

## Controlli sul possesso dei requisiti: inosservanza e conseguenze

Antonio Iannotta

**CONSIGLIO DI STATO**, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373

Pres. Baccarini; Est. Atzeni - Itron Italia s.p.a. (*Avv. ti* Villata e Degli Esposti) c. Gori - Gestione Ottimale Risorse Idriche s.p.a. (*Avv. ti* Percuoco e Diaco), Madalena s.p.a. (*Avv. Capomacchia*) e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (*Avv. Gen. Stato*).

**Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Gara - Verifica a campione ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006 - Mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa - Determina ex se l'esclusione dalla gara.**

**Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Gara - Esclusione - Segnalazione all'Autorità di vigilanza - Impugnazione in sede giurisdizionale - Inammissibilità per difetto di interesse.**

*L'esclusione dalla gara del concorrente che, prescelto a campione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 48 del decreto legislativo n. 163/2006, non abbia dimostrato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando, va disposta a prescindere dalla circostanza che la clausola prevista dal bando stesso preveda il possesso di un determinato requisito ovvero la produzione di una certa dichiarazione a pena di esclusione, essendo tale sanzione funzionale a censurare il comportamento sleale dell'impresa. (1)*

*La segnalazione all'Autorità di vigilanza dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio, di talché la sua impugnazione deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse. (2)*

DIRITTO

*Omissis*

3b. In subordine l'appellante contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui rigetta l'impugnazione dei provvedimenti di primo grado in quanto dispongono l'escussione della cauzione e la segnalazione dell'esclusione all'Autorità per la vigilanza dei contratti della pubblica amministrazione.

L'appello non è condivisibile nemmeno sotto tali profili.

Il Collegio condivide infatti l'orientamento, già espresso da C. di S., IV, 16 febbraio 2012, n. 810, secondo il quale "negli appalti pubblici, in tema di dimostrazione dei requisiti col meccanismo del sorteggio, ai sensi dell'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la sanzione conseguente alla mancata produzione della relativa prova ovvero di una documentazione che non confermi detto possesso (o non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità garante per i provvedimenti di sua competenza, con la conseguenza che l'esclusione 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; pertanto, posto che il Legislatore intende sanzionare, all'esito negativo della procedura in parola, 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, questo comporta che 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 a norma dell'art. 48, all'esclusione ivi disposta".

Quanto alla segnalazione all'Autorità, l'appellante sostiene che anche la sola sua trasmissione ha un effetto lesivo del suo interesse citando, a sostegno dell'affermazione, C. di S., V, 11 gennaio 2012, n. 80.

Il Collegio non condivide l'orientamento sul quale si basa la tesi dell'appellante, osservando che la stessa è contraddetta da C. di S., IV, 16 febbraio 2012 n. 810, citata prima, nonché da C. di S., VI, 23 febbraio 2012, n.1010.

La segnalazione all'Autorità di vigilanza dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio.

Nel caso di esclusione per motivi diversi dal fatto di aver reso dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. r) del d.P.R. n. 207 del 2010), essa stessa costituisce avviso di procedimento che consente all'impresa di presentare all'Autorità proprie deduzioni, ad esempio circa l'avvenuta impugnazione del provvedimento di esclusione (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 2008).

Nel caso di esclusione per dichiarazioni false (art. 8, comma 2, lett. s) del d.P.R. n. 207 del 2010), è l'Autorità stessa che comunica all'impresa l'avviso di procedimento ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico e dell'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 2010).

La lesione si determina, dunque, con l'iscrizione della notizia nel casellario informatico (o con l'irrogazione della sanzione pecuniaria da parte dell'Autorità) e a seguito di un procedimento in contraddittorio nel quale l'impresa può presentare proprie deduzioni.

Il fatto che la misura di pubblicità incida su un interesse oppositivo, come quello concernente l'onore della persona, la cui lesione richiede come misura riparatoria la reintegrazione, non può sovvertire il principio processuale secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere attuale.

Afferma, in conclusione, il Collegio che la mera segnalazione di un comportamento all'Autorità da parte della stazione appaltante è priva di efficacia lesiva; la sua impugnazione è quindi inammissibile per carenza di interesse.

