

LA FUNZIONE DI CONTROLLO SULLA QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE NELLE PROCEDURE DI EVIDENZA PUBBLICA

Sommario: 1. Premessa. – 2. I controlli della stazione appaltante sul possesso dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti. – 2.1. (segue) I controlli sui requisiti generali. – 3. I poteri sanzionatori dell’Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: inquadramento generale. – 3.1. Tipicità dei poteri sanzionatori dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. – 3.2. Poteri sanzionatori strumentali all’attività di vigilanza. – 3.3. I poteri sanzionatori dell’Autorità in materia di qualificazione delle imprese: inquadramento generale e principi. – 3.4. Le varie tipologie (sanzionatorie e non) di iscrizioni nel casellario informatico. – 3.5. L’iscrizione relativa alle false dichiarazioni rese dall’impresa in sede di gara. – 3.6. La “difficile convivenza” tra il provvedimento di sospensione da uno a dodici mesi e l’effetto interdittivo annuale dell’iscrizione sul casellario di false dichiarazioni rese dall’impresa. – 4. I poteri di intervento specifici in materia di lavori pubblici. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

La funzione di controllo sul possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alle procedure concorsuali di scelta del contraente viene demandata a una molteplicità di attori, pubblici e privati, cui la normativa di settore attribuisce potestà specifiche.

La maggiore frammentazione nella distribuzione delle competenze si registra, in particolare, nel sistema di qualificazione per gli esecutori di appalti di lavori ove, affianco ai committenti, all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e agli organismi di certificazione¹, troviamo anche le Società Organismi di Attestazione che, pur avendo natura privatistica, vengono investite di poteri certificatori, qualificati espressamente dalla disciplina di settore come pubblicistici², *anche* (e quindi non solo) ai fini dell’applicazione del regime di responsabilità erariale e della soggezione alla giurisdizione della Corte dei Conti.

La molteplicità di soggetti e di attribuzioni non mina, tuttavia, la sostanziale unitarietà della funzione espletata, che merita una trattazione congiunta anche al fine di evidenziare le interrelazioni tra i singoli poteri e cogliere il senso delle sovrapposizioni, talvolta legate alla

¹ Vale a dire gli organismi indipendenti di cui agli artt. 43, d.lgs. n. 163 del 2006 e 2, lett. 1, d.P.R. n. 34 del 2000, legittimati ad attestare l’ottemperanza dell’operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità.

² Cfr. l’art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ove si precisa che le SOA nell’esercizio dell’attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche ai fini dell’applicazione dell’art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

volontà di munire gli organi di vigilanza di poteri sostitutivi in caso di inerzia, talaltra alla necessità di monitorare nel tempo l'effettiva permanenza in capo all'impresa delle condizioni che ne legittimano l'accesso al mercato delle commesse pubbliche.

2. *I controlli della stazione appaltante sul possesso dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti*

Sebbene l'evoluzione normativa abbia portato a un progressivo coinvolgimento di attori, diversi dal committente, nell'esercizio delle attività propedeutiche alla qualificazione dei concorrenti, è pur sempre alle singole stazioni appaltanti che viene riconosciuto il ruolo di protagonista centrale nel controllo sull'effettivo possesso dei requisiti di ordine generale e speciale.

Del resto, chi bandisce la gara è, almeno di norma, lo stesso soggetto che stipulerà il contratto con l'aggiudicatario ed è perciò "naturalmente" portato a sincerarsi che il proprio futuro contraente sia effettivamente in grado di eseguire la commessa.

L'innesto di interessi pubblici, connota in chiave funzionale gli stessi controlli del committente trasformando in attività amministrativa operazioni che, altrimenti, si esaurirebbero in meri comportamenti prenegoziali, assimilabili alle indagini che qualsiasi privato compie sulla reputazione dell'operatore economico con cui si trova a contrattare.

Inoltre, la peculiarità degli interessi coinvolti, che vanno ben al di là del generico interesse alla corretta esecuzione dell'appalto, estendendosi ad aspetti per lo più irrilevanti nelle trattative tra privati – quali quelli attinenti al profilo "morale" dell'esecutore – giustificano l'intervento di altri soggetti titolari di poteri pubblici che, in quanto estranei al rapporto contrattuale *in eundo*, non avrebbero altrimenti titolo per esercitare ingerenze di sorta.

Il carico di incumbenti gravanti sui committenti pubblici è differenziato a seconda dell'oggetto della commessa.

Per gli appalti di lavori il legislatore italiano ha predisposto un peculiare regime di qualificazione che era, inizialmente, imperniato sull'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori³ e che fu poi sostituito⁴ con la rete delle Società Organismi di Attestazione⁵, ancora oggi

³ Sulla natura e sugli effetti dell'iscrizione all'albo, sia consentito rinviare a VINTI, *Albo Nazionale Costruttori*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 215.

⁴ Sulla "crisi" del previgente sistema che ha reso necessaria l'innovazione normativa si vedano le considerazioni di CORSINI e BARBATO, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, a cura di Giampaolino, Sandulli e Stancanelli, Milano, 1999, 109, i quali la ascrivono a tre cause principali: il progressivo affievolimento della capacità di selezione del sistema di qualificazione delle imprese; il potere sostitutivo delle

regolamentato dal d.P.R. n. 34/2000. Quest'ultimo lascia alle stazioni appaltanti solo i controlli sull'affidabilità morale, permettendo alle stesse di esaurire la propria attività di controllo nella mera acquisizione degli attestati SOA per ciò che concerne l'accertamento dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa. In questo modo, peraltro, le stazioni appaltanti sono state spogliate di parte del potere discrezionale di cui disponevano nella predisposizione dei requisiti di partecipazione in sede di redazione della *lex* di gara, considerato che l'attestazione SOA è requisito non solo necessario, ma sufficiente per la partecipazione alle procedure di gara nei limiti, ovviamente, della categoria e della classifica conseguita⁶.

Come accennato, ciò tuttavia non implica che le attestazioni delle competenti società costituiscano un unico documento "onnicomprensivo" da presentare ai fini della partecipazione, giacché esse non sostituiscono le dichiarazioni relative ai requisiti generali, il cui possesso deve essere verificato dalle stazioni appaltanti, di volta in volta, in ogni singola gara⁷.

La funzione pubblicistica di certificazione dell'attestato SOA – qualificato dalla giurisprudenza come un vero e proprio atto pubblico⁸ – è, dunque, limitata al possesso dei requisiti speciali per l'esecuzione di lavori pubblici riguardo ai quali la stazione appaltante viene privata di qualsivoglia strumento diretto di controllo, salvi i casi in cui, in ragione del

stazioni appaltanti che si è spinto fino al punto di istituire separati Albi o elenchi di fiducia, paralleli ma più "sicuri" e, infine, la creazione, anche a seguito dell'entrata in vigore delle direttive comunitarie, di un parallelo sistema di qualificazione specifico, destinato a rinnovarsi a ogni procedura di gara, affidato al controllo delle singole stazioni appaltanti. Sulla transizione dal sistema basato sull'iscrizione all'A.N.C. al nuovo sistema imperniato sulla qualificazione, v. il commento di CRISAFULLI e TARANTINO agli artt. 8 e 9 della legge quadro, nel *Commentario alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Caringella, IPSOA, 1999, 251 e ss.

⁵ Costituita, allo stato, da trentacinque operatori privati autorizzati ad operare nel territorio nazionale. Il dato numerico delle autorizzazioni rilasciate è tratto dalla *Relazione annuale 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in www.avcp.it.

⁶ In tal senso cfr. l'art. 1 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 recante il regolamento sulla qualificazione, ove l'attestato de quo viene espressamente configurato come «condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici».

⁷ Occorre precisare infatti che, se la qualificazione si basa sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 17 del d.P.R. n. 34/2000 (cittadinanza italiana o di altro stato dell'Unione europea, assenza di procedimento in corso per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 l. n. 1423/56 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 l. n. 575/65, inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a carico del titolare, del legale rappresentante, dell'amministratore o del direttore tecnico che incidono sulla moralità professionale, ecc.), nonché dei requisiti di ordine speciale (relativi alla capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria), essa non costituisce per la stazione appaltante una sorta di prova legale che esonera i partecipanti dall'onere di presentare altre dichiarazioni. Infatti i partecipanti, anche ove siano in possesso della qualificazione, dovranno rilasciare autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti soggettivi necessari per la partecipazione alla singola gara. D'altro canto, le attestazioni rilasciate dalle SOA, che hanno una validità triennale, si fermano ai requisiti maturati dalle imprese al momento della richiesta e non al momento in cui il singolo appalto viene bandito.

⁸ In questo senso cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2004, n. 2125, in *Urb. e app.*, 2004, 857, ove si afferma che le SOA, ancorché siano organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell'atto.

superamento delle soglie di importo fissate nell'art. 3 comma 6 del d.P.R. n. 34/2000, ai concorrenti venga chiesto di dimostrare la realizzazione, nel quinquennio antecedente alla pubblicazione del bando, di lavori per una cifra di affari almeno pari a tre volte l'importo a base di gara e in tutte le altre procedure in cui l'attestato SOA non sia sufficiente a comprovare i requisiti speciali del concorrente (come in quelle concernenti l'affidamento di appalti misti ovvero di concessioni di costruzione e gestione, nonché nei casi previsti dalla disciplina dei settori speciali e di quella relativa alla realizzazione di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi).

