

QUANDO LE STAZIONI APPALTANTI POSSONO COMMINARE LA “TRIPLICE SANZIONE”?

dell'Avv. Paola Tria

Un opportuno chiarimento alla fattispecie di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163/06

Come noto, l'art. 48 del d. lgs. n. 163/06 (cosiddetto “Codice dei Contratti Pubblici”) al comma 1 prevede che le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte, richiedano 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 nello stesso bando o nella lettera di invito e che quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedano all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità che dispone, altresì, la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Il medesimo art. 48, al co. 2, prevede, altresì, che la richiesta circa la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa debba essere inoltrata anche all'aggiudicatario, ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non fossero compresi fra i soggetti sorteggiati prima dell'apertura delle buste.

In altri termini, la legge prevede che all'inizio della procedura di gara (nonché, in caso di mancato sorteggio, prima della stipula del contratto) le Stazioni Appaltanti debbano accertare la serietà delle offerte e la concreta capacità dei concorrenti.

Di conseguenza, al concorrente che, selezionato per la verifica, non sia stato in grado di provare e/o confermare il possesso dei requisiti dichiarati, vengono comminate oltre alla sanzione dell'esclusione le cosiddette sanzioni accessorie: l'escussione della polizza, prestata ai sensi dell'art. 75 del codice a

garanzia della serietà dell'offerta; e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici che, oltre ad imporre il pagamento di una sanzione pecuniaria, dispone la sospensione dalla partecipazione alle gare per un periodo che può arrivare fino ad un anno.

Esigenze di buon andamento, efficienza ed economicità, infatti, richiedono che ad una procedura di gara prendano parte unicamente quei soggetti che, in caso di aggiudicazione, possano essere in grado di eseguire le prestazioni contrattuali da affidare loro.

Ciò posto, sebbene la lettera dell'art. 48 del codice sia chiara nel prevedere che nella fase anteriore all'apertura delle buste le sanzioni accessorie debbano essere disposte solo nel caso di mancata prova dei requisiti economici e tecnici, una nutrita giurisprudenza ha dovuto ribadire che tale previsione non riguarda anche le ipotesi di mancata dichiarazione e/o possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice: “Nelle gare pubbliche l'irrogazione della triplice sanzione (e cioè: esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del medesimo decreto, essendo queste ultime sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara” (cfr. TAR Piemonte, To, I, 15.2.2010, n. 957); nonché: “È illegittima la condotta della stazione appaltante che provveda, ex art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, all'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara, all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i conseguenti provvedimenti, per carenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del richiamato testo legislativo. Le misure

sanzionatorie indicate devono, infatti, intendersi tassativamente applicabili alle ipotesi di mancanza dei requisiti di ordine speciale previsti dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici e non anche all'assenza di requisiti diversi da quest'ultimi e cioè di quelli di ordine generale ivi non contemplati. La disposizione in analisi prevede, invero, che le stazioni appaltanti chiedano ai soggetti offerenti, così come all'aggiudicatario, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e solo qualora tale prova non sia fornita esse dispongono l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti" (ex multis TAR Emilia-Romagna, Bo, I, 10.12.2010, n. 8108).

In proposito, e con particolare riferimento alla sanzione dell'escussione della polizza, vale segnalare la diversità dell'ipotesi prevista dall'art. 48, co. 1, da quella della possibilità di incamerare la cauzione provvisoria nel caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (ex art. 75, co. 6 del codice) *"intendendosi per tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile,*

e, quindi, non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali" (cfr. TAR Lazio, III, 28.12.2010, n. 38948).

In conclusione, le Stazioni Appaltanti possono comminare le sanzioni accessorie dell'escussione della polizza e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, in aggiunta all'esclusione dalla gara, solo quando, in sede di verifica dei requisiti di ordine speciale dichiarati dai concorrenti, essi non vengano confermati oppure non ne venga fornita la prova del possesso e, cioè, in caso di mendacio: *"nel caso di esclusione di una impresa dalla gara a seguito di verifica a sorteggio, il presupposto per l'applicazione delle sanzioni accessorie della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e dell'incameramento della cauzione, previste dall'art. 48 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, è costituito dalla falsità delle dichiarazioni, con la conseguenza che, ai fini delle predette attività, debbono necessariamente essere oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione la sussistenza e la gravità delle falsità riscontrate" (cfr. TAR Lazio, III quater, 28.12.2010, n. 38948).*

«.....GA.....»