*Omissis*

## Commento

1. Il tema affrontato dal Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna è quello delle conseguenze del mancato riscontro – da parte delle imprese concorrenti scelte a campione nel numero non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate – della richiesta della stazione appaltante in ordine alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando.

La disposizione normativa di riferimento, com'è noto, è attualmente l'articolo 48 del decreto legislativo n. 163/2006, che sostanzialmente ricalca quanto già previsto all'articolo 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109/1994 e prevede che le imprese sorteggiate debbano comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta <sup>(1)</sup>, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa <sup>(2)</sup>, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

La sanzione conseguente alla mancata produzione della prova sul possesso dei requisiti, ovvero ad una documentazione che non confermi detto possesso (e non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità per i provvedimenti sanzionatori di competenza.

La pronuncia in rassegna dapprima conferma un principio ormai consolidato in giurisprudenza in ordine alla *ratio* e alla portata applicativa del provvedimento di esclusione dalla gara, e quindi si sofferma su un aspetto prettamente processuale, e in particolare sulla natura provvedimento o meno della segnalazione all'Autorità.

Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato ribadisce che lo scopo perseguito dal legislatore, nel caso di specie, va chiaramente individuato nella volontà di sanzionare "il comportamento sleale dell'Impresa" la quale non fornisca le prove richieste in ordine a quanto dichiarato, ovvero abbia azzardato dichiarazioni non corrispondenti

.....

(1) Detto termine è riconosciuto dalla giurisprudenza come perentorio, salvo il caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità – Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2010, n. 8739; sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 2304.

(2) La giurisprudenza ampiamente consolidata ha chiarito che l'art. 48 si riferisce esclusivamente ai requisiti di partecipazione di ordine speciale, relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e non ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006 (T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, 27 marzo 2009, n. 3218; T.A.R. Veneto, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326).

alla realtà<sup>(3)</sup>. Ciò comporta, secondo il Consiglio di Stato, che *“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 a norma dell’art. 48, all’esclusione ivi disposta”*.

In altra recente pronuncia lo stesso giudice di appello ha avuto l’opportunità di precisare che l’art. 46 e l’art. 48 del decreto legislativo n. 163/2006 rispondono a presupposti e finalità differenti: il primo (l’art. 46) tende a circoscrivere le ipotesi di esclusione delle imprese dalle procedure di gara, sia attraverso la possibilità di completare o fornire chiarimenti su certificati, documenti e dichiarazioni (comma 1), sia mediante il divieto, a pena di nullità, di disposizioni di bando contenenti cause di esclusione diverse da quelle previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge (comma 1-bis). Il secondo (l’art. 48), al fine di tutelare la correttezza e speditezza della procedura, tende invece a preservare la gara dalla partecipazione di imprese non adeguate, per mancanza dei requisiti richiesti, e sanziona il comportamento dell’impresa che non fornisca, o fornisca in modo insufficiente, le prove necessarie a confermare il possesso dei requisiti, sicché tale evenienza può riferirsi *“tanto a requisiti la cui mancanza è già prevista a pena di esclusione, tanto ad altri requisiti per i quali tale previsione non sussiste”*<sup>(4)</sup>.

A tale riguardo appare opportuno osservare che la stessa giurisprudenza ha ritenuto (con riferimento alla normativa vigente antecedentemente all’art. 48 del Codice dei contratti) che la circostanza che le sanzioni vengano irrogate anche nell’ipotesi in cui l’effettivo possesso dei requisiti venga dimostrato, ancorché tardivamente, e quindi per una inosservanza meramente formale, *“non costituisce un limite alle prestazioni di servizi protette dal diritto comunitario né al diritto di iniziativa economica sancito dall’art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all’organizzazione di impresa, di cui ciascuno è chiamato a tenere conto nella preparazione della propria attività”*<sup>(5)</sup>.

**2.** La pronuncia annotata si occupa quindi della natura giuridica - e della conseguente impugnabilità - della determinazione con la quale

.....

(3) È stato in particolare chiarito che l’esclusione dalla gara interviene in ipotesi: *a)* di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; *b)* di mancata produzione di prove entro il termine previsto; *c)* 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 - Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810.

(4) Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810.