Negli appalti di servizi e forniture, invece, la stazione appaltante conserva sempre un immediato potere di verifica sui requisiti speciali che va espletato in due distinti momenti, secondo le tempistiche scandite nell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Tale norma prevede, infatti, che prima di procedere all'apertura delle offerte debba espletarsi un sorteggio pubblico⁹, con cui si individuano i concorrenti (in numero non inferiore al dieci per cento dei partecipanti) che saranno tenuti a comprovare, entro dieci giorni¹⁰ dalla richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando. A tal fine, i candidati devono presentare la documentazione prescritta dalla *lex specialis* o, in mancanza di indicazioni, quanto ritenuto più idoneo¹¹ a comprovare l'effettiva sussistenza dei requisiti anzidetti.

Un primo dubbio interpretativo, emerso nella casistica giurisprudenziale, attiene alle conseguenze derivanti dall'eventuale omissione della verifica a campione. Ci si è chiesti, al riguardo, se la stazione appaltante possa legittimamente omettere l'espletamento di questo sub procedimento amministrativo: ad esempio, quando non sussistano elementi indiziari da cui inferire la carenza dei requisiti speciali in capo ai concorrenti o vi siano solo due concorrenti in gara.

⁹ Salvo che la stazione appaltante non sia ricorsa al meccanismo della c.d. forcilla di cui all'art. 62, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006. In tal caso, infatti, ai sensi dell'art. 48, comma 1 bis, non si procede al sorteggio, ma si richiede a tutti i soggetti invitati alla procedura di comprovare i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi producendo la documentazione prescritta unitamente all'offerta.

¹⁰ Secondo la giurisprudenza ampiamente prevalente si tratta di un termine perentorio, cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 42, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 65; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1189, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2003, 328; nonché Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui, tuttavia, si ammette la possibilità di concedere proroghe laddove l'impresa riesca a provare l'esistenza di un impedimento oggettivo (causato ad esempio da un ritardo nel rilascio di certificati imputabile a terzi) non ascrivibile a disfunzioni organizzative interne all'impresa concorrente. Analogamente, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione, 30 marzo 2000, n. 15, che ha ritenuto ammissibile uno slittamento del termine qualora il ritardo possa imputarsi a forza maggiore o a colpa della stazione appaltante.

¹¹ Nel senso che in assenza di indicazioni la scelta in ordine alla documentazione da produrre sarebbe rimessa al concorrente cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione, 21 maggio 2009, n. 5, in G.U. n. 19 del 22 agosto 2009 (Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

La natura pubblicistica della funzione di controllo di cui sono titolari le stazioni appaltanti sembrerebbe dover portare a una risposta negativa, in omaggio al principio di irrinunciabilità dell'esercizio delle potestà pubbliche (che rappresenta, come noto, uno dei tradizionali elementi di differenziazione dalle facoltà connesse a diritti disponibili, il cui esercizio è sempre rimesso alla libera determinazione del titolare).

La giurisprudenza però, almeno finora, si è orientata in senso diverso.

Prendendo le mosse dalla considerazione secondo cui l'istituto avrebbe una finalità di semplificazione – in quanto volto a scongiurare il rischio che l'assenza in capo ai concorrenti dei requisiti dichiarati emerga solo all'esito della gara, vanificando l'attività svolta dalla stazione appaltante – si è concluso nel senso che l'obliterazione dello stesso non potrebbe inficiare la legittimità della procedura, giacché un'opposta conclusione finirebbe per determinare un risultato contrario a quello voluto dal legislatore, producendo addirittura un «*vulnus*» al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (che la previsione normativa intenderebbe salvaguardare)¹².

È invece sempre imprescindibile l'analoga verifica, disciplinata dal secondo comma dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, da espletarsi successivamente all'aggiudicazione provvisoria. Le stazioni appaltanti, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, sono tenute a chiedere all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria di comprovare i requisiti precedentemente dichiarati, ovviamente sempreché gli stessi non siano già stati sorteggiati per il controllo a campione. La norma, tuttavia, stabilisce solo il momento in cui la stazione appaltante deve attivare il controllo *ex post*, senza chiarire quali siano i tempi entro i quali l'aggiudicatario e il secondo graduato debbono fornire riscontro alla richiesta. Si lascia, così, agli operatori il delicato compito di sciogliere il dubbio in merito alla possibilità di applicare in via analogica il termine perentorio previsto per il c.d. controllo a campione; compito reso ancor più arduo dalle ondivaghe indicazioni giurisprudenziali¹³.

¹² In termini cfr. TAR, Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2009 n. 7071, in *www.giustamm.it*; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 14 agosto 2007 n. 3077, in *www.giustamm.it*.

¹³ Nel senso che il termine di 10 giorni per fornire la comprova si applichi anche in queste ipotesi cfr. CGA, 27 gennaio 2005, n. 20, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 229; TAR Bari, sez. I, 14 agosto 2008, n. 1971, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007 n. 218, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2002 n. 2207, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2295, in *Urb. e app.*, 2002, 1198; CGA, 31 maggio 2002, n. 291, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1353; nonché CGA, 2 marzo 2007, n. 109, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si è precisato che non sarebbe logico ritenere perentorio soltanto il termine per l'effettuazione del controllo a campione prima dell'apertura delle buste, e ordinario il termine che la stazione appaltante assegna all'aggiudicatario e al secondo graduato per comprovare documentalmente il possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara. In particolare, si assume che «una differente conclusione non giustificerebbe perché il vincitore ed il secondo classificato dovrebbero

Qualora l'impresa non sia in grado di provare il possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione o nell'offerta, trovano applicazione diverse misure afflittive, alcune disposte direttamente dalla stazione appaltante procedente, ed altre (su cui v. *infra* par. 3) disposte dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, su segnalazione della prima.

In tal caso, la committente deve innanzitutto estromettere il concorrente dalla gara – e ciò a prescindere da qualsivoglia indagine sulla ricorrenza di profili di colpa o dolo in capo al dichiarante che non sia riuscito a comprovare nei termini prescritti il possesso dei requisiti – salva la ricorrenza di cause di forza maggiore¹⁴.

Successivamente, se all'esito della verifica *ex post* sul possesso dei requisiti viene disposta l'esclusione dell'aggiudicatario provvisorio, la commessa può essere direttamente aggiudicata in favore del secondo graduato, senza procedere né al ricalcolo della soglia di anomalia dell'offerta¹⁵ né alla rideterminazione dei punteggi precedentemente assegnati (che invece potrebbero sensibilmente variare in presenza di meccanismi ponderali che attribuiscono, ad esempio, punteggi diversi a seconda della media dei ribassi, con la conseguenza che l'eventuale esclusione di un'offerta potrebbe determinare significativi slittamenti della graduatoria concorsuale, viepiù quando il numero di imprese concorrenti sia esiguo)¹⁶.

Soltanto ove sia il primo sia il secondo classificato risultino carenti dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante è obbligata a rideterminare la soglia di anomalia e formare una

ricevere un trattamento migliore rispetto agli altri concorrenti, solo per il fatto che non sono stati sorteggiati già nella fase del controllo a campione, mentre – se lo fossero stati – avrebbero dovuto rispettare il termine di dieci giorni». *Contra* TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 8 maggio 2009 n. 4999, in www.giutamm.it, ove si assume che il termine per l'espletamento della verifica *ex post* non sia perentorio in ragione della diversa *ratio* della disposizione che, mentre nel caso di verifica a campione avrebbe una funzione chiaramente acceleratoria, non potendo tollerarsi che la verifica si protragga *ad libitum* paralizzando l'ulteriore svolgimento di una gara in corso, viceversa nella fase successiva all'aggiudicazione provvisoria servirebbe unicamente a rendere sollecite le operazioni di verifica da parte della stazione appaltante. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3358, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1897; Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2002, n. 2197 in *Il Cons. Stato*, 2002, I, 855.

¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2001, n. 2714, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2001, 425.

¹⁵ In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2006, n. 1286, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 865; Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4840, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1208, in quest'ultima pronuncia si ribadisce che l'obbligo di rideterminare la soglia di anomalia sorge solo allorché siano esclusi sia l'aggiudicatario, sia il secondo graduato, così come espressamente prescritto dalla disciplina di settore. In senso contrario, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4512, in *Il Cons. Stato*, 2005, I, 1473, ove si assume che la stazione appaltante dovrebbe procedere alla rideterminazione della soglia d'anomalia dell'offerta senza tenere in considerazione l'offerta dell'aggiudicatario provvisorio.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5583, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che «nessuna norma impone di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura è ormai conclusa con l'aggiudicazione provvisoria della gara; anzi è previsto che la valutazione dell'efficacia di quella aggiudicazione sia subordinata a determinati accertamenti; in caso di esito negativo, la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare alla seconda classificata e ciò per un principio di economia degli atti e delle procedure, di concentrazione delle operazioni di gara, nonché per l'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle procedure selettive». Analogamente, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere 30 luglio 2009, n. 82, in www.appaltiecontratti.it.

nuova graduatoria concorsuale, in forza di quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Oltre ad escludere i concorrenti che non abbiano comprovato i requisiti prescritti, la stazione appaltante è anche tenuta¹⁷ a escutere la cauzione provvisoria (prodotta dai concorrenti in forza dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006) con cui vengono garantiti molteplici rischi – non limitati alla sola ipotesi di rifiuto dell'aggiudicatario alla stipula del contratto – ricomprendendo una serie di profili genericamente ascrivibili alla serietà ed affidabilità dell'offerta¹⁸.

