**Il sub-procedimento di verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali ai sensi dell’art. 48 del D.Lgs. 163/2006.**

**a cura dell’ Avv. Francesco Mascia\***

SOMMARIO: I. L’ISTITUTO - II. LA GIURISPRUDENZA: 1. L’oggetto della verifica **–** 2**.** La natura del termine di dieci giorni – 3. La verifica nei confronti delle micro, piccole e medie imprese - III. LE QUESTIONI APERTE: 1. L’acquisizione d’ufficio della documentazione a comprova dei requisiti – 2. L’applicazione degli artt. 40 e 43 D.P.R. 445/2000 (come novellati dall’art. 15 Legge 183/2011) alle procedure di gara indette prima della loro entrata in vigore – IV. SOLUZIONI E PROSPETTIVE

1. **L’ISTITUTO**

L’articolo 48, comma 1 del D.Lgs. 163/2006 prevede che la stazione appaltante, prima di procedere all’apertura delle buste delle offerte presentate, richieda ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

In caso di ritardata od omessa comprova, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla gara e procede, altresì, all’escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell’irrogazione delle sanzioni di cui all’articolo 6, comma 11, del Codice e della sospensione dalla partecipazione alle gare.

La medesima verifica, prosegue il comma 2 dell’art. 48, viene svolta, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, la stazione appaltante applica le sanzioni indicate al comma 1, procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Unica eccezione a tale procedura è prevista qualora l’Ente aggiudicatore si avvalga della facoltà di applicare l’istituto della cd. “forcella” (ex art. 62 D.Lgs. 163/2006). In questo caso non verrà svolta la verifica a campione di cui al comma 1 dell’art. 48, ed i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, saranno comprovati mediante presentazione della documentazione in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

La ratio della norma è quella di appurare, già durante lo svolgimento della gara, l’effettivo possesso dei requisiti minimi in capo ai concorrenti ed evitare che, l’esito della gara, venga alterato dalla partecipazione di soggetti che non siano in possesso delle prescrizioni stabilite dalla lex specialis. In sostanza, la disposizione assolve la funzione di garantire sia l’affidabilità dell’offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente in ordine agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, sia la speditezza del procedimento, consentendo alle stazioni appaltanti l’immediata esclusione dalle gare di quei partecipanti privi dei requisiti di ordine speciale che, con offerte inappropriate, influenzerebbero la determinazione della soglia di anomalia[[1]](#footnote-1).

La procedura prevista dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 riguarda i contratti aventi ad oggetto lavori (di importo inferiore ad euro 150.000,00 ovvero di importo superiore a euro 20.658.276,00), servizi e forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria, che si svolgono con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara, o con dialogo competitivo. In base all'articolo 142 comma 3 del Codice, la verifica dei requisiti deve essere adottata anche nelle concessioni di lavori pubblici affidati da amministrazioni aggiudicatrici[[2]](#footnote-2).

La disposizione citata, invece, non opera riguardo alle concessioni di servizi ex art. 30 del Codice, ovvero ai servizi di cui all’allegato IIB, se non espressamente richiamato nella lex specialis di gara[[3]](#footnote-3).

In relazione al numero dei concorrenti da sottoporre a verifica, il comma 1 dell’art. 48 precisa che esso non debba essere inferiore al 10% delle offerte. Ne consegue che i soggetti “controllati” possano essere potenzialmente tutti coloro che abbiano presentato un’offerta ammessa in gara. Inoltre, ad un’attenta lettura della norma, si evince che il controllo a campione possa essere rivolta a numerosi operatori economici posto che, l’amministrazione, nell’ambito della sua discrezionalità, avrebbe la possibilità di chiedere la comprova dei requisiti anche ad un numero di soggetti superiore al 10% (“… richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore”). Tale selezione deve avvenire con sorteggio pubblico, ciò al fine di garantire la massima trasparenza e pubblicità delle operazioni.

Quanto al momento in cui debba avvenire il controllo a campione, si ritiene che esso debba essere individuato dopo l’apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, una volta completate le verifiche formali. E’ stato rilevato, in proposito, che il controllo preventivo consista in un sub-procedimento da collocarsi subito dopo il vaglio di ammissibilità formale dell’offerta. Secondo l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, infatti “se è vero che la norma fa riferimento alle offerte "presentate" e non a quelle "ammesse", la stessa deve essere interpretata nel senso di sottoporre a verifica a campione le sole offerte ammesse a concorrere. Ciò in quanto la stessa norma impone che il controllo avvenga prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate, e quindi la collocazione a ridosso della apertura delle offerte sembra presupporre esaurita la fase dei riscontri formali, dall'altro lato l'effettività stessa della verifica a campione sarebbe seriamente attenuata qualora si sottoponessero a verifica anche offerte destinate ad essere escluse comunque, ed inoltre con evidente spreco di attività amministrativa”*[[4]](#footnote-4)*.

Riguardo, invece, all’ambito temporale in cui debba essere condotta la verifica sui requisiti dichiarati dall’aggiudicatario e dal secondo in graduatoria, la norma rinvia “all'esito delle operazioni di gara”. Da qui il dubbio se il controllo vada effettuato dopo l'aggiudicazione provvisoria o dopo quella definitiva.

Anche in questo caso l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici è intervenuta in aiuto all’interprete, affermando che il controllo debba essere effettuato dopo l'aggiudicazione definitiva[[5]](#footnote-5).

1. **LA GIURISPRUDENZA**
2. **L’oggetto della verifica**.

