7 settembre 2011, n. 1380 in *Osservatorio sull'applicazione del Codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.-Tar*, 7-8/2011, CXXXV ss., con commento di Ester Santoro.

[36] Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 gennaio 2011, n. 543; Cons. giust. amm. sic., Sez. giurisdiz., 2 marzo 2007, n. 109; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133; sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528.

[37] Cons. St., Sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081, secondo cui, dopo aver previsto un termine a carico della stazione appaltante per l'attivazione della verifica, sarebbe incoerente non riconoscere l'obbligo dell'impresa di produrre i documenti necessari entro un termine certo a pena di decadenza dalla aggiudicazione, in quanto la norma in esame è sintomo del fatto che l'esigenza di celerità tende a accentuarsi nelle fasi finali della procedura. Negli stessi termini, Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2207; Id., 30 aprile 2002, n. 2295; Tar Palermo, Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 1608; Tar Lazio, Sez. III *bis*, 23 luglio 2009, n. 7493; Tar Bari, Sez. I, 14 agosto 2008, n. 1971.

[38] Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053. Tar Toscana, Sez. II, 3 luglio 2009, n. 1171.

[39] Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 8 maggio 2009, n. 4999.

[40] Tar Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 26 febbraio 2008, n. 1695.

[41] Cons. St., Sez. V, 22 aprile 2002, n. 2197, secondo cui, peraltro, la realizzazione di tale, preminente, interesse pubblico non incontra alcun limite nel contemporaneo sacrificio di confliggenti interessi privati atteso che, nel momento della richiesta definitiva della dimostrazione dei requisiti, le operazioni di gara sono terminate e non risulta ravvisabile alcuna esigenza di tutela della *par condicio*.

[42] AVCP, det. n. 5/2009. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3358; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 6003; Tar Lazio, Sez. III *ter*, 8 maggio 2009, n. 4999; Tar Valle d'Aosta, 13 novembre 2008, n. 88. In termini diversi, tuttavia, Cons. St., Sez. V, n. 2197/2002.

[43] AVCP, det. n. 5/2009.

[44] Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 9 maggio 2011, n. 3994, secondo cui, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, la fase di verifica del possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara può essere effettuata anche dopo l'adozione dell'aggiudicazione definitiva, posto che la norma citata subordina l'efficacia dell'atto a tale adempimento.

[45] In tal senso: AVCP, det. n. 5/2009; Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2006, n. 1286; Cons. St., Sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4840, secondo cui la stazione appaltante deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta solo quando entrambi i concorrenti classificatisi ai primi due posti nella graduatoria provvisoria non forniscano la prova o non

confermino le loro dichiarazioni, non potendosi ammettere che il comportamento del secondo classificato abbia decisivo rilievo per l'aggiudicazione della gara. *Contra*, però, Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4512, secondo cui, ove il primo in graduatoria non comprovi il possesso dei requisiti, non potrebbe darsi luogo al mero scorrimento della graduatoria con aggiudicazione al secondo. Infatti, ove il difetto dei requisiti in capo alla aggiudicataria provvisoria si palesasse nella fase della cd. verifica a campione, la gara si svolgerebbe fra le sole imprese che presentano un'offerta valida a seguito dell'esclusione dell'impresa priva dei requisiti.

[46] Cons. St, Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5583, secondo cui nessuna norma impone di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura è ormai conclusa con l'aggiudicazione provvisoria della gara: in caso di esito negativo della verifica in capo all'aggiudicatario, la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare alla seconda classificata e ciò per un principio di economia degli atti e delle procedure, di concentrazione delle operazioni di gara, nonché per l'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle procedure selettive.

[47] S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 565.

[48] In questi termini, Cons. St., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671, in *Urb. e app.*, 12/2011, pp. 1433 ss. commentata da A. Reggio d'Acì (*Rinnovazione parziale della fase finale della procedura di gara e ammissibilità dell'impugnazione da parte del terzo classificato*), unitamente alla coeva Cons. St., Sez. 20 luglio 2011, n. 4396, in cui, a differenza della prima, l'aggiudicazione al secondo classificato era stata disposta a seguito di una pronuncia giurisdizionale e non di un'ulteriore fase procedimentale amministrativa. In questa seconda sentenza, il Consiglio di Stato ha affermato, da un lato, che la seconda aggiudicazione, in quanto effettuata in esecuzione di una pronuncia giurisdizionale, non riapre i termini di impugnazione per le altre imprese concorrenti e, dall'altro, che la mancata contestazione della prima aggiudicazione da parte dell'impresa terza classificata, neanche nell'ambito del nuovo giudizio mosso avverso la seconda aggiudicazione, preclude la contestazione di quest'ultima, essendo l'impresa lesa dall'originario provvedimento di aggiudicazione, che cristallizzava una graduatoria che la vedeva seguire due concorrenti.

[49] AVCP, det. n. 5/2009.