Tale peculiare connotazione dell'oggetto della garanzia ha permesso di ricondurre l'istituto tra gli strumenti *lato sensu* sanzionatori¹⁹. A riprova dell'ampiezza degli eventi coperti dalla garanzia si consideri che l'escussione deve essere disposta anche per il mero ritardo nella comprova dei requisiti, quindi, anche nell'ipotesi in cui l'impresa abbia dimostrato l'assoluta veridicità delle proprie dichiarazioni, senza però rispettare le tempistiche imposte dalla norma²⁰.

17 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768, in Arch. giur. oo. pp., 2002, 1444, in cui si afferma che il legislatore avrebbe assegnato rilevanza oggettiva all'omessa attestazione dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che «il relativo inadempimento non tollerebbe ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se questo sia, cioè, dovuto a dolo o colpa dell'impresa) ed alla gravità della violazione...» e che l'attività dell'amministrazione «non ha alcun contenuto discrezionale e si rivela, anzi, strettamente vincolato alla verifica dell'inadempimento in parola». Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2000, n. 1344, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Bari, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2373, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, sez. III ter, 14 gennaio 2008, n. 184, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 31 maggio 2001, n. 813, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso parzialmente difforme si veda la determinazione n. 15/2000 dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici in cui è stato espresso il principio secondo cui si potrebbe escludere l'operatività dell'automatica escussione della cauzione laddove la mancata comprova del possesso dei requisiti dichiarati dall'impresa in gara sia dovuta a cause comunque non imputabili all'impresa stessa, e cioè a circostanze esterne che in qualche modo abbiano impedito – oggettivamente – all'impresa di fornire le adeguate giustificazioni relative ai requisiti richiesti, o abbiano causato un ritardo rispetto al termine perentorio fissato dalla legge nella presentazione di tali giustificazioni. In dottrina si è anche ipotizzata una responsabilità per danno erariale in capo all'operatore che eventualmente disponesse la rinuncia all'escussione della cauzione provvisoria, al di fuori delle ipotesi in cui la mancata comprova dei requisiti dipenda da caso fortuito o forza maggiore, cfr., in questo senso, SCERBO, *Art. 10 comma 1 – quater legge n. 109/94: escussione della cauzione provvisoria e rilevanza dell'eventuale buona fede dell'impresa*, in www.giustamm.it.

¹⁸ Secondo BOTTA, *La cauzione provvisoria ex art. 30 della L. n. 109/94 e la sua natura*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2001, 407, la cauzione svolgerebbe «una funzione complessa se non addirittura più funzioni, tantoché appare rischioso, oltre che difficoltoso, cercare di definirne la natura giuridica solo sulla base di una di esse».

¹⁹ V. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 416, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2722, in *Urb. e app.*, 2004, 1179.

²⁰ Cfr. Cons. Stato, 20 luglio 2007, n. 4098, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2166, in cui si chiarisce che l'unico effetto della comprova tardiva consiste nella possibilità di escludere l'applicabilità delle ulteriori sanzioni interdittive di competenza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Analogamente, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere, 29 gennaio 2009, n. 14, in www.appaltiecontratti.it, ove si precisa che in caso di ritardata comprova la stazione appaltante deve escludere il concorrente, escutere la cauzione e segnalare il fatto all'Autorità di vigilanza, che attiverà un procedimento contraddittorio con l'impresa interessata, all'esito del

Tanto chiarito, occorre ora evidenziare che i presupposti per l'estromissione e per l'escussione della cauzione non sono perfettamente coincidenti.

Mentre l'estromissione del concorrente deve essere comminata anche quando siano state rese false dichiarazioni sui requisiti generali, l'escussione della cauzione – secondo una parte degli interpreti – può essere disposta solo quando la mancata comprova abbia riguardato requisiti di carattere economico-finanziari e tecnico-amministrativi, in considerazione dell'ambito di applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 che, come si vedrà nel proseguo, non si estende ai controlli sui requisiti generali²¹. In senso contrario si è però obiettato che l'escussione della cauzione troverebbe un titolo di legittimazione diverso offerto, segnatamente, dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui prevede l'incameramento della garanzia per qualsiasi evento ostativo alla stipula del contratto²².

Si dubita, inoltre, della possibilità di escutere la cauzione provvisoria (e di poter segnalare il fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici), laddove l'omessa comprova non abbia riguardato i requisiti minimi indispensabili per la partecipazione alla procedura, bensì ulteriori requisiti, "sovrabbondanti" rispetto a quelli utili ai fini dell'ammissione alla gara.

Il problema si pone, in particolare, quando il bando valorizzi, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aspetti attinenti alle caratteristiche dell'offerente e non già dell'offerta, integrando quella commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione, censurata in diverse occasioni dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria)²³ e

quale potranno eventualmente essere comminate le ulteriori sanzioni, graduate a seconda della gravità dell'infrazione.

²¹ Escludono la possibilità di escutere la cauzione quando la mancata comprova delle dichiarazioni rese non attenga strettamente ai requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi TAR Toscana, Firenze, sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473, in www.giustamm.it; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 8 agosto 2008 n. 9943, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Veneto, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326, in www.giustizia-amministrativa.it. Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2512, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1617.

²² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3380, in *Urb. e app.*, 2003, 1051, che ha confermato la legittimità dell'operato di una stazione appaltante che ha escusso la cauzione provvisoria una volta rilevata la falsità della dichiarazione dell'aggiudicatario in relazione all'insussistenza di condanne per reati incidenti sulla moralità professionale. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4907, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429, in www.lexitalia.it, ove si assume la possibilità di escutere la cauzione anche quando la mancata comprova abbia riguardato i requisiti generali. Nello stesso senso cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione, 21 maggio 2009, n. 5, in G.U. n. 19 del 22 agosto 2009 (Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), che ribadisce la tesi secondo cui la cauzione può essere escussa in tali fattispecie non già in forza dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 – che al contrario trova applicazione solo in caso di mancata comprova dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi – bensì in applicazione dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006. Per un'analisi critica del problema, cfr. VALLETTI, *La cauzione provvisoria negli appalti di lavori pubblici: limiti all'escussione*, in *Urb. e app.*, 2004, 1179.

²³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2003 n. 1993 in *Il Cons. Stato*, 2003, I, 955; Cons. di Stato, sez. V, 15 giugno 2001 n. 3187, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2001, 469; TAR Lazio, sez. I ter, 1 febbraio 2008, n. 870, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, Napoli, sez. II, 16 aprile 2003 n. 3897, in www.giustizia-amministrativa.it;

recentemente stigmatizzata dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee – del 1° marzo 2007²⁴.

Il tema è tornato di stretta attualità con le più recenti pronunce dei giudici di Palazzo Spada, che hanno superato il consolidato indirizzo esegetico appena citato ammettendo la derogabilità del divieto di commistione in parola quando l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere* apprezzabile unicamente sulla scorta di criteri «quali-quantitativi» come quelli attinenti alla «pregressa esperienza dell'operatore», oppure alla «solidità ed estensione della sua organizzazione imprenditoriale»²⁵. Ciò con la conseguenza che potrebbero legittimamente trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni proposte dall'esperienza maturata dall'offerente, purché, tali aspetti non divengano preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta²⁶.

Ebbene, è proprio in questi casi che occorre definire le conseguenze dell'eventuale falsità di dichiarazioni che, sebbene attengano all'assetto soggettivo dell'impresa, risultano estranee ai requisiti minimi indispensabili per l'accesso alla procedura.

Una prima analisi delle disposizioni normative rilevanti porta a escludere l'applicabilità di misure sanzionatorie nella prospettata ipotesi di omessa prova di quella parte del requisito oggettivo costituente un *quid pluris* rispetto al minimo prescritto nel bando.

TAR Lazio, sez. III ter, 20 marzo 2002 n. 2258, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 1348; TAR Lazio, sez. III quater, 21 ottobre 2005, n. 9328, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 marzo 2005, n. 1564, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 6 maggio 2004, n. 809, in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso cfr. CGCE, 19 giugno 2003, nella causa C 315-01, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1793 in cui viene affermato il principio secondo cui «la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione stesso», con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo l'operato dell'Amministrazione aggiudicatrice che tenga conto delle diverse referenze degli offerenti «non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi di eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso».