(5) Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704.

la stazione appaltante, riscontrata la sussistenza della fattispecie prevista dall'art. 48 e disposta l'esclusione dell'impresa dalla gara, segnala la circostanza all'Autorità per la vigilanza su contratti pubblici per l'adozione dei conseguenti provvedimenti sanzionatori <sup>(6)</sup> e le opportune iscrizioni nel casellario informatico.

Correttamente il Consiglio di Stato osserva che la segnalazione all'Autorità, costituendo *"l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio"*, non produce direttamente un effetto lesivo nei confronti dell'impresa e quindi, non avendo carattere provvedimentale, la relativa impugnazione deve necessariamente essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse.

A tale conclusione in ordine alla qualificazione della segnalazione all'Autorità come comunicazione di avvio del procedimento, anziché come un vero e proprio provvedimento amministrativo, la sentenza giunge rifacendosi a due determinazioni della stessa Autorità.

Con determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008, riferita ai casi di esclusione dalla gara per motivi diversi dal fatto di aver reso dichiarazioni false, è stato in particolare chiarito che la stessa segnalazione all'Autorità costituisce comunicazione di avvio del procedimento, che consente all'impresa di presentare proprie deduzioni, ad esempio in ordine all'impugnazione del provvedimento di esclusione <sup>(7)</sup>.

Con successiva determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, relativa ai casi di esclusione per dichiarazioni false, è stato invece precisato che è la stessa Autorità a comunicare all'impresa l'avvio del procedimento ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico e dell'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria <sup>(8)</sup>.

In altra recente pronuncia <sup>(9)</sup> il Consiglio di Stato ha ugualmente ritenuto incensurabile avanti al giudice amministrativo la determinazione dell'amministrazione di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità garante, sulla scorta di argomentazioni tutta-

.....

(6) La norma prevede l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 6, comma 11, ovvero *"fino ad euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti"* e *"fino ad euro 51.545 se forniscono informazioni o documenti non veritieri"*, oltre alla *"sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento"*.

(7) In particolare l'Autorità ha affermato che *"al fine di consentire la completa tutela degli interessi dell'operatore economico, la stazione appaltante deve notificare a quest'ultimo, ai sensi dell'art.79 del Codice, il provvedimento di esclusione dello stesso dalla gara, precisando che detto provvedimento è congiuntamente comunicato all'Autorità per l'inserimento del dato nel casellario informatico, il che potrà consentire all'operatore economico di fornire all'Autorità un'utile informazione relativamente ad iniziative giurisdizionali intraprese"*.

(8) L'Autorità ha ritenuto che *"l'iscrizione nel casellario informatico dell'annotazione nei confronti dell'operatore economico escluso per aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara ai sensi della lettera h) dell'articolo 38, è effettuata dall'Autorità previo contraddittorio con le parti interessate"*.

(9) La già citata sentenza della sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810.

via sostanzialmente diverse, ovvero mettendo in evidenza che le stesse costituiscono “*conseguenze del tutto automatiche del provvedimento di esclusione, come tali non suscettibili di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione con riguardo ai singoli casi concreti e/o alle ragioni poste a giustificazione dell'esclusione medesima*”.

In tale ottica, ciò che è possibile censurare innanzi al giudice amministrativo è la legittimità dell'esclusione e non – una volta che questa sia intervenuta e sia ritenuta legittima – l'adozione dei conseguenti atti di incameramento della cauzione e di segnalazione, essendo queste conseguenze automatiche in quanto previste *ex lege* <sup>(10)</sup>.

Ciò implica altresì che, una volta consolidata l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi all'impresa ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni di incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa per l'appunto la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto al provvedimento di esclusione, divenuto ormai definitivo <sup>(11)</sup>.

Appare infine solo il caso di accennare che anche le determinazioni conclusive demandate all'Autorità di vigilanza ben potranno essere contestate in sede giurisdizionale, in considerazione della loro valenza costitutiva così come riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa <sup>(12)</sup>.

.....

(10) In tal senso si veda anche Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7263.

(11) Così Cons. Stato, sez. V, n. 945/2005; per l'autonoma sindacabilità dei provvedimenti di escussione della cauzione e di segnalazione all'Autorità: Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704.

(12) Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6911.