

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2746 – Pres. Piscitello; Est. Amicuzzi – Provincia di A. (Avv. Galiotta) c. M. M. s.n.c. (Avv. Renzulli) e D. Costruzioni s.r.l. (n.c.).

Contratti della p.a. • Appalti pubblici • Gara • Verifica requisiti generali successiva all'aggiudicazione provvisoria • Legittimità • Condizioni.

La generale esigenza che la fase di verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice degli appalti debba precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche deve rinvenirsi nel fine di non consentire all'amministrazione di assumere decisioni discrezionali dopo aver conosciuto l'esito della gara, a garanzia della par condicio dei concorrenti e per evitare che le stesse decisioni possano essere influenzate dalla precedente conoscenza delle offerte. Il principio però non ha valenza inderogabile e può non operare laddove la verifica della regolarità di requisiti da certificare mediante produzione di specifiche certificazioni previste dalla lex specialis di gara costituisca per la commissione atto dovuto (1).

DIRITTO

Omissis

2.2.- Premette il Collegio che la generale esigenza che la fase di verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 debba precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche è da rinvenire nel fine di non consentire all'Amministrazione di assumere decisioni discrezionali dopo aver conosciuto l'esito della gara a garanzia della *par condicio* dei concorrenti e per evitare che le stesse decisioni possano essere influenzate dalla precedente conoscenza delle offerte.

Il condivisibile principio è stato affermato da questa sezione con sentenza n. 1541/2011 (di reiezione dell'appello contro la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, n. 11309/2010, relativa alla gara n. 2 indetta con il medesimo bando di gara per cui è causa, a seguito di appello della B. Costruzioni s.r.l. contro la aggiudicazione di detta gara alla ditta B. G., con la quale era stato accolto il ricorso avverso la disposta rinnovazione della soglia di anomalia per le medesime ragioni affermate nella sentenza qui appellata).

Tale principio, tuttavia, non può avere, ad avviso del Collegio, analoga inderogabile valenza quando, come nel caso che occupa, la verifica, ai sensi della l. n. 445/2000, della regolarità di requisiti da certificare mediante produzione di specifiche certificazioni previste dalla *lex specialis* della gara costituisca per la Commissione di gara, come dedotto con l'appello in esame, atto dovuto.

È bene ricordare che, nel caso specifico, il disciplinare integrativo del bando di gara prevedeva, dopo la verifica in seduta pubblica della correttezza delle offerte e della documentazione, la verifica del 10% (previo sorteggio) in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale dichiarati nella domanda di partecipazione dai concorrenti ammessi e alla verifica delle certificazioni da essi prodotte nonché il riscontro dei dati risultanti dal casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità di vigilanza.

Prevedeva poi esso disciplinare la sottoposizione a verifica delle imprese risultate irregolari in precedenti sorteggi o aggiudicazioni provvisorie, soggiungendo

in particolare che "saranno richiesti per tutte le partecipanti ammesse alla gara, il DURC (INPS, INAIL, Cassa edile) ed il certificato della Agenzia delle entrate".

Proseguiva il disciplinare prescrivendo che la commissione di gara avrebbe proceduto, secondo quanto previsto dal punto 5 del bando, alla esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali non risultasse confermato il possesso dei requisiti.

Prevedeva ancora detta disposizione che la Commissione di gara avrebbe quindi proceduto alla apertura delle offerte economiche dei soggetti non esclusi ed alla determinazione della soglia di anomalia ed all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto al concorrente che avesse presentato l'offerta immediatamente inferiore a detta soglia.

Precisava infine il disciplinare che in caso di certificazioni non regolari dell'aggiudicatario o dei sorteggiati si sarebbe proceduto alla esclusione dalla gara degli stessi ed alla formulazione della nuova soglia di anomalia in seduta pubblica.

La commissione di gara, nella seduta del 28.12.2007, dopo aver richiamato la prima parte del verbale della prima seduta (nel corso della quale era stato effettuato il sorteggio, nella misura del 10% delle ditte ammesse, dei soggetti ai quali chiedere la produzione dei documenti a riprova delle dichiarazioni effettuate per la verifica dei requisiti giuridico amministrativi, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, e per il possesso delle capacità economico finanziarie e tecnico organizzative) ha aperto i plichi con le offerte delle ditte ammesse alla gara. A seguito della verifica della soglia di anomalia il Presidente della Commissione ha rilevato che l'offerta più vantaggiosa era risultata essere quella presentata dall'ATI M. s.n.c. - S. Costruzioni, che è stata così definita "provvisoriamente aggiudicataria"; ha inoltre dato atto che l'aggiudicazione definitiva era subordinata alla verifica, per il primo classificato e per le imprese sorteggiate, dei requisiti di ordine generale dichiarati in sede di gara nonché della insussistenza delle cause di divieto, di sospensione e di decadenza previste dall'art. 1 della l. n. 575/1965, nonché alla verifica dei DURC e del certificato di regolarità di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara. Ha rinviato quindi l'aggiudicazione definitiva o di rideterminazione della soglia di anomalia successivamente all'acquisizione dei certificati comprovanti le dichiarazioni di cui al precedente punto.