²⁴ in G.U. n. 111 del 15 maggio 2007. Nella Circolare (emessa al dichiarato scopo «di prevenire l'apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione ed eventuali controversie giudiziarie davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee») si richiama l'attenzione sulla necessaria scissione tra la fase di ammissione dei partecipanti (condotta sulla base di requisiti di carattere soggettivo) e quella di valutazione vera e propria delle offerte (ispirata esclusivamente da criteri di tipo oggettivo attinenti ai progetti proposti) e si invitano tutte le Amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni, con l'avvertenza che «l'eventuale ripetersi di comportamenti simili [...] potrebbe comportare condanne dello Stato italiano ai sensi dell'art. 228 del Trattato CE, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione europea» e, in secondo luogo, che «in caso di inosservanza di siffatti obblighi, si incorrerà nella responsabilità amministrativa per danno all'erario, con conseguenziali provvedimenti a carico dei pubblici funzionari che vi hanno dato causa».

²⁵ In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002, in www.giustizia-amministrativa.it. Analogamente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626, in www.federalismi.it; Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009 n. 3716, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 9 giugno 2008, n. 2770, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Individua tale limite, Cons. Stato, sez. V, n. 6002/2009, cit..

Infatti, il più volte citato art. 48, nel predisporre i meccanismi sanzionatori in caso di mancata comprova delle dichiarazioni dei concorrenti, limita il proprio ambito di applicazione, mediante l'espresso riferimento ai «requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara», con una formula che ricalca pedissequamente la terminologia utilizzata negli artt. 41 (capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi) e 42 (capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi) del d.lgs. n. 163/2006 e che, pertanto, sembra riguardare esclusivamente la dimostrazione della sussistenza delle condizioni di capacità ivi disciplinate e non già gli elementi valutabili ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa disciplinati dall'art. 83 del codice dei contratti pubblici.

Oltre al dato letterale, depone nel senso sopradetto anche la natura sanzionatoria della norma in esame, che la rende di stretta interpretazione²⁷ e insuscettibile di applicazione analogica, secondo il noto canone esegetico contenuto nell'art. 14 delle disposizioni preliminari al C.C. e ribadito, con riguardo alle sanzioni amministrative, dall'art. 1, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

2.1. (segue) I controlli sui requisiti generali

I controlli sui requisiti di carattere generale, anche detti “di moralità” (elencati nell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006) non sono soggetti al regime appena esaminato – il cui ambito di applicazione è circoscritto, per espressa dizione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, alla comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico finanziaria²⁸ – e richiedono, pertanto, una trattazione separata.

Prima di descrivere le modalità con cui viene espletata l'attività di verifica, appare opportuno svolgere qualche breve notazione sull'impianto sanzionatorio previsto in caso di mancata comprova delle dichiarazioni concernenti i requisiti di ordine generale, segnalando subito l'antinomia tra le disposizioni contenute nell'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006 e quelle di cui al più volte citato art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Mentre l'art. 6, comma 11, del d.lgs. n.

²⁷ In questo senso, cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione, 21 maggio 2009, n. 5, cit., ove si esclude che le sanzioni *de quibus* possano applicarsi quando non vengano comprovate le eventuali dichiarazioni rese su elementi quantitativi e qualitativi delle offerte valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specificandosi, in particolare, che non potrà considerarsi inadempiente «un concorrente che abbia limitato la comprova ai valori minimi richiesti dal bando, anziché estenderla ai requisiti, di misura superiore, contenuti nella dichiarazione».

²⁸ In questo senso cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione, 21 maggio 2009, n. 5, cit; nonché ID, Parere 30 luglio 2009, n. 82, in www.appaltiecontratti.it. In giurisprudenza, v., *ex plurimis*, TAR Sicilia, Catania, sez. I, 31 gennaio 2005, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 7 giugno 2002, n. 1466, in www.giustizia-amministrativa.it.

163/2006 sembrerebbe estendere l'attività repressiva (mediante l'irrogazione di sanzioni pecuniarie) dell'Autorità per la vigilanza a ogni ipotesi di mancata comprova di requisiti di partecipazione, l'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 si riferisce espressamente ai requisiti tecnici e finanziari omettendo, dunque, di menzionare quelli di ordine generale.

Ebbene, l'estraneità di questi ultimi all'ambito di applicazione della disciplina sopra descritta ha spinto buona parte degli interpreti a ritenere che, laddove si accerti la falsità delle dichiarazioni rese dal concorrente con riferimento a tali requisiti, si potrebbe disporre esclusivamente l'estromissione dello stesso, senza l'incameramento della cauzione e senza che l'Autorità di vigilanza possa irrogare le ulteriori sanzioni, in particolare quelle interdittive (sospensione fino a un anno della possibilità di prendere parte alle procedure di gara)²⁹.

Tesi questa che, sebbene porti a risultati per certi versi aberranti, atteso che si indebolisce la risposta repressiva in presenza di comportamenti che ledono allo stesso modo, se non più gravemente, l'interesse al corretto svolgimento delle procedure di evidenza pubblica, trova sempre più seguito in giurisprudenza³⁰. I maggiori consensi si hanno, soprattutto, con riguardo

²⁹ Cfr., Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione 21 maggio 2009, n. 5, cit., ove si afferma che in caso di mancata comprova dei requisiti generali sarebbe ammissibile esclusivamente l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione. Secondo l'Authority, infatti, i controlli dell'art. 48 si riferirebbero solo ai requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi, mentre non si estenderebbero a quelli di ordine generale.

³⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2722, in *Urb. e app.*, 2004, 1179; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2512, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1617; TAR, Campania, Napoli, sez. VIII, 8 agosto 2008, n. 9943, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Veneto, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 23 settembre 2009 n. 1473, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si precisa espressamente che: «l'irrogazione della triplice sanzione (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 citato, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex articolo 38 del codice degli appalti, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara». Nello stesso senso, cfr., di recente, TAR Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699, in www.giustizia-amministrativa.it. In sede cautelare cfr., ancora, TAR Lazio, III, *ter*, ord. 17 ottobre 2008, n. 4888, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge: «l'irrogazione della triplice sanzione (esclusione della gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del codice dei contratti pubblici, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara». In sede di appello cautelare si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 20 gennaio 2009, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha confermato l'assunto per cui «l'art. 48 del d.lgs. n. 163/06 ricollega l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità alle mancanze dei requisiti di ordine speciale». Analogamente, cfr. TAR Catania, sez. I, 31 gennaio 2005, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Palermo, sez. II, 7 giugno 2002, n. 1466, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si precisa che la mancata presentazione in sede di comprova del certificato generale del casellario giudiziario o del certificato dei carichi pendenti comporta solo l'esclusione dalla gara e non l'applicazione delle ulteriori sanzioni poc'anzi ricordate. In senso contrario, cfr. Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 2515; TAR Puglia, Bari, sez. I, 17 luglio 2008, n. 1755, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2006, n. 6450, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, sez. III, 4 maggio 2005, n. 3321, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1573; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 353; nonchè, Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma, da un lato, che il fatto dell'aggiudicatario che legittima l'incameramento della cauzione è «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» e, dall'altro, che «la segnalazione all'Autorità

ai provvedimenti di sospensione dalla facoltà di prendere parte alle procedure di affidamento di contratti pubblici, per i quali effettivamente difetta l'indispensabile base normativa legittimante, atteso il silenzio dell'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006 (che si riferisce solo alle sanzioni pecuniarie, senza nulla disporre con riguardo a quelle interdittive, esclusivamente disciplinate dall'art. 48).

Ciò premesso, può ora passarsi alla disamina degli strumenti di controllo sulle attestazioni delle imprese concorrenti in merito al possesso dei requisiti generali, che, ormai, vengono rilasciate mediante dichiarazioni sostitutive *ex* d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con l'effetto, da un lato, di semplificare gli oneri di produzione documentale e, dall'altro, di decongestionare gli uffici pubblici, per i quali le continue richieste di certificazioni costituiscono un fattore di rallentamento (quando non di paralisi), nonché di inutile affaticamento procedurale contrario ai principi di economicità e di snellezza oggi vigenti.

Dunque, grazie all'introduzione di questi strumenti di semplificazione, il regime delle attestazioni di tali requisiti è divenuto sensibilmente più elastico. Inoltre, con l'entrata in vigore della normativa in materia di semplificazione e di autocertificazione (raccolta nel testo unico n. 445/00) non soltanto è stata eliminata la formalità dell'autenticazione³¹, sia per le sottoscrizioni, sia per le c.d. autocertificazioni, ma sembra essere stata superata l'"infungibilità" della maggior parte dei documenti certificativi³², con la definitiva generalizzazione delle dichiarazioni sostitutive in luogo dei relativi certificati³³.

Le più recenti previsioni dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, legittimando espressamente i concorrenti ad avvalersi delle dichiarazioni sostitutive *de quibus*, hanno finalmente attribuito una base legislativa sicura a quella tendenza sostanzialista che in precedenza si era soprattutto

va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale».

