

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Aprile 2014

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – REQUISITI DI ORDINE GENERALE

[Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1634, Pres. Romeo, Est. Polito.](#)

La dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, del D.Lgs. n. 163/2006, quando è formulata dal legale rappresentante della società nei confronti di soggetti terzi deve necessariamente identificare il terzo cui sono riferiti gli stati, fatti e qualità. La dichiarazione generica ed incompleta fa venir meno uno degli elementi essenziali della domanda prodotta per l'ammissione alla gara e comporta l'esclusione del candidato per l'omesso adempimento dell'onere certificativo del possesso dei requisiti prescritti per la valida partecipazione, indipendentemente da ogni espressa comminatoria nel bando di gara.

Il caso

La società seconda classificata ad una procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi per la ricerca, impugnava il provvedimento di aggiudicazione deducendo la non conformità dell'offerta della controinteressata alle prestazioni minime, la violazione del capitolato speciale e l'eccesso di potere sotto vari profili, nonché, in via subordinata, l'illegittimità della *lex specialis* per mancata fissazione dei sub-punteggi da attribuire ai sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica. La controinteressata proponeva ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità della mancata esclusione della ricorrente principale per violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e la difformità dell'offerta rispetto al Capitolato.

Il TAR accoglieva il ricorso incidentale, ritenendo fondata la censura relativa alla violazione dell'obbligo dichiarativo di cui al citato art. 38, non essendo stati indicati i nominativi degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, nonché la censura relativa al difetto di elementi essenziali dell'offerta. La ricorrente principale appellava la sentenza. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello.

La decisione

In via preliminare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto carattere prioritario all'esame del ricorso incidentale, anche alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE del 4 luglio 2013, C-100/12. Pur trattandosi di una gara con soli due concorrenti, non veniva contestata la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori e per motivi identici, ma, mentre con il ricorso incidentale veniva contestata l'ammissione alla gara della ricorrente, con il ricorso principale si censurava la non conformità dell'offerta al capitolato. Il Consiglio di Stato ha rilevato che i motivi dedotti con il ricorso principale non soddisfano il requisito di simmetria escludente postulato nella decisione della Corte di Giustizia e presuppongono la verifica della legittimazione dell'impresa a partecipare validamente alla gara.

Nel merito, il Collegio ha statuito che la dichiarazione in ordine all'inesistenza delle situazioni di cui all'art. 38, co. 1, del D.Lgs. n. 163/2006, come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 23 del 2013, va resa in via primaria relativamente agli amministratori che in base allo statuto societario sono muniti del potere di rappresentanza, nonché del direttore tecnico, in quanto soggetti che, per lo spessore dei poteri di indirizzo e di gestione, sono in condizione di trasmettere alla compagine sociale eventuali condotte personali ritenute riprovevoli dall'ordinamento. Tale dichiarazione può essere resa singolarmente dai soggetti presi in considerazione dalla citata disposizione oppure può essere formulata dal legale rappresentante della società che si dà carico di attestare stati, qualità

personale o fatti che riguardano soggetti terzi. In tale ipotesi, però, la dichiarazione non può essere resa “in incertam personam”, con la generica indicazione dell’assenza di preclusioni alla partecipazione alla gara, ma deve necessariamente indicare la persona che si afferma indenne dai pregiudizi, restando altrimenti vanificata la comminatoria di responsabilità. Peraltro, l’eventuale controllo a campione della veridicità di quanto auto dichiarato, ai sensi dell’art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 impone che la stazione appaltante sia subito posta in condizione di conoscere i nominativi degli amministratori muniti del potere di rappresentanza nei cui confronti procedere al successivo riscontro documentale.

Il Consiglio di Stato precisa, inoltre, che il contenuto della dichiarazione *de qua* preclude la possibilità di fare ricorso al soccorso istruttorio, in quanto esso si tradurrebbe nella produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante, dal momento che essa era carente in radice del suo oggetto (elencazione degli amministratori minuti del potere di rappresentanza ed in possesso dei requisiti di moralità ed affidabilità prescritti dall’art. 38). Da ultimo, il Collegio precisa che anche l’accertamento degli estremi del cd. falso innocuo restava subordinato all’individuazione dei soggetti nei cui confronti veniva resa la dichiarazione dell’assenza delle preclusioni di cui all’art. 38.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE – REQUISITI DI ORDINE GENERALE CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE - AVVALIMENTO

[Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1636, Pres. Romeo, Est. D’Alessio.](#)

In assenza di un’apposita prescrizione più rigorosa contenuta nella lex specialis, il concorrente ad una gara può attestare il possesso dei requisiti di partecipazione di carattere generale, previsti dal comma 1 dell’art. 38, incluso quello previsto dalla lett. l) riguardante il rispetto della normativa sui disabili, mediante una (complessiva) dichiarazione sostitutiva, in conformità alle previsioni del D.P.R. n. 445 del 2000.

