

# *Autorità per la vigilanza*

## *sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 29**

**del 26.2.2009**

**PREC 361/08/L**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Istituto Trentino per l'Edilizia abitativa S.p.A. (ITEA S.p.A.) – Lavori per il recupero dell'area "Ex Bimac" per la realizzazione di n. 30 alloggi, centro sanitario e autorimessa pubblica interrata in C.C. Rovereto (TN), cant. 485.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 18 settembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa S.p.A., di seguito ITEA S.p.A., ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità o meno dell'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, ovvero l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità, nel caso di false dichiarazioni rilasciate dal concorrente in relazione ai requisiti di carattere generale.

In particolare, l'ITEA S.p.A. ha rappresentato che, nel corso della procedura di gara in oggetto, è emerso che il Consorzio Costruttori di Altogarda di Arco ha prodotto false dichiarazioni relative ai requisiti generali di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, concernenti, in particolare, l'insussistenza di sentenze passate in giudicato, decreti penali di condanna divenuti irrevocabili o sentenze ex articolo 444 c.p. nei confronti del soggetto cessato dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Allo stesso Consorzio, peraltro, proprio per aver prodotto dichiarazioni false era già stata comminata la sanzione dell'esclusione da una precedente procedura di gara indetta dalla stessa ITEA S.p.A. e la conseguente interdizione dalle successive gare bandite dalla medesima stazione appaltante (ai sensi degli articoli 34, comma 3 e 41, comma 2, della legge provinciale n. 26/1993).

Atteso quanto sopra, la Società ITEA S.p.A. ha rappresentato il proprio orientamento ad escutere la cauzione provvisoria e a procedere a segnalare il fatto all'Autorità, ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006.

In sede di contraddittorio documentale, il Consorzio ha contestato la posizione assunta dalla ITEA S.p.A., sostenendo che, poiché la disposizione di cui all'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006 collega gli effetti dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità, come sanzioni ulteriori rispetto all'esclusione dalla gara, alla sola ipotesi di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, al caso di specie, trattandosi di false dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale, di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, non possano applicarsi sanzioni ulteriori rispetto all'esclusione dalla gara.

#### *Ritenuto in diritto*

L'articolo 38 del Codice disciplina le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture, individuando i c.d. requisiti di ordine generale che i concorrenti devono possedere anche ai fini della stipula dei relativi contratti con la pubblica amministrazione.

Quanto alla verifica dei requisiti generali, l'Autorità, nella determinazione n. 1 del 2 marzo 2005, ha avuto modo di precisare che il loro carattere dinamico e la necessità che essi permangano fino alla stipula del contratto impongono modalità di accertamento che non possono esaurirsi al momento statico della domanda di partecipazione alla gara. Tuttavia, tale esigenza va bilanciata con l'intento semplificatorio che permea la disciplina concernente la documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. n. 445/2000, con la conseguenza che tali requisiti possono essere meramente dichiarati dai concorrenti ed è obbligo delle stazioni appaltanti effettuare idonei controlli ai fini della loro verifica.

L'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, invece, in relazione ai requisiti di carattere speciale, prevede che la stazione appaltante richieda ai concorrenti la comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara e che, quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, la stazione appaltante proceda all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità ai fini dell'irrogazione delle sanzioni ex articolo 6, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

La citata disposizione mira, da un lato, ad incentivare la speditezza del procedimento consentendo alle stazioni appaltanti l'immediata esclusione dalle gare d'appalto dei partecipanti che non siano in

possesso dei requisiti di ordine speciale, dall'altro, tende ad evitare che offerte inappropriate possano influenzare la successiva determinazione della soglia di anomalia. Per questo le stazioni appaltanti sono tenute ad attivare il procedimento di verifica e a comunicare l'eventuale esito negativo all'Autorità. La precipua finalità della previsione normativa in esame giustifica, peraltro, anche la pluralità di sanzioni, sopra richiamate, che sono state previste in caso di mancata comprova dei requisiti di ordine speciale.

Considerata la natura sanzionatoria della norma contenuta nell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, in ossequio al principio di legalità e al divieto di estensione analogica delle disposizioni di tale tipologia, la stessa deve ritenersi norma di stretta interpretazione e, pertanto, non può essere estesa ad altre ipotesi.

Ne consegue che, in caso di false dichiarazioni concernenti i requisiti di ordine generale, trattandosi di requisiti di natura diversa da quelli di carattere speciale, non sono applicabili le specifiche sanzioni di cui all'articolo 48, bensì si applica la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara, espressamente prevista dall'articolo 38 che li disciplina.

Sussiste, tuttavia, l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità le false dichiarazioni prodotte in sede di gara in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale in forza di un'altra norma del Codice dei contratti pubblici, l'art. 6, comma 11, secondo periodo.

Tale disposizione infatti, come, peraltro, precisato dall'Autorità nella determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008, nel prevedere che l'Autorità possa comminare misure sanzionatorie *“agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione”*, introduce indirettamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità il verificarsi di dette circostanze, affinché le stesse possano essere rese pubbliche, attraverso il Casellario Informatico, consentendo in tal modo a tutte le stazioni appaltanti di avere conoscenza degli elementi necessari per la corretta gestione delle procedure di affidamento.

Nel caso di specie, pertanto, la Società ITEA S.p.A., a fronte dell'accertamento della avvenuta produzione di false dichiarazioni da parte del Consorzio Costruttori Altogarda in merito ai requisiti di ordine generale, ha correttamente provveduto ad escludere il concorrente dalle successive fasi di gara, ai sensi dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, e dovrà altresì provvedere alla segnalazione della mancata comprova del possesso di detti requisiti all'Autorità, ai sensi dell'articolo 6, comma 11.

Tuttavia, la stessa ITEA S.p.A. non può procedere ad applicare le ulteriori sanzioni previste dall'articolo 48, tra cui l'escussione della cauzione provvisoria, trattandosi di sanzioni specificamente riferite ai requisiti di ordine speciale e, pertanto, non estensibili alle fattispecie concernenti i requisiti di ordine generale.

In base a quanto sopra considerato

**Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Società ITEA S.p.A., a fronte delle false dichiarazioni prodotte dal Consorzio Costruttori Altogarda, relative ai requisiti di ordine generale, non possa applicare le sanzioni previste dall'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006 per la mancata comprova dei requisiti di carattere speciale e debba, invece, procedere all'esclusione del concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, e alla segnalazione della mancata comprova del possesso dei requisiti di partecipazione all'Autorità, ai sensi dell'articolo 6, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5.3.2009