È dunque evidente che, in base al disposto del disciplinare di gara, acquisizione e verifica dei DURC e del certificato di regolarità di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara avrebbe dovuto essere effettuata prima della apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, ma è altrettanto evidente che, in base ad esso disciplinare (non impugnato sul punto) dette acquisizioni e verifiche erano comunque dovute e da esse non poteva prescindere senza violare il chiaro disposto della *lex specialis*.

Ritiene pertanto la Sezione che la Commissione di gara, in applicazione del generale principio di conservazione degli atti giuridici, abbia legittimamente provveduto, sia pure tardivamente, ad effettuare detti adempimenti senza violazione del principio d'imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa pubblica a tutela del quale è normalmente necessario che la verifica dei requisiti generali di ammissione debba precedere e non seguire la fase di valutazione delle offerte economiche.

Non poteva, infatti, la Commissione di gara procedere alla aggiudicazione definitiva senza aver effettuato la verifica di detti DURC e certificati di regolarità con riguardo al pagamento di imposte e tasse di tutte le imprese ammesse alla gara, pena la violazione di una specifica prescrizione della *lex specialis* e, quindi, in alternativa alla decisione di effettuarla comunque dopo la valutazione delle offerte econo-

niche, sussisteva solo la possibilità di annullare gli atti di gara, compresa la aggiudicazione provvisoria all'ATI M. s.n.c. e S. Costruzioni, evitata grazie al disposto rinnovo della verifica della soglia di anomalia dopo l'espletamento dell'indispensabile incombente sopra citato.

Il rinnovo della gara sarebbe stato invece dovuto se la verificatasi inversione dei tempi di verifica dei requisiti previsti dalla *lex specialis* e di apertura delle offerte economiche fosse stato frutto di autonoma e discrezionale iniziativa della Commissione dopo la conoscenza delle offerte economiche dei concorrenti, che avrebbe comportato effettive violazioni della *par condicio* dei partecipanti; questa nel caso di specie non è stata invece intaccata dal disposto rinnovo della verifica della soglia di anomalia, atteso che questa è stata effettuata dopo verifica dei requisiti previsti dalla legge di gara che interessava tutte le imprese ammesse alla gara. In ogni caso bisogna considerare che se la soglia effettiva di anomalia fosse stata calcolata secondo l'*iter* procedimentale previsto dal bando, sarebbe comunque stata identica a quella poi calcolata a seguito della disposta tardiva verifica in questione.

La dedotta circostanza che detta verifica sia stata effettuata, al fine di rispettare una specifica prescrizione della *lex specialis* e non a seguito di autonoma iniziativa della Commissione di gara, su tutte le imprese partecipanti alla procedura *de qua* con riguardo a requisiti di ordine generale (e non solo con riguardo alla impresa aggiudicataria e al concorrente che segue in graduatoria al fine di verificare requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa), esclude anche che la rideterminazione della nuova soglia di anomalia sia stata effettuata in base ad illegittima applicazione dell'art. 48, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, essendo il rinnovato calcolo della nuova soglia di anomalia un mero atto dovuto a seguito delle esclusioni conseguite ad una indispensabile verifica.

2.3.- I motivi di appello in esame sono quindi fondati e la impugnata sentenza deve essere annullata.

Omissis

(1) La verifica della regolarità dei requisiti può essere effettuata anche dopo la valutazione delle offerte dei concorrenti

1. La sentenza che si annota introduce un importante principio in punto di scansione procedimentale e tutela della *par condicio* dei concorrenti.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha stabilito che non è inderogabile il principio per cui i controlli sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice da parte dei partecipanti debbano necessariamente essere effettuati prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche. Nell'affermare la natura derogabile del principio, ad ogni modo, il Supremo Consesso amministrativo ha ribadito come questo sia posto a tutela della *par condicio* e dell'imparzialità dell'amministrazione e come, dunque, la possibilità che lo stesso principio sia in determinati casi suscettibile di deroga dipenda dai concreti elementi delle singole fattispecie.