³¹ La giurisprudenza era precedentemente concorde nell'equiparare la produzione di un certificato in copia non autenticata alla mancata presentazione del documento, escludendo quindi la possibilità di una successiva regolarizzazione e ritenendo legittima l'esclusione dalla gara: cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 maggio 1998 n. 294, in *Foro amm.* 1998, 2428. *Contra*, sullo stesso punto, Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999 n. 223, e Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 1999 n. 769, rispettivamente in *Foro amm.* 1999, 683 e 1256.

³² Ha osservato a questo proposito OCCHIENA, *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro it.* 1999, III, 274, come tali provvedimenti abbiano fortemente ridimensionato i poteri amministrativi riservati di accertamento, trasformandoli però in poteri di verifica eventuale e successiva sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive. Sull'argomento cfr. BOMBARDELLI, *Autocertificazione e partecipazione a gara pubblica*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2000, II, 143.

³³ Sul tema si veda Cons. Stato, sez. IV, 6 settembre 2005, n. 4560, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1495, che, riguardo la documentazione da produrre per l'ammissione alla gara ha affermato la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva - per l'art. 19 d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445 - anche in luogo della attestazione sulla conformità di un atto o di un documento rilasciato da una p.a. (nel caso di specie il bando richiedeva la produzione in originale o copia autenticata del certificato relativo all'osservanza della normativa sui disabili prevista dall'art. 17 l. 12 marzo 1999 n. 68, unitamente alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che attestasse che tali obblighi continuavano ad essere rispettati, mentre la ditta esclusa aveva prodotto il certificato in copia non autenticata).

diffusa attraverso l'opera della giurisprudenza che, in numerose occasioni, aveva avuto modo di affermare che la semplice incompletezza di un documento certificativo non determinasse *ex se* l'esclusione del concorrente, ma fosse suscettibile di regolarizzazione o di integrazione³⁴.

La sanzione dell'esclusione dalla procedura, quindi, sembrerebbe ormai una misura limitata ai soli casi in cui vi sia un'espressa comminatoria in tal senso nella *lex specialis* e in cui vi sia una totale mancanza del documento richiesto³⁵.

Diversamente, tutte le volte in cui il contenuto della dichiarazione richiesta possa evincersi dal contesto della documentazione prodotta³⁶, oppure il concorrente fornisca un "principio" di prova del possesso dei requisiti oggetto della certificazione, oppure ancora non vi sia un interesse pubblico specifico da tutelare, l'amministrazione, anche in presenza di un'espressa comminatoria di esclusione, non può procedere automaticamente all'esclusione, dovendo bensì verificare la possibilità di ricavare *aliunde* la sussistenza dei requisiti richiesti, oppure di chiedere all'interessato di integrare o di chiarire la documentazione insufficiente, ex art. 46 del d. lgs. n. 163/2006³⁷.

Tutto ciò attenua notevolmente l'incidenza del formalismo, ma introduce una maggior discrezionalità in capo alle amministrazioni, le quali non potranno limitarsi ad applicare

³⁴ Si veda, ad es. TAR Lazio, sez. III, 20 febbraio 2004, n. 1600, in *Rass. dir. farm.*, 2004, 805, ove si è sostenuto che nel rispetto della massima concorrenzialità, è legittima la richiesta di integrazione documentale formulata in corso di gara da parte della stazione appaltante, dovendosi confinare l'esclusione del concorrente al caso in cui il documento attestante i requisiti sia assente e non, viceversa, quando risulti depositato in forma incompleta. Sulla stessa linea Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 1995 n. 1270, in *Foro amm.*, 1995, 2694 e TAR Piemonte, sez. II, 25 luglio 1998 n. 286, in *Foro amm.*, 1999, 1270, che hanno affermato la sanabilità a mezzo di integrazione del certificato della cancelleria fallimentare incompleto. L'integrabilità e la relativa fungibilità tra certificati non può però estendersi fino a ritenere ammissibile un certificato con contenuto diverso da quello richiesto: sul punto, v. Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6684, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 3133, per cui l'amministrazione, nell'ipotesi di documentazione incompleta o erronea può, nell'ambito della propria discrezionalità, invitare l'interessato a provvedere alla sua regolarizzazione, nei limiti in cui la stessa non sia riferita agli elementi essenziali della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della *par condicio* e l'osservanza dei tempi procedurali, e Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999 n. 820, in *Foro amm.* 1999, 2077, che ha affermato la legittimità dell'esclusione di una società da una gara, per l'inefficienza del certificato della camera di commercio ad attestare altri dati necessariamente richiesti per la partecipazione, segnatamente l'inesistenza di procedure concorsuali a carico dell'impresa partecipante.

³⁵ Anzi, secondo il menzionato orientamento "sostanzialista" occorre anche un terzo presupposto: la rispondenza a un effettivo interesse pubblico o a esigenze di *par condicio* della richiesta documentale e della connessa comminatoria di esclusione.

³⁶ Sul punto, v. TAR Sicilia, 6 ottobre 1998 n. 1927, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 1020 e Cons. Stato, sez. IV, 6 settembre 2005, n. 4559, in *Nuova rass.*, 2005, 1703, dove si afferma che nel caso in cui il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una precisazione o un chiarimento ovvero un aggiornamento, non si procederà all'esclusione della partecipante in quanto non si discute circa il possesso del requisito, ma soltanto sulla precisazione dello stesso.

³⁷ In altre parole, il criterio teleologico "debole", che opera come canone ermeneutico applicabile nel caso di clausole poco chiare, sarebbe destinato a essere sostituito da quello "forte", che consente, anche in presenza di una espressa comminatoria di esclusione, di applicare le clausole del bando solo se poste a garanzia di un interesse pubblico sostanziale, non contrastanti con norme imperative, e comunque in coerenza con i principi dell'ordinamento.

automaticamente le norme contenute nella *lex specialis*, essendo tenute caso per caso a stabilire la misura più idonea³⁸.

Sotto altro profilo, la generalizzata introduzione del principio dell'autocertificazione – definitivamente sancita dal testo unico in materia di documentazione amministrativa – se alleggerisce gli oneri di produzione documentale, e segnatamente di richiesta di certificati, introduce un principio di autoresponsabilità in capo ai partecipanti, i quali potranno essere chiamati a rispondere, anche in sede penale, delle dichiarazioni false eventualmente rilasciate a fini certificativi³⁹.

Ciò con l'ulteriore effetto di accentuare nei procedimenti in questione la presenza di una fase amministrativa di controllo sulla veridicità delle dichiarazioni presentate in sede di autocertificazione, mediante l'espletamento delle verifiche disciplinate dall'art. 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (come espressamente previsto dall'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006); il che, inevitabilmente, comporta una "complicazione" di ciò che si era voluto semplificare, perché all'alleggerimento dell'onere di produzione documentale si accompagna l'aggiunta dell'eventuale subprocedimento di controllo sulla veridicità delle autodichiarazioni.

L'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 non manca, tuttavia, di prevedere alcune eccezioni. Innanzitutto si sottraggono al regime di semplificazione (mediante dichiarazioni sostitutive) le attestazioni relative alla regolarità contributiva, prevedendo espressamente in capo all'affidatario della commessa l'obbligo di produrre il documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210 (conv. in legge dalla l. 22 novembre 2002, n. 266) e di cui all'art. 90, comma 9, del d.lgs. n. 81 del 2008.

Lo stesso articolo 38, con riferimento al requisito dell'insussistenza di condanne per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità incidenti sulla moralità professionale, stabilisce inoltre che le stazioni appaltanti, in relazione a tutti i concorrenti, non possano "accontentarsi" delle dichiarazioni rese da questi (peraltro tenuti a indicare anche le eventuali condanne per le quali si sia beneficiato della "non menzione"), dovendo acquisire in ogni caso i certificati del

³⁸ In questo senso, Cons. di Stato, sez. VI, 30 gennaio 1998 n. 120, in *Foro it.* 1999, III, 268, che parla però di una "facoltà discrezionale" dei soggetti appaltanti di invitare le imprese a completare o a chiarire certificati, documentazioni e dichiarazioni presentati e Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n. 5581, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 1036, che ammette la sussistenza di un potere discrezionale della amministrazione appaltante di non procedere all'esclusione dalla gara di un concorrente per avere prodotto un determinato tipo di documento anziché un altro a dimostrazione del possesso di un requisito, potendo, invece, estendere la possibilità di comprovare il requisito anche attraverso documentazione differente e più ampia, in applicazione degli ordinari principi di trasparenza dell'azione amministrativa.

³⁹ Sul punto, v. BELLAGAMBA, *La semplificazione della gara d'appalto, fra autocertificazione integrale e opzione preferenziale per la procedura aperta*, in *Contratti Stato e ee. pp.*, 1998, 13; per le problematiche legate alla certificazione antimafia cfr. PISELLI, *Rapporti e/o contrasti tra le regole contenute nella Merloni ter e la normativa tra autocertificazione ed antimafia*, in *App. e urb.*, 2000, II, 73.

casellario giudiziale, di cui all'art. 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (contenenti tutte le iscrizioni esistenti e rilasciabili su richiesta dell'autorità giudiziaria) o le visure delle iscrizioni ivi contenute.