L’art. 48 del Codice stabilisce che l’amministrazione, durante la verifica a campione e nei confronti del primo e del secondo, chieda la comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (eventualmente richiesti dal bando) e, in caso della loro mancata dimostrazione, proceda all’esclusione del concorrente, all’escussione della cauzione provvisoria ed alla comunicazione all’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ad un’interpretazione letterale della norma si desume, quindi, che la triplice sanzione possa essere adottata esclusivamente in caso di omessa comprova dei requisiti speciali e non per eventuali ulteriori inosservanze da parte dei concorrenti, quali ad esempio, la carenza dei requisiti di ordine generale o il rispetto di altre condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara.

Quanto sopra è confortato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale che attribuisce, all’art. 48 del Codice, la natura di norma sanzionatoria, a cui deve darsi, quindi, stretta interpretazione. Per conseguenza, l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi porterebbe ad escludere una sua estensione in via analogica ad ipotesi diverse da quelle ivi previste. In particolare, secondo il predetto orientamento, la norma non si potrebbe applicare alle fattispecie di esclusione previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in quanto, la carenza dei requisiti di carattere generale, riguardanti cioè la moralità professionale, lato sensu intesa, di ciascun concorrente, richiesta per la partecipazione a tutte le gare pubbliche "è compiutamente regolata dall'articolo 38 del codice dei contratti che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'articolo 48 del medesimo codice" [[6]](#footnote-6).

L’amministrazione, quindi, dovrà pur sempre appurare la veridicità delle dichiarazioni relative ai requisiti di carattere generale, ma la loro eventuale falsità non verrà sanzionata in virtù dell' art. 48 del Codice, bensì secondo le regole generali in materia di autocertificazione ex D.P.R. n. 445/2000, secondo le quali la stazione appaltante sarà tenuta ad escludere dalla gara l'operatore inadempiente (oltre a denunciare i fatti alla Procura della Repubblica e all’Autorità di Vigilanza).

Vi è da dire, per completezza, che in caso di carenza dei requisiti generali in capo all' aggiudicatario provvisorio, la stazione appaltante, oltre alla revoca dell' aggiudicazione, procederà comunque a incamerare la cauzione, ma ciò non quale conseguenza dell'art. 48 del Codice, ma dell'art. 75, comma 6 di quest’ultimo, che prevede tale sanzione in tutte le ipotesi di mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario. Sul punto, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha recentemente stabilito che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria riguardi tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, 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 di requisiti generali di cui all'art. 38 del D.L.gs. 163/2006[[7]](#footnote-7).

In conclusione, dal combinato disposto degli artt. 48 e 75 del D.Lgs. 163/2006, l’amministrazione dovrà: a) in caso di mancata comprova dei requisiti speciali applicare la triplice sanzione, consistente nell’esclusione del concorrente, nell’escussione della cauzione provvisoria e nella comunicazione della circostanza all’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che adotterà i provvedimenti di cui all'[articolo 6 comma 11](http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2006_0163.htm#006) del Codice[[8]](#footnote-8) e procederà alla sospensione del concorrente dalla partecipazione alle procedure di affidamento da uno a dodici mesi; b) in caso di false dichiarazioni, procedere all’esclusione del partecipante ai sensi del D.P.R. 445/2000, escutere la cauzione provvisoria ex art. 75 D.Lgs. 163/2006, denunciare i fatti costituenti reato alla Procura della Repubblica nonché segnalarli all’Autorità di Vigilanza ex art. 38 comma 1-ter D.lgs. 163/2006[[9]](#footnote-9).

1. **La natura del termine di dieci giorni**

In merito alla natura del termine di dieci giorni, entro cui i concorrenti devono documentare i requisiti speciali richiesti nel bando ed oggetto di autodichiarazione, la giurisprudenza maggioritaria afferma la sua perentorietà ed improrogabilità. Tale termine, infatti, assolverebbe a finalità di celerità e certezza che caratterizzano le procedure di aggiudicazione, nonché alla necessità di chiusura del procedimento nel più breve tempo possibile[[10]](#footnote-10).

Detta conclusione è stata recentemente avvalorata anche da un arresto della Corte Costituzionale la quale, nel pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale dell’art. 48 del Codice, ha ribadito che la sua funzione, considerato anche il termine di dieci giorni ivi previsto, è quella di assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza di requisiti da parte di uno dei concorrenti[[11]](#footnote-11).

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 ma, ad esempio, imputabile alla stazione appaltante o causato da forza maggiore[[12]](#footnote-12).

In tal caso sarà onere del concorrente presentare all’amministrazione, entro dieci giorni dalla richiesta di verifica delle dichiarazioni, una richiesta di proroga comprovate l’impedimento a rispettare il termine predetto[[13]](#footnote-13).

1. **La verifica nei confronti delle micro, piccole e medie imprese**

L’art. 13 comma 4 della L. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese), stabilisce che “La pubblica amministrazione e le autorita' competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneita' previsti dal codice di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](http://www.iusexplorer.it/fontinormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948605&IdUnitaDoc=20131856&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0&NavId=1201132722)”.

La norma sancisce, senza dubbio, il divieto per la stazione appaltante di applicare l’art. 48 comma 2 del Codice nei confronti del secondo in graduatoria, qualora questi sia una micro, piccola o media impresa. In tal caso la verifica dei requisiti dovrà riguardare esclusivamente l’impresa aggiudicataria (a prescindere dal fatto che si tratti di una MPMI).

La ratio è chiara. Con questa disposizione (ma anche con le altre contenute nello Statuto delle imprese), il legislatore ha voluto liberare le micro, piccole e medie imprese da una serie di limiti e di gravosi adempimenti previsti dalla normativa di settore, al fine di consentire il loro sviluppo ed una maggiore competititvità.