2. Il caso giunto al vaglio del Consiglio di Stato era il seguente.

Nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di lavori di costruzione, l'amministrazione dichiarava la

provvisoria aggiudicazione in favore di un concorrente. Sennonché, successivamente, la stazione appaltante comunicava al provvisorio aggiudicatario che – a seguito dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e della formulazione della graduatoria – si era provveduto ad effettuare su tutti i partecipanti alcuni controlli circa l'effettivo possesso dei requisiti dichiarati; all'esito di tali controlli, l'amministrazione aveva dunque riscontrato l'esistenza di posizioni irregolari per alcune imprese. Conseguentemente, la stazione appaltante provvedeva, sia pure *ex post*, all'esclusione dei concorrenti (tra i quali non rientrava il provvisorio aggiudicatario) che non avevano superato i controlli ed al nuovo calcolo della soglia di anomalia. All'esito di tale operazione, infine, l'amministrazione aggiudicava l'affidamento a concorrente diverso da quello risultato inizialmente l'aggiudicatario provvisorio, il quale ultimo dunque adiva le vie giurisdizionali e proponeva ricorso al T.A.R. Campania, sezione di Salerno, lamentando, tra gli altri motivi, proprio la irrituale conduzione della subfase di verifica dei requisiti generali di partecipazione alla gara (nella specie, ad essere oggetto di irregolarità nei controlli effettuati risultavano essere DURC e certificati di regolarità relativi ad imposte e tasse), nonché la violazione dei principi di continuità e di concentrazione della gara.

Investito della controversia, il T.A.R. accoglieva il ricorso ⁽¹⁾, condividendo entrambe le censure mosse dal ricorrente avverso i provvedimenti impugnati. In particolare, il Collegio rilevava come:

- da un lato, la stazione appaltante – invertendo l'*ordo procedendi* – fosse venuta meno al consolidato principio per il quale la separazione fra la fase di verifica in capo ai concorrenti della sussistenza dei requisiti di ammissibilità per la partecipazione alla procedura e la fase di vera e propria valutazione delle offerte economiche e degli altri titoli prodotti debba essere rigida, onde far sì che la fase di ammissione venga svolta dall'amministrazione in modo del tutto avulso dai condizionamenti derivanti – anche solo in astratto – da una precoce conoscenza dei contenuti economici e in generale afferenti il "merito" della partecipazione della concorrente;

- dall'altro, il codice dei contratti non contempli possibilità diverse da queste: o la verifica dei requisiti generali di ammissione su tutti i concorrenti viene fatta prima dell'apertura delle offerte economiche, oppure – ai sensi dell'art. 48, comma 2 – la verifica successiva ed inerente il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non può essere effettuata né a campione, né su tutti i concorrenti, ma può riguardare soltanto il primo ed il secondo graduato.

(1) T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 1° ottobre 2010, n. 11297.

3. Per una migliore comprensione dei rilievi operati dal giudice amministrativo di Salerno, devono necessariamente essere esaminati i due articoli di legge richiamati, l'art. 38 (disciplinante i "Requisiti di ordine generale") e l'art. 48 (che disciplina i "Controlli sul possesso dei requisiti").

Ora, tra i casi di esclusione di cui all'art. 38, al comma 1, sono presenti proprio quello di aver commesso "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti" (punto g)), nonché (al punto i)) quello di aver commesso "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti". Il documento che attesta la regolarità contributiva è il DURC.

L'art. 48, invece, stabilisce al comma 1 che "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 [...] di comprovare [...] 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". Al comma 2, inoltre, il medesimo articolo stabilisce invece che la stessa richiesta è 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".

4. I principi di imparzialità e *par condicio*, invocati dal T.A.R. Salerno nell'accogliere il ricorso, sono stati in molteplici occasioni posti dalla giurisprudenza amministrativa alla base di quello che appariva essere un principio consolidato: la separazione tra la fase di ammissione dei concorrenti e la successiva fase di valutazione delle offerte dei medesimi.

Lo stesso Cons. Stato, sez. V, con pronuncia 10 marzo 2011, n. 1541, rilevava che:

a) le stazioni appaltanti possono sottoporre a verifica dei requisiti la generalità dei concorrenti, ma tale verifica deve necessariamente avvenire prima della valutazione delle offerte;

b) dopo l'apertura delle offerte, l'art. 48, comma 2, consente la verifica dei requisiti esclusivamente per il primo e per il secondo classificato;

c) tale regola vale per la verifica di ogni tipologia di requisito di ammissione, al fine di non consentire all'amministrazione di assumere decisioni discrezionali (come quella relativa alla scelta di procedere o meno ad una ulteriore verifica) dopo aver conosciuto l'esito della gara;

d) all'infuori delle posizioni del primo e secondo classificato, dopo la valutazione delle offerte economiche e la redazione della graduatoria non si possono operare nuove esclusioni e non si può procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia.