L’istituto dell’avvalimento può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di “qualità” (certificazione di qualità aziendale), attesa la sua valenza generale, ma è onere del concorrente dimostrare che l’impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a “prestare” il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l’obbligazione di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata, in relazione all’esecuzione dell’appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità. Tuttavia, allorché impresa ausiliata e impresa ausiliaria fanno parte di uno stesso gruppo che dispone di un sistema di qualità aziendale, quest’ultimo risulta evidentemente a disposizione di tutte le singole imprese che ne fanno parte.

Il caso

La società seconda classificata in una gara per la fornitura di gas medicinali ha appellato la sentenza con cui il TAR aveva rigettato il proprio ricorso, deducendo che la società risultata aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per due motivi. In primo luogo, l’appellante ha dedotto la violazione dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto tutte le tre imprese ausiliarie, di cui l’aggiudicataria aveva dichiarato di avvalersi ai fini della partecipazione alla gara, avevano omesso di produrre la specifica dichiarazione in merito al rispetto della normativa sui disabili, di cui all’art. 17 della L. n. 68/1999. Tale carenza dichiarativa non poteva essere sanata dalla generica dichiarazione di essere in possesso dei requisiti di cui all’art. 38, posto che la necessità di una dichiarazione specifica è prevista dall’art. 17 della citata legge nonché dallo stesso art. 38. In secondo luogo, l’appellante ha dedotto la violazione dell’art. 49 del Codice dei contratti pubblici,

ritenendo illegittimo il ricorso all'avvalimento con riferimento alle certificazioni di qualità, nonché l'omessa indicazione delle specifiche risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

La decisione.

Il Collegio, pur ribadendo che, per la partecipazione alle gare, ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. l) del D.Lgs. n. 163/2006, occorre presentare anche la certificazione di cui all'art. 17 della L. n. 68/1999 (oppure una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso della certificazione), ha statuito che nel caso in cui la legge di gara si limiti a richiedere, per le imprese ausiliarie, una dichiarazione attestante il possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38, si deve ritenere legittima la mancata esclusione della società che non ha presentato la dichiarazione specifica sul rispetto della normativa sui disabili da parte delle imprese ausiliarie. Infatti, in assenza di una disciplina più rigorosa contenuta nella *lex specialis*, è legittimo attestare il possesso dei requisiti di ordine generale mediante una complessiva dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

Inoltre, il Consiglio di Stato, richiamando precedenti giurisprudenziali della medesima Sezione Terza (sentenza del 25 febbraio 2014, n. 887; sentenza del 18 aprile 2011, n. 2344), ha affermato che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale e può essere utilizzato anche con riferimento alla certificazione di qualità aziendale. Tuttavia, quest'ultimo requisito non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione dell'intero complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, essendo il relativo certificato inerente ad un determinato sistema aziendale e preordinato a garantire un elevato livello di esecuzione del rapporto contrattuale. In ogni caso, allorquando impresa ausiliata e impresa ausiliaria fanno parte di uno stesso gruppo che dispone di un sistema di qualità aziendale, quest'ultimo risulta evidentemente a disposizione di tutte le singole imprese che ne fanno parte.

SANITA' PUBBLICA – SPESA SANITARIA - MODALITA' DI LIQUIDAZIONE DEL CORRISPETTIVO DOVUTO ALLE FARMACIE DAL SSN

[Cons. Stato, Sez. III, 8 aprile 2014, n. 1683, Pres. Romeo, Est. Palanza.](#)

Ai fini della liquidazione del corrispettivo dovuto alle farmacie dal Servizio sanitario nazionale, l'art. 40, comma 1, della legge n. 662/1996 deve essere interpretato nel senso che l'espressione "fatturato annuo in regime di servizio sanitario nazionale" si riferisce, secondo il suo significato letterale, a tutte le prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale, comprese quelle di assistenza integrativa.