Il dubbio, tuttavia, riguarda l’applicazione alle micro, piccole e medie imprese dell’art. 48 comma 1 del Codice, ovvero la possibilità di richiedere loro, nella fase precedente l’aggiudicazione, i documenti comprovanti i requisiti di ordine economico-finanziario e tecnico-professionale.

Secondo l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici l’art. 48, comma 1, esplicherebbe i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese. L’organo di Vigilanza ritiene che il comma 4 dell’art. 13, della Legge 11 novembre 2011, n. 180, non avrebbe inteso modificare l’ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI atteso che, nel fare riferimento alla “impresa aggiudicataria”, la norma avrebbe indubbiamente fatto riferimento ai soli controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell’art. 48 del Codice e non, invece, alle verifiche a campione svolte ai sensi del precedente comma 1[[14]](#footnote-14).

Il sopra menzionato indirizzo è stato, tuttavia, sconfessato da una recente pronuncia del Tribunale amministrativo Regionale del Lazio, secondo cui la decisione della stazione appaltante di richiedere alle ricorrenti di comprovare i requisiti dichiarati ai fini della partecipazione, contrasterebbe con il disposto dell'art. 13, 4° comma, della Legge 11 novembre 2011, n. 180.

Secondo il Giudice di primo grado, la previsione stabilirebbe come regola generale il divieto per le stazioni appaltanti di controllare se un’impresa di piccole dimensioni (avente natura di micro, piccola e media impresa) possegga o meno i requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione, salvo il caso in cui la medesima risultasse aggiudicataria. Pertanto, essendo evidente la finalità di esonerare le imprese minori dall’onere economico che la dimostrazione dei requisiti comporterebbe, nessuna verifica dovrebbe effettuarsi nei loro confronti, compresa quella prevista dall’art. 48 comma 1 del Codice[[15]](#footnote-15).

A parere di chi scrive quest’ultimo orientamento sembra aver colto nel segno.

In primo luogo perché ciò si desume direttamente dal citato art. 13 comma 4 della Legge 180/2011, il quale stabilisce espressamente che “La pubblica amministrazione e le autorita' competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneita' previsti dal codice di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](http://www.iusexplorer.it/giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948605&IdUnitaDoc=20131856&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0&NavId=1047753041)”.

Da un’interpretazione letterale della disposizione, quindi, si evince che il legislatore abbia autorizzato l’amministrazione ad effettuare le verifiche dei requisiti nei confronti delle micro, piccole e medie imprese, solo ed esclusivamente qualora le stesse risultino affidatarie dell’appalto, escludendo, invece, qualsiasi controllo riguardo alle mere partecipanti alla gara.

Di conseguenza, l’impresa sorteggiata ex art. 48 comma 1 del Codice, non risultando sicuramente l’aggiudicataria della gara, non potrebbe essere destinataria di una richiesta di comprova dei requisiti dichiarati.

A confortare questa tesi vi è pure la volontà del legislatore di semplificare e ridurre il più possibile gli oneri burocratici in capo alle imprese, al fine di valorizzare il loro potenziale di crescita, di produttività e di innovazione, nonchè favorire la loro competitività nel contesto nazionale. E’ questo che si ricava, d’altronde, dalla lettura delle altre disposizioni della Legge 180/2011, ossia dall’art. 2 comma 1 lett. d) secondo cui costituisce un principio generale “la progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare delle micro, piccole e medie imprese, in conformità a quanto previsto dalla normativa europea”; ma anche dall’art. 9, a mente del quale “Le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, informano i rapporti con le imprese ai princìpi di trasparenza, di buona fede e di effettività dell’accesso ai documenti amministrativi… riducendo o eliminando, ove possibile, gli oneri meramente formali e burocratici relativi all’avvio dell’attività imprenditoriale e all’instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, nonché gli obblighi e gli adempimenti non sostanziali a carico dei lavoratori e delle imprese”; o ancora dall’art. 13 comma 3 secondo il quale “Le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture 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 di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

In virtù di quanto sopra si ritiene corretta l’interpretazione data dal Tar capitolino in quanto, sia dall’interpretazione letterale della norma, sia dallo spirito della Legge 180/2011, discende l’inapplicabilità del comma 1 dell’art. 48 comma del Codice alle micro, piccole e medie imprese.

1. **LE QUESTIONI APERTE**
2. **L’acquisizione d’ufficio della documentazione a comprova dei requisiti.**

L’art. 48 del Codice prevede che l’amministrazione richieda direttamente all’interessato, anziché acquisirla d’ufficio dalle altre amministrazioni, la documentazione probatoria del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. Ciò a differenza della disciplina generale in materia di autocertificazione (art. 71 del D.P.R. 445/2000), la quale statuisce che i controlli riguardanti le dichiarazioni sostitutive di certificazione vengano effettuati dall'Ente preposto, consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi.

La diversa modalità di azione prevista dall’art. 48 del D.Lgs. 163/2006, è sempre stata ritenuta legittima in ragione della sua natura di norma “speciale” rispetto alla disciplina “generale” di cui al D.P.R. 445/2000. E proprio in considerazione di tale specialità venivano giustificati i maggiori oneri posti a carico delle parti della procedura ad evidenza pubblica.

Il predetto principio è stato, però, messo in discussione a seguito della modifica degli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, ad opera dell’art. 15 della Legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012).

Il novellato art. 40 prevede ora, ai commi 1 e 2, che “Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualita' personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorieta' sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47. Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati e' apposta, a pena di nullita', la dicitura: Il presente certificato non puo' essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi”. L’art. 43 comma 1, invece, stabilisce che “Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonche' 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”.