[50] AVCP, parere n. 80 del 14 ottobre 2007; Tar Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 gennaio 2008, n. 184. Cfr. anche Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768, secondo cui il legislatore ha assegnato rilevanza oggettiva all'omessa attestazione dei requisiti di partecipazione cosicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se questo sia, cioè, dovuto a dolo o colpa dell'impresa) ed alla gravità della violazione (se questa, cioè, sia costituita da dichiarazioni false ovvero veritiere ma rese con modalità difformi da quelle richieste dalla legge). Il comportamento dell'Amministrazione non ha, quindi, alcun contenuto discrezionale e si rivela, anzi, strettamente vincolato alla verifica dell'inadempimento in parola, senza che possano distinguersi le due ipotesi dell'assoluta mancanza di prova e della difformità di quella fornita dalle modalità prescritte (Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2001, n.1344) e senza che rilevi il carattere psicologico della violazione. Sul punto, si veda anche Corte Cost., ord. 13 luglio 2011, n. 211 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 48 del Codice sollevata dal Tar Veneto nella parte in cui esso preveda l'automaticità dell'incameramento della cauzione.

[51] Cfr., tra le altre, Cons. St., Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098.

[52] Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2006, n. 1325, secondo cui non è possibile distinguere, quanto agli effetti dell'inutile scadenza del termine assegnato ai concorrenti per comprovare il possesso dei requisiti, tra esclusione dalla singola gara e ulteriori provvedimenti sanzionatori poichè la legge non reca alcuna distinzione ma riconnette automaticamente alla mancata dimostrazione tempestiva del possesso dei requisiti (e non solo al mancato possesso degli stessi), tutti e tre indistintamente gli effetti pregiudizievoli dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione e della segnalazione alle competenti Autorità.

[53] Tar Veneto, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 608. Nello stesso senso, si veda anche Cons. St., Sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704, secondo cui tale meccanismo sanzionatorio non appare in contrasto con le libertà comunitarie e costituzionali e con la disciplina a tutela della concorrenza. In particolare, la circostanza che le sanzioni siano irrogate per il mero inadempimento formale (dunque, anche ove l'impresa dimostri – sia pur tardivamente – il possesso dei requisiti) non costituisce un limite alla prestazioni di servizi o allo stabilimento nel territorio nazionale protette dal diritto comunitario né al diritto di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all'organizzazione di impresa, di cui ciascun concorrente è chiamato a tener conto nella preparazione della propria attività. Diversamente opinando, ogni regolamentazione di una competizione, sol perché rigorosa, costituirebbe un ostacolo all'esercizio della libertà economica.

[54] Tar Lazio, Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11131.

[55] Cons. St., Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098. Sul punto, è interessante evidenziare anche Cons. St., Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101 secondo cui quando la dichiarazione non sia corretta soltanto per un elemento temporale, nel senso che in ogni caso il requisito è comunque posseduto dall'impresa sia pure in epoca di poco successiva a quella prevista nel bando, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione dell'impresa, non del tutto in regola con i requisiti dal punto di vista meramente temporale, abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti (es: calcolo della soglia di anomalia, quando questa si verifica) e con l'obbligo per la stessa stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa.

[56] Tar Piemonte, Sez. I, 8 giugno 2010, n. 2721.

[57] Cons. St., Sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2848.

[58] Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6769; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 14 gennaio 2008, n. 184.

[59] Accedono alla tesi negativa: Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80; Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 10 dicembre 2010, n. 8108; Tar Piemonte, Sez. I, 16 luglio 2010, n. 3129; Tar Toscana, Sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 8 agosto 2008, n. 9943, secondo cui l'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione provvisoria; segnalazione all'Autorità di Vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale *ex art. 38 del codice degli appalti*, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara.

[60] Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, 8. Tra i commenti a prima lettura, cfr. G.M. di Paolo, *L'Adunanza Plenaria chiude (anche per il passato) alla valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alla gravità della regolarità contributiva*, in [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it). Già prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria, la soluzione positiva era stata affermata da: Cons. St.,

Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905-4907; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429; Tar Toscana, Sez. I, 26 maggio 2011, n. 936; Id., 6 aprile 2011, n. 606.

[61] Negli stessi termini, Cons. St., Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3646. Sul punto, anche l'Autorità di Vigilanza aveva ritenuto che, solo nel caso di carenza dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario provvisorio, la stazione appaltante, oltre alla revoca dell'aggiudicazione, procederà all'incameramento della cauzione, ma ciò non quale conseguenza dell'art. 48 ma dell'art. 75, comma 6, del Codice che prevede tale sanzione per mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario.

[62] F. Delfino, *Commento all'art. 48*, in *Codice degli appalti pubblici*, cit., p. 641.

[63] *Amplius* su tale problematica, S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 591 ss. Il problema è stato segnalato anche da F. Cardarelli, *Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 437 ss.

[64] Tra i primi commenti, G. Tanzarella, *Lo statuto delle imprese*, in *Urb. e app.*, 2/2012, pp. 161 ss.; A. Bonanni, *Approvato lo statuto delle imprese: novità – e primi dubbi applicativi – per i contratti pubblici*, in [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it).

[65] Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 maggio 2010, n. 717; AVCP, 16 gennaio 2008, n. 5.

[66] Sul processo di formazione della nuova disciplina europea, F. Satta, *Vento nuovo per gli appalti*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it); A. Bonanni, *Cominciano a delinearsi nuove direttive europee in materia di appalti (e anche di concessioni)*, in [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it).

[67] Cfr. il *considerando* n. 32 dello schema di direttiva.

[68] G. Tanzarella, *Lo statuto delle imprese*, cit., p. 166.