PUBBLICO IMPIEGO SANITARIO – TRATTAMENTO ECONOMICO E INDENNITA'

[Cons. Stato, Sez. III, 14 aprile 2014, n. 1807, Pres. Romeo, Est. Stelo.](#)

Lo svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'aiuto, oltre il periodo di giorni 60 per anno solare, dà diritto al sanitario a percepire le differenze retributive tra il trattamento goduto e quello tabellare iniziale spettante alla posizione funzionale superiore, nonché alla variazione del trattamento previdenziale, a prescindere dall'adozione di un formale atto di incarico da parte dell'Amministrazione, in quanto non è configurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito.

FARMACIA – INDIZIONE DEL CONCORSO PER L’ASSEGNAZIONE DI NUOVE SEDI – COMPETENZA

[Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2014, n. 1828, Pres. Romeo, Est. Stelo.](#)

Spetta alla Giunta comunale l’adozione del provvedimento di indizione del concorso per l’assegnazione di nuove sedi farmaceutiche. Ciò in quanto, ai fini della corretta individuazione e distinzione delle funzioni spettanti ai diversi organi comunali, il d.lgs. 267/2000 affida alla Giunta la gran parte dell’attività comunale di carattere sostanzialmente gestionale e al Consiglio alcuni atti tassativamente indicati e di carattere e contenuto generale. (in senso conforme, Cons. Stato, Sez. III nn. 4257 e 4669/2013).

GIURISDIZIONE – ECCEZIONE DEL DIFETTO IN APPELLO – AMMISSIBILITA’

GIURISDIZIONE – PUBBLICO IMPIEGO

[Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1922, Pres. Cirillo, Est. Simonetti.](#)

- 1. E’ ammissibile la questione di giurisdizione dedotta in appello dalla parte che in primo grado ha scelto di adire il giudice amministrativo e che su tale profilo sia risultata (in maniera esplicita o implicita) vittoriosa. Tuttavia, a un simile cambio di strategia, all’insegna del venire contra factum proprium, consegue la condanna dell’appellante alle spese processuali ai sensi dell’art. 88 c.p.c.*
- 2. Spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul giudizio di non idoneità formulato dall’amministrazione in sede di verifica in ordine all’effettivo possesso dei requisiti psico – fisici da parte dei candidati idonei in un concorso pubblico.*

Il caso

Il ricorrente, idoneo in un concorso bandito dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco, sottoposto a visita medica per l’accertamento dei requisiti psicofisici ed attitudinali, ne è risultato privato per deficit della funzione visiva.

L’interessato ha proposto ricorso al tar, deducendo l’inattendibilità della valutazione della commissione medica, di cui ha chiesto la verifica. Il giudice di prime cure, dopo aver disposto la ripetizione della visita medica ha respinto il ricorso.

L’interessato ha proposto appello, deducendo con un primo motivo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, riproponendo, inoltre, con il secondo motivo, le censure di inattendibilità della valutazione formulata dalla Commissione medica.

Il Consiglio di Stato, disattesa l’eccezione relativa al difetto di giurisdizione, ha respinto nel merito il ricorso, condannando il ricorrente alle spese di giudizio in considerazione della condotta processuale posta in essere dall’appellante.

La decisione

La pronuncia in esame affronta due nodi problematici di particolare rilevanza.

Il primo riguarda l’ammissibilità della eccezione di giurisdizione sollevata in appello dal ricorrente che in primo grado aveva adito il giudice amministrativo, risultando sul punto esplicitamente (o anche implicitamente) vittorioso.

Sul punto si sono succeduti nel tempo diversi orientamenti. Secondo la posizione tradizionale era ammissibile l’eccezione di giurisdizione sollevata in appello nei confronti dello stesso giudice adito con il ricorso di primo grado (in questo senso, Cons. St., VI, n. 5454/2009). A siffatto orientamento si è andato contrapponendo un indirizzo più recente secondo cui un simile cambio di strategia, all’insegna del venire contra factum proprium, ricadrebbe nel generale divieto dell’abuso del diritto

(processuale), sanzionabile con la radicale inammissibilità del motivo di appello (cfr. Cons. St., V, n. 5421/2013 e 656/2012 e III, n. 2857/2012).