Nel chiudere la trattazione dei controlli della stazione appaltante sui requisiti dei candidati è infine doveroso menzionare le ultimissime modifiche apportate al citato art. 38 dal decreto legge 25 settembre 2009, n. 135⁴⁰ (recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee) che hanno inciso sulle modalità di controllo del requisito attinente all'autonoma formulazione dell'offerta e all'insussistenza di quelle situazioni di controllo sostanziale da cui possa discendere l'imputabilità di due o più offerte ad un unico centro decisionale⁴¹.

L'attenzione deve essere rivolta, in particolare, alle nuove modalità dettate dal decreto legge per l'espletamento della verifica *de qua*, che ora va necessariamente effettuata dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e può portare all'esclusione solo ove il difetto di autonomia risulti da «univoci elementi».

La necessaria sussistenza di significativi elementi probatori non può che apparire opportuna, stante la gravità delle ricadute patrimoniali legate all'esclusione da una procedura di gara⁴². Meno condivisibili appaiono, invece, le scelte sulle tempistiche della verifica, che

⁴⁰ in *G.U.* n. 223 del 25 settembre 2009, allo stato non convertito.

⁴¹ La necessità di adeguamento della disciplina nazionale è sorta con la pronuncia della CGCE, 19 maggio 2009, c- 538/2007, in *Edil. e terr.*, 2009, n. 21, 30 che ha dichiarato l'incompatibilità della nostra disciplina nazionale con le direttive comunitarie laddove vietava la partecipazione dei concorrenti che si trovassero in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 C.C., a prescindere dall'accertamento dell'effettiva imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. Il *punctum dolens* viene dunque identificato nella presunzione assoluta secondo cui le offerte provenienti da soggetti che si trovano tra loro in situazione di controllo difettino necessariamente del requisito dell'autonomia. E tanto, secondo la Corte di Giustizia, risulta in evidente contrasto con il principio di proporzionalità. Sul tema della partecipazione alla gara di imprese collegate, cfr. MANGIALARDI, *Partecipazione alla gara di imprese collegate*, in *Urb. e app.*, 2007, 1004; nonché VINTI, *Le aggiudicazioni alle imprese collegate*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 243.

⁴² È invece dubbio se la non conformità al vero della dichiarazione sull'insussistenza di rapporti di "collegamento sostanziale" con altri concorrenti possa dar luogo all'iscrizione della notizia sul Casellario a fini interdittivi oppure a solo a fini pubblicitari. Un primo orientamento giurisprudenziale muove dalla considerazione che la dichiarazione circa l'inesistenza di ipotesi di collegamento c.d. sostanziale implica una valutazione soggettiva del dichiarante e lo stesso convincimento della stazione appaltante in merito alla sussistenza di un collegamento tra due o più imprese concorrenti alla medesima procedura è fondato esclusivamente su un ragionamento presuntivo, seppur legato a significativi indizi sintomatici. Per questo motivo esso non apparirebbe idoneo, ex se, a costituire accertamento incontestabile della "falsità" delle asserzioni dell'impresa, seppure attinenti ad elementi di fatto noti alla stessa. In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1480, in cui si aggiunge che in questi casi l'accertata sussistenza del collegamento sostanziale rileva come dato di mero fatto ai fini della segnalazione all'Autorità, ma la relativa annotazione rientra nella ipotesi residuale di cui alla lettera t dell'art. 27 del d.P.R. n. 34/2000 in quanto inerente ad informazioni utili sulla vita delle imprese. Trattasi, in definitiva, di ricognizione (ed annotazione) di fatti non avente portata sanzionatoria né valenza escludente dalle gare d'appalto. *Contra* Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 353, ove si assume che l'esclusione di due o più imprese per collegamento sostanziale è oggetto di interesse ai fini dell'inserimento di tali dati nel Casellario informatico, ai sensi dell'articolo 27, comma 2 lettera t del Dpr n. 34/00, perché ciò consente alle stazioni appaltanti di escludere, in via di autotutela, dalle proprie gare le imprese

rischiano di minare principi consolidati nell'ambito dei procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale e, segnatamente, del principio di separazione tra la fase di ammissione e quella di valutazione delle offerte, volto ad evitare che la prima sia influenzata dall'avvio della seconda e dall'acquisita contezza dei contenuti delle offerte. Pericolo vieppiù acceso laddove sia richiesto l'esercizio di poteri valutativi caratterizzati da significativi margini di opinabilità, come accade appunto allorchè si valuti la sussistenza di un collegamento sostanziale tra le offerte.

In ossequio alla *par condicio competitorum*, sarebbe allora opportuno far sì che tali valutazioni vengano espletate quando ancora non è nota la collocazione in graduatoria dei concorrenti, con la piena riaffermazione della separazione della fase di ammissione delle domande e quella di valutazione delle offerte⁴³, scongiurando i rischi dell'altrimenti inevitabile promiscuità nell'applicazione di principi e regole contrastanti.

3.1. poteri sanzionatori dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: inquadramento generale

I poteri sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁴ vengono disciplinati da una serie di norme contenute nel codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 163/2006), che richiedono un esame coordinato.

oggetto di annotazione, qualora ricorrano oggettivi dubbi sulla serietà e indipendenza delle offerte, valutazione che, ovviamente, non può che essere effettuata a posteriori. Pertanto, è del tutto irrilevante che tale "collegamento sostanziale" non sia concretamente realizzabile per essere, le imprese annote, riunite in un'unica ATI. Ciò che invece rileva è che la dichiarazione di cui all'art. 75 del d.p.r. n. 554/99, lett. h, in considerazione del rigore che deve caratterizzare la materia in esame, deve ritenersi comprensiva, in relazione a quanto detto, di tutti i dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici in relazione ai quali, ai sensi dell'art 75 co. 2, i concorrenti devono dichiarare l'inesistenza, tra l'altro, di situazioni di cui al co. 1, lett. h. Pertanto, la mancata dichiarazione del "collegamento sostanziale" tra imprese, in quanto accertato mediante annotazione nel Casellario informatico, nei confronti delle imprese partecipanti alla gara e non dichiarato dalle stesse, costituisce una non veritiera indicazione delle condizioni previste per la partecipazione alla gara, ai sensi del cit. art. 75 ed essendo tale dichiarazione precedente alla gara stessa, costituisce, di per sé, motivo di esclusione, indipendentemente dalla rilevanza che tale collegamento potrebbe avere sulla gara in esame.

⁴³ Per l'analisi dell'ambito applicativo del principio della scansione in fasi e delle implicazioni scaturenti nei diversi procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale, sia consentito rinviare a VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, Padova, 2002, 124.

⁴⁴ Per un'ampia ricostruzione delle ragioni che hanno portato all'istituzione di questa Autorità v. CARULLO, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in Carullo – Clarizia (a cura di), *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, I, Padova, 2000, 199. Sull'argomento v. CARANTA, *Ancora un'Autorità indipendente*, in CARINGELLA (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Milano, 1999; DI LULLO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (artt. 6-8)*, in SANINO (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: D.Lgs., 12 aprile 1006, n. 163*, Torino, 2008; GATTAMELATA, *L'Autorità sui lavori pubblici: il suo difficile inserimento nella famiglia delle Amministrazioni indipendenti*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 57. Per una rassegna delle diverse funzioni oggi spettanti all'Autorità e dell'assetto organizzativo della stessa si veda il recente contributo di PIGNATARO, *L'Authority di vigilanza nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008.

In linea di prima approssimazione, le sanzioni irrogate dall’Autorità possono dividersi in due categorie: la prima comprende quelle “strumentali”, vale a dire funzionali all’esercizio dell’attività di vigilanza; la seconda racchiude, invece, quelle volte a reprimere le condotte illecite degli operatori del mercato incidenti sul regolare espletamento delle procedure di evidenza pubblica e, segnatamente, della fase di qualificazione dei concorrenti.

A questa distinzione teleologica non corrisponde, o almeno non necessariamente, una diversificazione dello strumento repressivo.

Possono essere irrogate sanzioni pecuniarie sia a carico dei soggetti che ostacolano l’attività di controllo degli organi dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con comportamenti reticenti o fuorvianti, sia nei confronti dei concorrenti a una procedura selettiva che forniscano alla stazione appaltante dati (o documenti) non veritieri in merito al possesso dei requisiti di qualificazione, oppure non ottemperino alla richiesta di comprovarne l’effettivo possesso.

Diversamente, le sanzioni non pecuniarie ad effetto sostanzialmente interdittivo – quali quelle consistenti nell’annullamento dell’attestazioni rilasciate alle imprese dalla SOA o dell’esclusione per un anno dalla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica – rientrano tutte nella seconda categoria (vale a dire, si riferiscono a condotte illecite direttamente lesive dei valori sottesi alla disciplina di evidenza pubblica senza incidere sull’attività di controllo dell’Autorità) e hanno un campo di applicazione più circoscritto.

Guardati nel loro complesso i poteri sanzionatori dell’Autorità vengono generalmente reputati inadeguati rispetto alle esigenze del settore⁴⁵ e ciò sebbene le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici abbiano determinato una significativa estensione degli stessi soprattutto con riguardo alle trasgressioni incidenti sul corretto funzionamento del sistema di qualificazione delle imprese.