A seguito delle suddette modifiche ci si è chiesti, quindi, se gli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, nella loro attuale veste, fossero applicabili anche nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica.

Secondo un orientamento giurisprudenziale la suddetta disciplina non troverebbe seguito nella materia degli appalti pubblici.

Il Consiglio di Stato, a tal proposito, ha ritenuto che l’articolo 48 del Codice debba trovare completa applicazione, posto che, il vigente art. 43 del D.P.R. 445/2000 (recante l’acquisizione d’ufficio presso altre amministrazioni), potrebbe produrre i suoi effetti soltanto al momento dell’entrata in vigore della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all’art. 6-bis del Dlg 163/2006, dovendosi, prima di allora, continuare ad adottarsi, in via provvisoria, le regole previgenti.

L’impresa sorteggiata, quindi, dovrebbe dare sufficiente e tempestiva contezza dell’effettivo possesso dei requisiti dichiarati, senza che l’Ente aggiudicatore sia costretto a prodigarsi a fare ulteriori ricerche ed acquisizioni d’ufficio dei documenti. Tale comportamento, invero, sarebbe collegato alla funzione dell’art. 48 del Codice, inteso a sveltire e fluidificare la procedura di gara nel rispetto del termine decadenziale di 10 giorni[[16]](#footnote-16).

Sulla stessa linea si è espressa anche l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici la quale, oltre a ribadire che per dare esecuzione alle modalità di verifica dei requisiti ex art. 43 D.P.R. 445/2000 si sarebbe dovuto attendere l’entrata in vigore della Banca dati dei contratti pubblici di cui all’art. 6-bis comma 1 del Codice, ha individuato un secondo motivo per cui gli artt. 40 e 43 del D.P.R. 4545/2000 dovrebbero recedere rispetto all’art. 48 del Codice.

In particolare, con la Determinazione n. 4 del 10.10.2012 (cd. Bando-tipo), facendo seguito a quanto già detto in precedenza[[17]](#footnote-17), l’Autorità ha sostenuto che l’art. 48 del Codice sia “una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall’esigenza di assicurare la serietà dell’offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica”.

A parere di quest’ultima, pertanto, le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall’art. 48 del Codice dovrebbero rimanere valide ed efficaci anche a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 15 della Legge n.183/2011.

Di recente vi è stata, tuttavia, una netta inversione di tendenza da parte dello stesso Consiglio di Stato (ma anche della giurisprudenza di primo grado), rispetto a quanto inizialmente da lui sostenuto e corroborato dall’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Secondo un recente indirizzo, infatti, gli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, troverebbero attuazione anche nelle procedure di evidenza pubblica.

Diversi sarebbero gli elementi che farebbero propendere per un’applicazione estensiva delle norme sopra citate: innanzitutto l’art. 15 della Legge 183/2011 non conterrebbe prescrizioni limitative, motivo per cui non si comprenderebbe la loro sottrazione a determinate materie; in secondo luogo la mancata applicazione ai contratti pubblici delle norme di semplificazione della Legge 183/2011, sminuirebbe la portata innovativa di quest’ultima, con il rischio di neutralizzare il raggiungimento delle finalità di contenimento della spesa pubblica e di impulso all’economia nazionale; infine, sarebbe lo stesso Codice dei contratti pubblici a legittimare l’uso di tali disposizioni in materia di affidamenti pubblici.

Nessuna preclusione perverrebbe, inoltre, dall’art. 6 bis, comma 1 del D.Lgs 163/2006, in quanto tale disposizione si limiterebbe semplicemente ad indicare la sede presso cui richiedere la documentazione a comprova delle dichiarazioni rese. Per di più sarebbe lo stesso comma 5 dell’art. 6 bis del Codice a prevedere che, fino alla data di avvio della Banca dati dei contratti pubblici, si sarebbe applicata la normativa vigente[[18]](#footnote-18), intendendosi per “normativa vigente”, anche la novellata disciplina degli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, in vigore dal 1° gennaio 2012.

Di conseguenza, secondo il Consiglio di Stato, dal coordinamento dell’art. 6 bis del Codice, con gli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, si arriverebbe alla conclusione per cui: “fino all’attivazione della Banca Dati, le stazioni appaltanti dovranno procedere d’ufficio tramite contatti con le amministrazioni interessate alla verifica dei requisiti auto dichiarati dai concorrenti, secondo quanto dispongono gli artt. 43 e 47 DPR 445/2000; dopo l’attivazione della Banca Dati, i controlli d’ufficio diventano centralizzati attraverso il riferimento diretto a tale strumento pubblicistico di coordinamento e raccolta dati”[[19]](#footnote-19).

In sintesi, secondo il Supremo consesso amministrativo, nelle more dell’entrata in vigore della Banca dati dei contratti pubblici, troverebbe piena applicazione la disciplina generale recata dal D.P.R. n. 445/2000 , con conseguente necessità per le stazioni appaltanti di procurarsi d’ufficio, presso le amministrazioni indicate dai concorrenti, gli elementi a comprova delle dichiarazioni rese in sede di gara.

Nessun ostacolo, inoltre, potrebbe rinvenirsi nell’art. 42, comma primo, lett. a) del Codice, il quale stabilisce che la prova, da parte dei concorrenti, dello svolgimento di prestazioni da loro in precedenza rese sarebbe data attraverso la produzione di certificati rilasciati dalle amministrazioni che hanno ricevuto tali prestazioni.