La pronuncia in esame, invece, opta per una soluzione intermedia, facendo però salvo (secondo questo indirizzo) il tardivo pentimento sulla giurisdizione ovvero quello che con formula suggestiva è stato definitivo come “il diritto ad avere torto” (v., in questi termini, Cass. SS.UU., n. 7097/2011). Secondo la II sezione, infatti, l’orientamento da ultimo richiamato della Corte di Cassazione realizza la soluzione più equilibrata e convincente, sul rilievo che, al cospetto di un tempestivo motivo di appello che impedisce il formarsi del giudicato, l’art. 37 c.p.c. riacquisti la sua massima espansione, a garanzia del fondamentale principio di cui all’art. 25 Cost, secondo cui nessuno può essere destituito dal giudice naturale preconstituito per legge (Cass. SS.UU., n. 26129/2010).

Tuttavia, della condotta processuale posta in essere all’insegna del *venire contra factum proprium* deve tenersi conto, secondo il Collegio, in sede di condanna alle spese di lite che, di conseguenza, saranno poste a carico di chi ha sollevato l’eccezione di giurisdizione in appello.

Il secondo profilo di interesse della sentenza riguarda la giurisdizione in materia di giudizio di non idoneità formulato dall’amministrazione in sede di verifica in ordine all’effettivo possesso dei requisiti psico – fisici da parte dei candidati idonei in un concorso pubblico.

Secondo il Collegio, infatti, la posizione giuridica fatta valere dal candidato idoneo in concorso pubblico, ma ancora sottoposto a verifica dei requisiti psico – fisico, è da considerarsi alla stregua di un interesse legittimo e, come tale, soggetta alla giurisdizione amministrativa.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – TASSATIVITA’ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – SUFFICIENZA DEL PUNTEGGIO NUMERICO

[Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1928, Pres. Cirilo, Est. Simonetti.](#)

1. Sulla scorta del più recente indirizzo giurisprudenziale formatosi all’indomani del d.l. 70/2011, le prescrizioni sulla cauzione provvisoria dettate dall’art. 75 d.lgs. 163/2006, in assenza di un’espressa sanzione, non incidono sull’ammissibilità dell’offerta, sicché la loro violazione non determina l’esclusione del concorrente, essendone consentita la regolarizzazione (in senso conforme, v. Cons. St., III, n. 5781/2013 e 493/2012; Tar Lazio, I bis, n. 361/2014).

2. Secondo l’indirizzo prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il punteggio numerico può essere sufficiente a motivare gli elementi dell’offerta economicamente più vantaggiosa nell’ipotesi in cui la legge di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l’amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde, invero, al principio di correttezza dell’azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure di evidenza pubblica, a garanzia dell’imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell’operato dell’Amministrazione sia da parte del privato interessato, che del Giudice Amministrativo, al quale deve essere permesso di poter ricostruire l’iter logico seguito dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 374/ 2004 e, ancora di recente, n. 661/2014 e III, n. 2032/2013). Di contro, l’utilizzo del solo punteggio numerico si dimostra insufficiente laddove i criteri di massima siano formulati sulla base di espressioni generiche (v., Tar Lombardia, Milano, I, n. 1380/2008; Tar Umbria, n. 243/2007).

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO PER LUNGO SOGGIORNANTI – REVOCA

[Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2014, n. 2205, Pres. Lignani, Est. Palanza.](#)

In presenza di situazioni familiari significative e di effettivi legami con figli radicati in Italia, senza una contestuale dimostrazione di pericolosità sociale, basata su fatti concludenti, non può considerarsi legittimo sulla base di condanne ostative e di mere formule di rito ad esse conseguenti il diniego del permesso di soggiorno e, tanto meno, la revoca della carta di soggiorno di lungo periodo (fatta salva la possibilità di una sua motivata degradazione in altro tipo di permesso di soggiorno).

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI QUALIFICAZIONE

[Cons. Stato, Sez. III, ord. 29 aprile 2014, n. 2214, Pres. Lignani, Est. D'Alessio](#)

Va rimessa all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'ammissibilità di una unica autodichiarazione relativa al possesso dei requisiti morali prescritti dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, affinché possa ridurre i motivi di grave incertezza che investono sia le stazioni appaltanti sia le imprese che partecipano alle gare sia la stessa giurisprudenza, affermando il principio che non sia necessaria una indicazione nominativa nell'autodichiarazione presentata dal rappresentante legale dell'impresa di tutti i soggetti per i quali deve essere dimostrato il possesso dei requisiti morali.