Nella stragrande maggioranza dei casi l’accertamento di violazioni della disciplina posta dal codice dei contratti pubblici non può sfociare nell’avvio di una procedura sanzionatoria dinanzi all’Autorità di vigilanza⁴⁶, che dovrà limitarsi a inviare una segnalazione agli organi di controllo e, ove si tratti di fattispecie aventi rilevanza penale, agli organi giurisdizionali

⁴⁵ In tal senso cfr. GIAMPAOLINO – PONZONE, *L’autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di Sandulli – De Nictolis – Garofoli, Milano, 2008, 723; SCOCA, *L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli*, in *Trattato dei Contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, Volume VIII, *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, 2007, 270; nonché GAROFOLI - FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, Bari, 2008, 57.

⁴⁶ In questo senso v. anche GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, cit., 57, che sottolineano come in capo all’Autorità difetti un potere generale di comminare sanzioni nell’ambito della funzione di vigilanza e controllo.

competenti. Inoltre, anche quando dall'esecuzione del contratto possa derivare un pregiudizio per il pubblico erario l'Autorità non può (*rectius* deve) far altro che inviare gli atti e i rilievi alla procura generale della Corte dei Conti (nonché ai soggetti interessati). La giurisprudenza, a tal proposito, ha avuto modo di chiarire – già sotto la vigenza della precedente disciplina normativa (di cui alla l. n. 109/1994) – che dall'esame dei compiti dell'Autorità non può desumersi che la stessa sia dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, statali o locali, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di contratti pubblici⁴⁷.

Quanto alle procedure di applicazione delle diverse tipologie sanzionatorie occorre subito ricordare che l'art. 8 del d.lgs. n. 163/2006 ha demandato al regolamento dell'Autorità la disciplina di dettaglio che – per espresso disposto della norma primaria appena richiamata – dovrà in ogni caso rispettare i principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, nonché i principi di proporzionalità e adeguatezza della sanzione, assicurando la comunicazione tempestiva del provvedimento sanzionatorio con forme idonee a fornire la prova certa della piena conoscenza in capo al destinatario (oltre al rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti). Principi, questi, che troviamo in qualche misura recepiti nel nuovo «Regolamento in materia di vigilanza e accertamenti ispettivi», adottato il 15 gennaio 2009 dal Consiglio dell'Autorità di vigilanza⁴⁸, ove si garantiscono forme di contraddittorio procedimentale già nella fase propedeutica dell'espletamento dell'attività di indagine.

3.1. Tipicità dei poteri sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici

Le sanzioni pecuniarie, al pari delle altre sanzioni speciali, possono essere irrogate solo nelle ipotesi tassativamente contemplate dalla normativa di settore.

Dalla tipicità dei poteri sanzionatori dell'Autorità la giurisprudenza ha fatto discendere diversi corollari.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2006 n. 5317, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2006, 1264; TAR Lazio, Roma, III, 23 febbraio 2007 n. 1638, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 999.

⁴⁸ Pubblicato nella G.U. n. 80 del 6 aprile 2009. Per un primo commento v. FALCO, *Attività ispettiva dell'Authority a tutto campo, debutta la programmazione annuale*, in *Edil. e terr.*, 2009, n. 15, 25.

In primo luogo, si è chiarito che l’Autorità non può disporre l’esclusione di un concorrente da una procedura di gara surrogandosi alla stazione appaltante⁴⁹.

Inoltre, si è precisato che la mancata comunicazione di informazioni che possono incidere sull’indipendenza delle Società Organismi di Attestazione non dà luogo all’irrogazione di sanzioni qualora non vi è stata una specifica richiesta dell’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, in quanto l’area precettiva dell’art. 7, comma nono, del d.P.R. n. 34/2000, che assoggetta a sanzione il comportamento non collaborativo della SOA in presenza di una puntuale e specifica richiesta informativa dell’Autorità di Vigilanza, non può essere estesa in modo da ricomprendere anche il non corretto o erroneo esercizio dell’attività informativa di carattere generale rimessa all’iniziativa della SOA, tenuta a segnalare i fatti e le circostanze che possono implicare la presenza di interessi idonei a influire sul requisito della propria indipendenza.

Ciò sempre in considerazione del principio di tipicità che caratterizza le figure di illecito amministrativo, da cui consegue che le misure afflittive legate al loro accertamento non sono passibili di soluzioni interpretative, basate su criteri estensivi o analogici, tese ad ampliarne l’ambito di applicazione oltre ai casi ed i tempi presi in considerazione dalla norma⁵⁰.

3.2. *Poteri sanzionatori strumentali all’attività di vigilanza*

Le stazioni appaltanti (incluse, ovviamente le pubbliche amministrazioni e ogni ente anche regionale)⁵¹, gli esecutori di contratti pubblici e, più in generale, qualsiasi persona fisica o operatore economico che sia comunque in possesso di documenti o informazioni riguardanti lavori, servizi⁵² e forniture pubblici (in corso o da iniziare) o “affidamenti”⁵³ e, infine, le stesse SOA⁵⁴ sono tutti tenuti a rendere le predette informazioni e a fornire i relativi documenti qualora l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ne faccia richiesta.

Laddove i soggetti *de quibus* omettano o si rifiutino di fornire il doveroso riscontro senza giustificato motivo, sono passibili della sanzione amministrativa pecuniaria, il cui importo può

⁴⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 27 maggio 2004, n. 5034, in *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 916, ove si precisa che l’Autorità di Vigilanza non ha altri poteri sanzionatori oltre quelli specificamente individuati dalle specifiche norme contenute nella legge n. 109/1994 (oggi trasposte nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006) e che, pertanto, non può escludere le imprese dalle gare neppure quando ne ricorrano i presupposti, potendo essere esercitato tale potere solo dalle stazioni appaltanti.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2008 n. 1273, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 677.

⁵¹ Come specificato dall’art. 6, comma 9, lett. a, del d.lgs. n. 163/2006.

⁵² Inclusi gli incarichi di progettazione.

⁵³ Come testualmente recita l’art. 6, comma 9 lett. a del d.lgs. n. 163/2006 sempre al fine di estendere gli obblighi di informativa a prescindere dalla tipologia e dall’oggetto del negozio.

⁵⁴ Aseguito delle novelle apportate dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

arrivare sino a euro 25.822. L'importo della sanzione può essere incrementato sino a euro 51.545, se vengano fornite all'Autorità di vigilanza informazioni o documenti che risultino essere non veritieri.

Mentre le sanzioni pecuniarie vengono irrogate direttamente dall'Autorità, le sanzioni disciplinari, che conseguono qualora le condotte di cui sopra vengano perpetrate da soggetti appartenenti alle pubbliche amministrazioni, sono applicate solo all'esito del procedimento disciplinare attivato dall'amministrazione competente su segnalazione dell'Autorità.

La commisurazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie deve dunque tener conto di una serie di aspetti, tra cui assume rilievo primario il valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono; e ciò non solo nei casi di violazione degli obblighi di informativa, ma ogniqualvolta l'Autorità sia chiamata a disporre sanzioni pecuniarie (quindi anche in caso di mancata prova dei requisiti dichiarati in gara dal concorrente alla stazione appaltante).

Per espressa disposizione normativa i provvedimenti dell'Autorità devono sempre prevedere il termine di pagamento della sanzione e che la relativa riscossione avvenga mediante iscrizione a ruolo.

Al riguardo è ancora il caso di segnalare che il ritardo nell'invio delle informazioni richieste in molti casi è stato equiparato dalla giurisprudenza alla radicale omissione dei dati⁵⁵.

3.3. I poteri sanzionatori dell'Autorità in materia di qualificazione delle imprese: inquadramento generale e principi

I poteri sanzionatori diversi da quelli "strumentali" (come si è detto esclusivamente volti a prevenire condotte che intralcino l'attività di vigilanza dell'Autorità) ruotano tutti in qualche misura attorno alla fase di qualificazione dei concorrenti, in cui occorre garantire la veridicità delle dichiarazioni rese in merito al possesso dei requisiti di partecipazione, prescritti dalla normativa di settore e dalla *lex specialis*⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. TAR Veneto, sez. I, 25 luglio 2001 n. 2431, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si assume che l'invio degli elementi richiesti con un ritardo abnorme (nella specie superiore a dieci mesi), rispetto a tutte le proroghe stabilite, tale da rendere inutile la produzione, è per ciò stesso equiparabile ad un'omissione. Analogamente cfr. TAR Campania, sez. Salerno, 10 maggio 2001 n. 1296, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Sez. III, 17 gennaio 2001, n. 1323, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001, 265, in cui si afferma che anche la mancata comunicazione dei dati all'Autorità nel termine prefissato, funzionale all'acquisizione degli elementi per la predisposizione della relazione al Parlamento, integra gli estremi dell'omissione sanzionabile, senza che rilevi l'eventuale successiva comunicazione.