5. Investito con appello della controversia definita dal T.A.R. di Salerno, il Consiglio di Stato pronunciava la sentenza che si annota, modificando il granitico orientamento precedentemente tracciato dallo stesso Supremo Consesso amministrativo.

Dopo aver espresso condivisione del principio già formulato con la sentenza 10 marzo 2011, n. 1541, il Consiglio di Stato è entrato infatti nel merito dei profili concreti presentati dalla fattispecie giunta al proprio vaglio. In particolare, il Collegio sottolineava come – nel caso di specie – fosse la stessa legge speciale di gara a contemplare un controllo generalizzato del DURC e del certificato dell'Agenzia delle entrate per l'intera platea degli offerenti (con sanzione di esclusione per i casi di irregolarità), sebbene l'amministrazione avesse previsto espressamente nel bando la necessità di effettuare tale controllo prima della fase di apertura delle buste economiche. Ebbene, secondo il Collegio sarebbe stata proprio tale previsione a conferire legittimità all'operato della stazione appaltante che, avendo pretermesso il controllo nella fase antecedente la valutazione delle offerte, avrebbe nondimeno ritenuto di effettuarlo *ex post*, con conseguente esclusione postuma delle imprese che non avrebbero dovuto, per le irregolarità riscontrate, partecipare alla gara e con conseguente nuova determinazione della soglia di anomalia e nuova aggiudicazione. Per il Consiglio di Stato, infatti, pur essendo state irritualmente aperte le offerte economiche prima delle prescritte verifiche, queste ultime erano comunque dovute e da esse non poteva prescindere senza violare il chiaro disposto della *lex specialis*. In altri termini, secondo il Collegio, la commissione si sarebbe trovata a fronteggiare due alternative:

- o l'annullamento della gara e la rinnovazione della stessa;
- o (come in effetti è avvenuto) la verifica *ex post* secondo quanto prescritto dalla legge di gara (sia pure con differente tempistica).

Proprio tale ultima opzione, secondo il Consiglio di Stato, appariva nel caso di specie legittima, in quanto rispettosa del generale principio di conservazione degli atti giuridici e, nella particolare fattispecie, non confliggente con i principi di imparzialità e *par condicio*.

Hanno rilevato i giudici di Palazzo Spada, infatti, che, se la soglia effettiva di anomalia fosse stata calcolata secondo l'iter procedimentale previsto dal bando, sarebbe comunque stata identica a quella poi calcolata a seguito della disposta tardiva verifica in questione. A diverse conclusioni si sarebbe invece dovuti pervenire nel caso in cui la legge di gara non avesse previsto in modo tassativo la verifica generalizzata dei requisiti, con sanzione di esclusione per le posizioni irregolari degli offerenti. Laddove infatti la commissione avesse deciso – in difetto di una espressa prescrizione del bando – di procedere ad un controllo generalizzato dei requisiti dopo l'apertura delle buste economiche, allora tale operazione, frutto di iniziativa discrezionale della stazione appaltante, sarebbe stata illegittima in quanto avrebbe violato la *par condicio* dei partecipanti.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha affrontato anche il secondo profilo per cui il giudice di prime cure aveva ritenuto fondato il ricorso: la violazione dell'art. 48, comma 2, che contempla la possibilità di un ricalcolo della soglia di anomalia dopo l'aggiudicazione provvisoria esclusivamente per le ipotesi di verifica dei requisiti in capo al primo e al secondo classificato. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la predetta norma non avrebbe proprio trovato applicazione da parte della commissione (con conseguente inconfigurabilità di una forma di illegittimità dovuta ad una non corretta applicazione della medesima norma), in quanto il rinnovato calcolo della nuova soglia di anomalia non sarebbe stato disposto ai sensi dell'art. 48, comma 2, bensì come mero atto dovuto, a seguito delle esclusioni conseguite ad una indispensabile verifica.

Claudio Santarelli

* * *

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10 – Pres. Coraggio; Rel. Dell'Utri – L.F. P. Costruzioni s.r.l. (Avv. Abbamonte) c. M. s.r.l. (Avv. Cantile, Caliendo e Profili), Comune di P. (n.c.) e Stazione Unica Appaltante della Provincia di C. (n.c.).

Contratti della p.a. • Requisito della moralità professionale • Dichiarazione circa eventuali condanne penali • Ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 • Nel caso di acquisizione di azienda • Va presentata anche con riferimento agli amministratori e direttori tecnici dell'azienda cedente • Dissociazione • Dimostrazione • Possibilità.

La dichiarazione circa l'insussistenza di condanne subite in sede penale da parte di amministratori e direttori tecnici, prevista dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, va resa, a pena di esclusione, in caso di cessione d'azienda in fa-