Il caso

Il TAR ha accolto il ricorso con cui il RTI secondo classificato ad una procedura ristretta accelerata aveva dedotto che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la capogruppo aveva prodotto un'unica dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale, a firma di un procuratore speciale, mancante dell'indicazione analitica e nominativa dei soggetti che disponevano del potere di rappresentanza della società.

In particolare, il TAR ha rilevato che, anche se la *lex specialis* non prescriveva di elencare analiticamente nella dichiarazione quanti fossero i soggetti legali rappresentanti delle imprese partecipanti, il provvedimento di aggiudicazione doveva reputarsi illegittimo in quanto la dichiarazione relativa all'insussistenza delle cause di esclusione era stata resa solo genericamente.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la questione va risolta diversamente da quanto rilevato dal TAR e, rilevando un contrasto giurisprudenziale tra interpretazioni formali ed interpretazioni sostanziali della normativa, ha deferito la questione all'Adunanza Plenaria.

La decisione

La Sezione remittente ha statuito che deve essere affermato il principio secondo il quale un soggetto munito della rappresentanza legale dell'impresa possa rendere la dichiarazione sull'insussistenza delle cause di esclusione dalla gara, dettate dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, anche per altri soggetti, mentre non è necessaria l'indicazione analitica di tutti i soggetti che nell'impresa hanno poteri di rappresentanza o di direzione e per i quali viene resa la dichiarazione sul possesso dei requisiti morali.

Secondo la Sezione, la soluzione prospettata è avvalorata da una serie di considerazioni.

In primo luogo, viene evidenziato che, con riferimento alla dimostrazione del possesso dei requisiti generali, il codice dei contratti pubblici ha adottato una soluzione intermedia che si basa sulla presentazione di una dichiarazione sostitutiva di tutti i concorrenti, in sede di presentazione dell'offerta, e sulla verifica successiva del possesso dei requisiti da parte della stazione appaltante. In tal modo, le imprese partecipanti possono attestare i requisiti con una dichiarazione sotto la

responsabilità penale del dichiarante, fatta salva la successiva verifica nei confronti dell'aggiudicatario, cui consegue l'esclusione dalla gara in caso di mancato possesso dei suddetti requisiti.

Inoltre, secondo la Sezione, una volta che viene ammesso che la dichiarazione di cui all'art. 38 possa essere fatta da un unico rappresentante, anche per conto degli altri soggetti muniti di poteri decisionali e di rappresentanza, non si può pretendere come necessaria (anche) l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali il possesso dei requisiti di moralità è stato dichiarato, mentre deve ritenersi sufficiente una indicazione comunque comprensiva, per la formula utilizzata, di tutti i rappresentanti legali dell'impresa anche non indicati nominativamente. Ciò che rileva è, infatti, che il legale rappresentante dichiara che l'impresa possiede i requisiti di cui all'art. 38, che il dichiarante si assuma ogni responsabilità sulla veridicità della stessa, che l'impresa sia effettivamente in possesso di tutti i requisiti e che i requisiti morali siano posseduti da tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e di direzione dell'impresa, come richiesto dalla legge.

Pertanto, la soluzione sostanzialistica prospettata appare più coerente con la nuova Direttiva in materia di appalti, nonché con i recenti approdi dell'Adunanza Plenaria sull'art. 38 del Codice.

La Direttiva 2014/24/UE del 26.02.2014, nell'ottica di una generale semplificazione del sistema, ha previsto la presentazione di un unico documento per la partecipazione alle gare, consistente in una unica autodichiarazione come prova documentale preliminare del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara. Inoltre, l'interpretazione proposta si pone in linea con l'Adunanza Plenaria n. 23/2013 (ove è stato affermato che nel caso in cui la *lex specialis* faccia generico rinvio all'art. 38, co. 1, non prendendo in considerazione le posizioni dei procuratori speciali e di altri soggetti non desumibili in via immediata da tale norma, non possa disporsi l'esclusione dalla gara per mancata dichiarazione di tale figura), con l'Adunanza Plenaria n. 21/2012 (ove viene affermato che l'omessa dichiarazione da parte degli amministratori di società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, determina l'esclusione dalla gara, fino alla data di pubblicazione della decisione, solo se il bando prevede tale adempimento a pena di esclusione, diversamente operando una valutazione sostanzialistica), nonché con l'Adunanza Plenaria n. 9/2014 (ove viene sottolineata l'indole sostanziale del principio di tassatività). Da ultimo, la Sezione remittente precisa che la soluzione sostanzialistica prospettata comporterebbe che: nei rapporti tra stazione appaltante e singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative e la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica (fermo restando che se l'ente appaltante ritenesse necessario avere informazioni più dettagliate, potrebbe chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46, co. 1, del Codice); gli altri concorrenti potrebbero proporre ricorso contro l'aggiudicazione solo per dedurre positivamente l'esistenza di cause ostative.