In merito la giurisprudenza di prime cure ha da subito rilevato che la disposizione dovrebbe intendersi superata dalla normativa sopravvenuta recata dalla legge n. 183/2011, a prescindere dal fatto che vi sia stata un’espressa modifica del Codice dei contratti pubblici[[20]](#footnote-20). Tale assunto ha poi trovato conferma in una successiva pronuncia del Consiglio di Stato, il quale ritiene evidente “che gli accertamenti d’ufficio disciplinati dall’art. 43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dal citato art. 15 della l. 183/2011, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R., dichiarazioni sostitutive che gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di utilizzare per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-professionale, salvo verifica successiva da parte della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 48 commi 1 e 3, senza che possa in alcun modo rilevare la “specialità” della disciplina dei contratti pubblici”[[21]](#footnote-21).

 In conclusione, secondo questo indirizzo, anche in materia di contratti pubblici, dovrebbero applicarsi le disposizioni recate dagli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000, motivo per cui la stazione appaltante sarà tenuta a procurarsi d’ufficio tutte le informazioni necessarie per comprovare quanto dichiarato dai concorrenti in punto di requisiti di qualificazione.

1. **L’applicazione degli artt. 40 e 43 D.P.R. 445/2000 (come novellati dall’art. 15 Legge 183/2011) alle procedure di gara indette prima della loro entrata in vigore**.

Un altro aspetto su cui tutt’ora non vi è uniformità di vedute, è il regime temporale dell’art. 40 e 43 D.P.R. 445/2000, a seguito delle modifiche apportate dall’art. 15 della Legge 183/2011. In altre parole ci si chiede se tali norme trovino applicazione solo per le procedure già indette al momento della loro entrata in vigore, ovvero anche per quelle pubblicate precedentemente.

In proposito si scontrano due diverse impostazioni.

La prima nega che le modifiche introdotte con l’art. 15 della Legge 183/2011, possano adottarsi alle gare indette in epoca precedente alla sua entrata in vigore, in ottemperanza al principio generale dello ius superveniens. Quest’ultimo, infatti, non potrebbe incidere sulle disposizioni contenute negli atti di disciplina della gara già pubblicati, posto che essi ne costituiscono la lex specialis e, in quanto tali, contengono le regole specifiche che l’amministrazione si impegna ad osservare nella conduzione della procedura. Ragionando diversamente, prosegue detto indirizzo, si potrebbero arrecare lesioni ai principi di affidamento e di par condicio dei concorrenti, i quali dovrebbero poter confidare nella scrupolosa osservanza da parte della stazione appaltante delle prescrizioni contenute nella lex specialis[[22]](#footnote-22).

Questa lettura si pone sul solco di una consolidata giurisprudenza che ha sempre considerato la lex specialis immodificabile dallo ius superveniens, fatta salva la possibilità di agire in autotutela. Al riguardo, infatti, si è sempre sostenuto che “In sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la p.a. è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la "lex specialis" della gara, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non conformi allo "ius superveniens", salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela; tale soluzione è giustificata dal rilievo che il bando è atto amministrativo a carattere normativo e "lex specialis" della procedura, rispetto al quale l'eventuale "ius superveniens" di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori”[[23]](#footnote-23).

Il secondo orientamento, di contro, attenua questo principio, stabilendo che la norma sopravvenuta possa trovare applicazione anche nei confronti delle procedure di gara indette in un periodo precedente, qualora la verifica dei requisiti ex art. 48 del Codice non abbia avuto ancora inizio prima dell’entrata in vigore dell’art. 15 della Legge 183/2011 (ovvero 1 gennaio 2012).

Secondo una recente pronuncia del Supremo consesso amministrativo, quest’ultima norma avrebbe introdotto nell’ordinamento una disposizione regolatrice dell’azione amministrativa che, per la sua natura, troverebbe legittimo ingresso nei procedimenti amministrativi in itinere. Infatti, afferma il Consiglio di Stato, “Sebbene il bando sia stato pubblicato anteriormente, il sub-procedimento di verifica dei requisiti si è svolto successivamente alla entrata in vigore della nuova normativa e, per il principio tempus regit actus, trattandosi di norme d’azione, rivolte a regolare l’attività della pubblica amministrazione, trova immediata applicazione nei confronti dei procedimenti in corso non ancora conclusi”*[[24]](#footnote-24)*.

1. **SOLUZIONI E PROSPETTIVE**

L’orientamento giurisprudenziale che ammette l’applicabilità degli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000 (come modificati dalla Legge 183/2011) alle procedure di affidamento degli appalti pubblici è, a parere di chi scrive, condivisibile.

Il D.P.R. 445/2000 , è sempre stato applicato a tutti i procedimenti amministrativi senza alcuna preclusione o limitazione, ivi compresi quelli riguardanti gli affidamenti degli appalti pubblici.

E’ pacifico, infatti, che i concorrenti, al momento della presentazione dell’offerta, dimostrino il possesso dei requisiti di ordine generale, quelli di ordine economico-finanziario e quelli tecnico-professionali, mediante dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. 445/2000[[25]](#footnote-25), così come è oramai incontestato che anche la certificazione di qualità ex art. 43 del Codice venga sostituita da una dichiarazione[[26]](#footnote-26), al pari dell’iscrizione in Albi o alla Camera di Commercio.

Con riferimento all’art. 43 del D.P.R. 445/2000, inoltre, si rileva che è lo stesso Codice dei contratti pubblici a richiamarlo esplicitamente in due occasioni.