CONTRATTI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI – TERMINI

[Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2274, Pres. FF Cacace, Est. Polito](#)

Il termine previsto dal secondo comma dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 per la verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, ha natura perentoria. Esso tutela la certezza del fattore tempo nella definizione della procedura concorsuale, alla cui violazione segue il regime sanzionatorio indipendentemente dall'accertamento di una condotta dolosa del concorrente ovvero dal possesso o meno dei requisiti di partecipazione dichiarati, o ancora dalla sussistenza su un piano di effettività di un vulnus alla regolarità della procedura selettiva.

L'atto di incameramento della cauzione, in presenza dei presupposti di legge, ha natura autoritativa e non paritetica ed è sindacabile, con azione impugnatoria, nei vizi della competenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Il caso

Una società esclusa da una gara per non avere ottemperato nei termini alla richiesta di documentazione comprovante il possesso dei requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria dalla stessa auto-dichiarati, ha impugnato dinanzi al TAR il provvedimento di esclusione e di quello di escussione della cauzione provvisoria. Il TAR ha respinto le censure relative all'illegittimità dell'esclusione dalla gara, ma ha accolto quelle relative all'incameramento della cauzione provvisoria, circoscrivendo la funzione sanzionatoria dell'incameramento della cauzione alle sole ipotesi in cui sia stato accertato il mancato possesso dei requisiti di partecipazione e non per il solo ritardo nella produzione documentale.

Avverso tale sentenza ha proposto appello la stazione appaltante, contestando le statuizioni con cui il Giudice di primo grado ha ritenuto insussistenti i presupposti per procedere all'incameramento della cauzione provvisoria.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

La pronuncia statuisce che, così come, secondo costante giurisprudenza, il termine previsto dal comma 1 dell'art. 48 (verifica a campione) ha natura perentoria, la medesima natura riveste il termine previsto al secondo comma dell'art. 48 per gli adempimenti volti a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria. Tale conclusione si trae da diversi elementi.

Per quanto concerne la *ratio* del comma 2 dell'art. 48, al disposto in questione è sottesa l'esigenza di garantire la celere definizione della fase conclusiva del procedimento, che inizia con l'aggiudicazione provvisoria e prosegue con la stipula del contratto, nonché all'esigenza di garantire la certezza del dato temporale delle diverse fasi, che è strumentale al raggiungimento dello scopo della stipula del contratto senza dilazioni. Peraltro, la verifica del possesso dei requisiti costituisce un adempimento essenziale per la definizione del procedimento, in connessione con il suo scopo, perché, se la verifica è positiva, viene stipulato il contratto, se essa difetta, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia ed all'eventuale nuova aggiudicazione, ovvero all'indizione di una nuova gara.

Per quanto concerne il dato testuale, secondo il Collegio, la natura perentoria del termine *de quo* è ricavabile anche dall'art. 48, laddove si specifica che la richiesta della documentazione all'aggiudicatario ed al secondo classificato ha il medesimo contenuto ed è assistita dalle medesime sanzioni di quella disciplinata al comma primo. L'incameramento della cauzione provvisoria è, dunque, una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale.

Il Consiglio di Stato precisa, inoltre, che l'atto di incameramento della cauzione, in presenza dei presupposti di legge, ha natura autoritativa e non paritetica ed è sindacabile, con azione impugnatoria, nei vizi della competenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Infatti, se il momento costitutivo della cauzione nelle forme previste dall'art. 75 del Codice è assoggettato alle regole ordinarie di formazione della volontà contrattuale, il rapporto di garanzia, una volta perfezionatesi, resta assoggettato al regime pubblicistico che caratterizza la selezione del contraente secondo le regole dell'evidenza pubblica.