Si veda, a tal proposito, l’art. 38 comma 3 che, relativamente alla verifica dei requisiti di ordine generale, stabilisce testualmente che “Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'[articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445](http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2000_0445.htm#43)”. In questo caso non vi sono dubbi, quindi, sul fatto che l’art. 43 D.P.R. 445/2000 (come innovato dall’art. 15 Legge 183/2011) rilevi nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ed obblighi l’amministrazione aggiudicatrice ad acquisire d'ufficio tutte le informazioni comprovanti i requisiti generali ex art. 38, seppure in possesso di altre pubbliche amministrazioni.

Non solo. Assai rilevante risulta essere anche la lettura dell’art. 74 commi 6 e 7, secondo cui, per la presentazione delle offerte “Le stazioni appaltanti non richiedono documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentano la presentazione di dichiarazioni sostitutive, salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità di dette dichiarazioni. Si applicano l'articolo 18, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché gli [articoli 43 e 46, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445](http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2000_0445.htm#43), e successive modificazioni e integrazioni”.

Da questa disposizione si desumono importanti elementi per dirimere la questione controversa.

Innanzitutto essa impone che le dichiarazioni sostitutive rese in sede di gara, vengano sottoposte a verifica secondo quanto previsto dall’art. 43 del D.P.R. 445/2000 e successive modificazioni ed integrazioni. Ciò significa che l’amministrazione dovrà controllare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese dai partecipanti (comprese quelle di cui agli art. 41 lett. b) e c) e art. 42) in ottemperanza alla versione vigente dell’art. 43 del D.P.R. 445/2000 e, quindi, acquisire d'ufficio le informazioni necessarie a comprovare le dichiarazioni sostitutive, anche da altre pubbliche amministrazioni.

 L’art. 74 citato, inoltre, richiama implicitamente l’art. 40 del D.P.R. 445/2000, poichè sancisce il principio secondo il quale l’amministrazione non potrebbe richiedere, ai concorrenti, documenti o certificati per i quali le norme vigenti consentano la presentazione di dichiarazioni sostitutive.

Tale regola, dunque, non stabilisce quali atti possano essere richiesti dalla stazione appaltante al posto delle dichiarazioni sostitutive, ma rinvia, per la sua attuazione, ad altre disposizioni dell’ordinamento che regolamentano il predetto aspetto.

Ma qual è la normativa che individua quali stati, qualità personali, fatti o certificati possano essere sopperiti da una dichiarazione? La risposta è ovvia: il D.P.R. 445/2000 e, nel caso specifico, gli artt. 46, 47 e, di riflesso l’art. 40 comma 1, ai sensi del quale “ Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualita' personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorieta' sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47”.

Alla luce di quanto sopra si ritiene che il D.P.R. 445/2000 trovi sicura applicazione nella materia degli appalti pubblici, essendo lo stesso Codice dei contratti pubblici a legittimarne l’uso. Ne deriva che i documenti comprovanti le dichiarazioni sostitutive rese dai partecipanti ai sensi dell’art. 38 del Codice, ovvero ai sensi degli artt. 41 e 42 del Codice, dovranno essere acquisiti d’ufficio dalle stazioni appaltanti in ottemperanza al novellato art. 43 D.P.R. 445/2000. I medesimi Enti aggiudicatori, inoltre, non potranno mai ricevere certificati provenienti da altre pubbliche amministrazioni ai sensi e per gli effetti dell’art. 40 D.P.R. 445/2000.

Queste conclusioni non possono essere di certo scalfite dalla mancata entrata in vigore della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all’art. 6-bis del D.Lgs. 163/2006.

Come rilevato correttamente dal giudice amministrativo di secondo grado, il comma 5 dell’art. 6-bis del Codice, precisa che, fino alla data prevista per l’utilizzo obbligatorio della banca dati dei contratti pubblici “le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente”.

Si ritiene, al riguardo, che la normativa vigente che regolamenta la procedura di verifica dei requisiti di ordine generale e speciale non possa essere che quella risultante dal combinato disposto dell’art. 48 del Codice e degli artt. 40 e 43 del D.P.R. 445/2000, ragion per cui fino alla data del 1 gennaio 2014 (giorno in cui è previsto l’obbligo di utilizzo della Banca dati dei contratti pubblici[[27]](#footnote-27)), le stazioni appaltanti dovranno procedere al controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive, acquisendo d’ufficio, ai sensi dell’art. 43 D.P.R. 445/2000, tutti i documenti necessari.

Quanto all’imposizione della nuova disciplina introdotta dall’art. 15 della Legge 183/2011, alle gare indette prima della loro entrata in vigore, si reputa che ciò sia possibile per due ordini di motivi.

In primo luogo poiché la citata normativa incide sulla procedura di gara esclusivamente sotto il profilo procedurale e non sostanziale

Il nuovo art. 43 del D.P.R. 445/2000, infatti, stabilisce che i documenti comprovanti le dichiarazioni sostitutive, anziché essere presentate dai concorrenti, debbano essere acquisite d’ufficio dalla stazione appaltante.

Si tratta, come è evidente, di una differente modalità di reperimento dei documenti necessari a controllare i dichiaranti, senza alcuna ricaduta di tipo sostanziale e, soprattutto, senza lesione di alcun interesse suscettibile di tutela.

La giurisprudenza e la dottrina sostengono, sul punto, che le norme sopravvenute di natura procedurale o formale, ma anche quelle sostanziali con finalità interpretative, possano trovare applicazione anche ai procedimenti pendenti, fatte salve le situazioni giuridiche già definite[[28]](#footnote-28).

La seconda ragione per cui le modifiche intervenute sugli artt. 40 e 43 D.P.R. 445/2000, si ritiene possano produrre effetti retroattivi, è legato all’applicazione, anche nell’ambito degli appalti pubblici, del principio secondo il quale nei procedimenti amministrativi, composti da sub-procedimenti dotati di autonomia, la norma sopravvenuta trovi applicazione retroattiva nei confronti di questi ultimi, se non ancora iniziati.

Al riguardo esiste un consolidato orientamento giurisprudenziale che afferma: “laddove la procedura di concorso si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate, mentre la relativa applicazione è esclusa per fasi già espletate e compiute, per il principio di irretroattività o per quello secondo cui tempus regit actum, nonché per esigenze di economia dell'azione amministrativa”*[[29]](#footnote-29)*.

La predetta impostazione osserva che le norme di diritto pubblico, legislative e regolamentari, dettate per disciplinare l'azione amministrativa dovrebbero trovare immediata applicazione, salvo il limite della lesione di situazioni giuridiche ormai acquisite. Vi sarebbe, infatti, un’esigenza insopprimibile dell'ordinamento affinchè “*l'azione amministrativa debba essere conforme anche all'eventuale intervenuto mutamento della valutazione legale degli interessi in gioco. Ciò discende direttamente dal principio di legalità, secondo cui l'operato della pubblica amministrazione deve attenersi alla normativa vigente al momento del suo espletamento”*[[30]](#footnote-30).

 Orbene, questo principio, a dir la verità sempre escluso sia nelle procedure concorsuali sia negli affidamenti degli appalti pubblici[[31]](#footnote-31), potrebbe, invero, trovarvi applicazione (come di recente postulato anche dal Consiglio di Stato[[32]](#footnote-32)).

La gara di appalto, infatti, ha inizio con la pubblicazione del bando di gara e si conclude con l’aggiudicazione definitiva (divenuta efficace). La procedura è caratterizzata, al suo interno, da tante fasi, quali: la verifica della documentazione amministrativa, la verifica dei requisiti dei concorrenti sorteggiati, la verifica dell’offerta tecnica, la verifica dell’offerta economica, la verifica dell’anomalia dell’offerta, la verifica dei requisiti dichiarati dall’aggiudicatario provvisorio e dal secondo in graduatoria, etc..

Questi segmenti procedurali non sono altro che dei sub-procedimenti della più ampia procedura di affidamento dell’appalto ai quali, pertanto, potrebbe applicarsi la normativa intervenuta prima del loro avvio.

Nel caso specifico, pertanto, poiché l’art. 15 della Legge 183/2011, introduce nell’ordinamento una norma concernente l’azione amministrativa, la stessa dovrà trovare applicazione in tutte le gare pubbliche già indette prima della sua entrata in vigore, sempre che non sia stata ancora avviata la verifica dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006.

\*Avvocato amministrativista del Foro di Cagliari. Esperto in diritto degli appalti pubblici, consulente di pubbliche amministrazioni e autore di pubblicazioni in materia.

1. AVCP Parere n. 14 del 29/01/2009; Deliberazione n. 139 del 9 maggio 2007; Pareri n. 107 del 15 novembre 2007 e n. 112 del 9

 aprile 2008; Determinazione n. 1 del 10 gennaio 2008 [↑](#footnote-ref-1)
2. Art. 142 comma 3 del D.Lgs. 163/2006 “Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice" [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Laddove il servizio di gara rientri tra i "servizi sociali" di cui all'allegato II B, parzialmente esclusi dall'applicazione del c. contr. pubbl. (ad eccezione degli art. 68, 65 e 225), le norme del codice diverse dagli art. 68, 65 e 225, e quindi anche l'art. 48 applicato nel caso di specie dalla Commissione - risultano applicabili solo nei limiti in cui sono richiamate dagli atti di gara (nel caso di specie, il disciplinare di gara determinava espressamente la sanzione da applicarsi in caso di mancato rispetto del termine, prevedendo la sola esclusione dalla gara e non anche l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, previste dall'art. 48, d.lg. n. 163 del 2006”* Ex multis T.A.R.  sez. I  Bari , Puglia 24/01/2013 n. 78 [↑](#footnote-ref-3)
4. AVCP Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009 [↑](#footnote-ref-4)
5. La stessa Avcp ha rilevato, tuttavia, che non vi sarebbero motivi ostativi a procedere alla verifica dei requisiti speciali sull'aggiudicatario provvisorio. Tale seconda soluzione, in particolare, consentirebbe una maggiore rapidità della procedura, ponendosi l'attività di verifica in un momento in cui ancora opera la commissione di gara, oltre ad apparire più coerente con la finalità della verifica prevista dall'alt. 48, comma 2 del codice, propedeutica alla formulazione della graduatoria finale che poi dovrà essere approvata dall'organo competente, in base all'art. 12, comma 1, del codice. AVCP Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009 [↑](#footnote-ref-5)
6. Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2012 n. 80; T.A.R.  sez. I  Venezia , Veneto 28/05/2013 n. 768 [↑](#footnote-ref-6)
7. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 04/05/2012 n. 8; T.A.R.  Lecce (Puglia)  sez. I 20/09/2012 n. 1567; T.A.R.  Roma (Lazio)  sez. III 08/11/2012 n. 9166 [↑](#footnote-ref-7)
8. Art. 6 comma 11 del D.Lgs. 163/2006 “*Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione”* [↑](#footnote-ref-8)
9. Ai sensi dell’art. 38 comma 1-ter del D.Lgs. 163/2006 “In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all’Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l’iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia” [↑](#footnote-ref-9)
10. “Il termine previsto dall’art. 48, d.lgs. n. 163/2006 per il deposito dei documenti in sede di controllo sul possesso dei requisiti ha natura perentoria, attesa la finalità della norma, volta a garantire il regolare e sollecito svolgimento della procedura di gara e l’automaticità delle sanzioni previste” T.A.R.  Cagliari (Sardegna)  sez. I 27/05/2013 n. 422; in senso conforme T.A.R.  Campobasso (Molise)  sez. I 05/02/2013 n. 44; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 luglio 2012, n. 6182; T.A.R. Veneto, sez. I, 31 gennaio 2012, n. 100; T.A.R. Toscana, sez. II, 3 luglio 2009, n. 1171 [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Costituzionale 13 luglio 2011 n. 211 [↑](#footnote-ref-11)
12. “Il termine di dieci giorni entro il quale, ai sensi dell'art. 48 comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, l'impresa offerente, sorteggiata a campione per il controllo in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante, ha natura perentoria, e 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” T.A.R.  Campobasso (Molise)  sez. I 05/02/2013 n. 44 [↑](#footnote-ref-12)
13. “Deve, altresì, ritenersi che il termine di dieci giorni sia suscettibile di proroga con atto motivato della stazione appaltante, ove l'impresa richiedente comprovi un impedimento a rispettare il termine, 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 della p.a.; v., oltre alla decisione sopra citata, C.d.S., Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3066; C.d.S., Sez. V, 15 maggio 2001, n. 2714), purché la richiesta di proroga venga presentata prima della scadenza del termine, ché, diversamente, le imprese diverrebbero arbitre di dettare il corso temporale del procedimento di verifica e potrebbero procrastinare ad libitum il tempo stabilito per il verificarsi dell'effetto preclusivo voluto dalla legge a garanzia del celere e trasparente svolgimento della gara nel rispetto della par condicio dei concorrenti” T.A.R.  Campobasso (Molise)  sez. I 05/02/2013 n. 44 [↑](#footnote-ref-13)
14. In sostanza, secondo l’AVCP “la deroga di cui all’art. 13, comma 4, incide soltanto sull’operatività del comma 2 dell’art. 48 con l’effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario” AVCP Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici). [↑](#footnote-ref-14)
15. T.A.R. Lazio, Roma, sezione prima, 17 settembre 2013, n. 8314 [↑](#footnote-ref-15)
16. Consiglio di Stato, sez. III,  Ordinanza n. 2226/2012 [↑](#footnote-ref-16)
17. Si veda la Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009 [↑](#footnote-ref-17)
18. Art. 6-bis comma 5 D.Lgs. 163/2006 “Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente” [↑](#footnote-ref-18)
19. Consiglio di Stato Sez. III 26/09/2013 n. 4785 [↑](#footnote-ref-19)
20. Ciò in quanto “non si può invocare il successivo art. 255 (il quale stabilisce che le modifiche al codice possono essere introdotte solo in maniera espressa) in quanto, trattandosi di norma di rango primario, può essere essa stessa derogata da norma di pari rango sopravvenuta” Tar Lombardia, Milano, Sezione III, sentenza 29 gennaio 2013, n. 245 [↑](#footnote-ref-20)
21. Consiglio di Stato 26/09/2013 n. 4785 [↑](#footnote-ref-21)
22. Tar Lombardia, Milano, Sezione III, sentenza 29 gennaio 2013, n. 245 [↑](#footnote-ref-22)
23. Consiglio di Stato    sez. IV 07/09/2010 n. 6485; T.A.R.  Lecce (Puglia)  sez. I 23/05/2013 n. 1205; T.A.R.  Milano (Lombardia)  sez. IV 14/09/2012 n. 2343; T.A.R.  Salerno (Campania)  sez. II 09/05/2012 n. 867 [↑](#footnote-ref-23)
24. Consiglio di Stato 26/09/2013 n. 4785 [↑](#footnote-ref-24)
25. Come previsto espressamente dal Codice dei contratti pubblici all’art. 38 comma 2, all’41 comma 1 lett. b) e c), e all’art. 42 comma 4 [↑](#footnote-ref-25)
26. Ex multis Consiglio di Stato sez. V 09/09/2013 n. 4471 [↑](#footnote-ref-26)
27. La data del 1 gennaio 2014 è stata fissata dall’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012 (come modificata dalle Adunanze dell’8 maggio e del 5 giugno 2013). L’art. 49-ter del D.L. 69/2013, convertito in Legge 98/2013, aveva anticipato la sua entrata in vigore alla data del 21 novembre 2013, ma è stato successivamente abrogato dall'[articolo 2, comma 13-septies, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101](http://www.iusexplorer.it/fontinormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948262&IdUnitaDoc=20641368&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), convertito, con modificazioni, dalla [Legge 30 ottobre 2013, n. 125](http://www.iusexplorer.it/fontinormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3995498&IdUnitaDoc=20641430&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0&NavId=2101868714). [↑](#footnote-ref-27)
28. Consiglio di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316 [↑](#footnote-ref-28)
29. Consiglio di Stato Sez. VI 15/04/2010 n. 2136; T.A.R.  Roma (Lazio)  sez. III 10/04/2013 n. 3602; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 26 maggio 1999, n. 694; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 13 ottobre 2003, n. 6185 [↑](#footnote-ref-29)
30. Cassazione civile  sez. I  04/07/2006 n. 15247 [↑](#footnote-ref-30)
31. “*L*e disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio tempus regit actum attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell’indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella lex specialis, non modificano, di regola, i concorsi già banditi “a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse” (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 24/05/2011 n. 9; Consiglio di Stato Sez. IV, 24 agosto 2009, n. 5032; Consiglio di Stato 6 luglio 2004 n. 5018; Consiglio di Stato Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2909) [↑](#footnote-ref-31)
32. Consiglio di Stato 26/09/2013 n. 4785 [↑](#footnote-ref-32)