⁵⁶ Sui limiti entro cui le stazioni appaltanti possono imporre requisiti più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legislazione in materia, cfr. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *Trattato dei Contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, Volume VIII, *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, 2007, 270.

Deve subito segnalarsi che se si raffronta la disciplina dei lavori, da un lato, e quella delle forniture e servizi, dall'altro, emerge una significativa asimmetria nei poteri di intervento.

Allo stato, infatti, solo nell'ambito del sistema di qualificazione dei lavori pubblici l'Autorità è in grado di impedire che un'impresa non effettivamente in possesso dei requisiti di partecipazione possa utilmente prendere parte a una procedura di gara e ciò grazie al potere conferitogli di annullare direttamente l'attestazione indebitamente rilasciata dalla società organismo di attestazione.

Nei servizi e forniture – per i quali, come noto, vige un sistema di qualificazione del tutto diverso – il controllo è esclusivamente demandato alle stazioni appaltanti che, non avendo a disposizione alcun attestato, sono tenute a verificare direttamente il possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi mediante un'attività di controllo che nei lavori pubblici, come si è accennato, è invece demandata alle SOA.

Le sanzioni comuni ai tre comparti della disciplina di evidenza pubblica (lavori, servizi e forniture), sempre attinenti alla verifica del possesso dei requisiti, sono innanzitutto quelle pecuniarie, che vengono applicate dall'Autorità, con le modalità sopradescritte, agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare, ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa dichiarati in corso di gara, nonché agli operatori economici che forniscono a una stazione appaltante o a un organismo di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

In secondo luogo, vi sono le sanzioni interdittive che potrebbero definirsi generali – perché applicabili non solo con riguardo ai lavori pubblici, ma in tutti i comparti della contrattualistica pubblica – la cui operatività è assicurata attraverso un sistema informativo centralizzato che opera da raccordo tra l'Autorità e le molteplici stazioni appaltanti operanti sul territorio nazionale.

La specificità di tali meccanismi richiede una disamina separata.

3.4. Le varie tipologie (sanzionatorie e non) di iscrizioni nel casellario informatico

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici provvede alla tenuta del casellario informatico istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (organo quest'ultimo operante nell'ambito dell'Autorità stessa, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006) e dispone, esercitando un potere vincolato, l'inserimento di una serie di

informazioni relative alle imprese operanti nel settore degli appalti pubblici ritenute utili per le stazioni appaltanti, che possono accedere ai predetti dati innanzitutto al fine di individuare le imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione.

L'art. 27, comma 2, del d.P.R. n. 34/2000 elenca una serie di informazioni sulle imprese che devono essere inserite nel casellario, tra cui: l'eventuale stato di liquidazione o cessazione di attività (lett. n); le eventuali procedure concorsuali pendenti (lett. o); eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori ovvero gravi inadempienze contrattuali anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dalle stazioni appaltanti (lett. p); le eventuali sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p. a carico dei legali rappresentanti, degli amministratori delegati o dei direttori tecnici per reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio (lett. q); gli eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'articolo 8, comma 7, della legge n. 109/94 (ora, art. 48 del d.lgs. n. 163/2006) adottati dalle stazioni appaltanti (lett. r); le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all'articolo 10, comma 1-quater, della legge n. 109/94 – ora art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 – (lett. s).

La disposizione appena richiamata contiene, poi (alla lett. t), una clausola di chiusura che autorizza l'inserimento nel casellario di tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, vengano ritenute comunque “*utili*”. Si è parlato a tal riguardo di ipotesi di iscrizione “innominata”⁵⁷, per sottolineare come la disposizione permetta di inserire informazioni di vario tipo, ulteriori sia rispetto a quelle attinenti alle cause di esclusione tipiche previste dalla legge (menzionate nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006), sia rispetto all'adozione di provvedimenti di esclusione adottati in caso di mancata prova dei requisiti dichiarati.

A queste iscrizioni devono poi aggiungersi quelle relative alle comunicazioni dei procuratori della Repubblica concernenti le nuove ipotesi di esclusione dalle gare previste dall'art. 38, comma lett. m-ter, del d. lgs. n. 163/2006, a carico di quanti abbiano omesso di denunciare all'autorità giudiziaria alcuni specifici reati (in particolare concussione ed estorsione, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152,

⁵⁷ V. Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 2515; TAR Lazio, Sez. III Roma, 4 ottobre 2006, n. 9903, in www.giustizia-amministrativa.it.

convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203⁵⁸) di cui siano venuti a conoscenza, sempreché tale circostanza emerga dagli indizi posti a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando.

È bene precisare, peraltro, che tale nuova ipotesi di esclusione opera anche nei confronti di coloro che siano stati vittime dei suddetti reati⁵⁹ e sembra colpire anche fattispecie integrate nel triennio antecedente alla entrata in vigore della disposizione normativa; così ledendo l'affidamento ingenerato in quanti, confidando nella liceità del loro comportamento, non sussistendo un obbligo di denuncia generalizzato, abbiano ommesso di denunciare i suddetti reati senza essere stati posti in condizione di conoscere le gravi conseguenze cui sarebbero andati incontro a causa della norma retroattiva sopravvenuta⁶⁰.

Ad ogni modo, l'annotazione da parte dell'Autorità di Vigilanza sulla base delle comunicazioni delle stazioni appaltanti viene pacificamente reputato un atto dovuto, quantomeno per le fattispecie tipiche. In questi casi, l'Autorità, senza dar luogo ad alcun vaglio preliminare sui contenuti sostanziali delle segnalazioni, deve limitarsi a verificare che il contenuto delle segnalazioni risponda a una delle fattispecie ivi elencate⁶¹. E così, ogni qualvolta l'Autorità sia posta a conoscenza di atti riguardanti le imprese qualificate, essa è tenuta a procedere all'annotazione nel casellario informatico dei relativi contenuti, in ragione della funzione attribuita al Casellario, che la stessa giurisprudenza qualifica come la fonte ufficiale *ex lege* cui le singole stazioni appaltanti possono e devono attingere le notizie necessarie per verificare se un'impresa sia in condizione o meno di poter legittimamente contrarre con la pubblica amministrazione⁶². Ne consegue che costituisce dovere dell'Autorità, per il tramite dell'Osservatorio dei lavori pubblici (in forza di quanto stabilito dagli artt. 4, co.

⁵⁸ Trattasi di reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

⁵⁹ Fatta salva l'eccezione prevista dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, a norma del quale non risponde della violazione chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa

⁶⁰ Sulla tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti del potere legislativo è d'obbligo il richiamo a MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.

⁶¹ Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1480; TRGA, sez. Trento, 21 gennaio 2008, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 30 luglio 2007 n. 7171 in *www.giustizia-amministrativa.it*. *Contra* TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11090, in *www.giustamm.it*, che ha ritenuto illegittima l'iscrizione di un'impresa nel Casellario Informatico, per false dichiarazioni in ordine al pagamento di imposte e tasse *ex art.* 38, co. 1, d.lgs. 163/06, disposta dall'Autorità di Vigilanza senza aver valutato la nullità, asserita dalla medesima impresa, delle notifiche delle cartelle esattoriali, suscettibile di incidere sulla configurazione delle false dichiarazioni, di guisa che l'eventuale positivo riscontro sulla sussistenza del vizio dedotto avrebbe potuto ostare alla configurazione del mendacio (quanto meno sotto il profilo del difetto di elemento soggettivo). Si giunge a tale conclusione reputando che l'Autorità sia provvista di un potere valutativo che potrebbe estendersi all'analisi delle eventuali esimenti adottate dall'impresa al fine di escludere la propria responsabilità per dichiarazioni non veritiere.

⁶² In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 maggio 2004, n. 5034, in *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 916.

16, del d.P.R. n. 554/1999 e 27 del d.P.R. n. 34/2000), procedere alla puntuale e tempestiva annotazione nel casellario delle notizie riguardanti le imprese qualificate, così come pervenute, di modo che le stazioni appaltanti, le quali sono gli unici soggetti ai quali la legge ha affidato il potere di esclusione dalle gare, siano messe in grado, altrettanto tempestivamente, di operare le valutazioni di competenza sia che esse consistano in un'attività vincolata, sia che comportino una valutazione discrezionale⁶³.

Dalla natura vincolata dell'annotazione la giurisprudenza desume l'insussistenza di un obbligo motivazionale e l'inapplicabilità degli istituti partecipativi⁶⁴, quali, ad esempio, il contraddittorio e la comunicazione di avvio del procedimento, considerata quest'ultima vieppiù irrilevante in considerazione del fatto che anche la trasmissione da parte della stazione appaltante delle informazioni elencate nell'art. 27 del d.P.R. n. 34/2000 (trasmissione che costituisce l'atto d'impulso del procedimento che si concluderà con l'annotazione da parte dell'Autorità) è un atto dovuto, rappresentando null'altro che l'adempimento di un preciso obbligo stabilito dalla normativa di settore⁶⁵.

Ciò che in ogni caso, a prescindere dal tipo di annotazione che deve essere eseguita (tipica o atipica che sia), costituisce un elemento indispensabile ai fini della legittimità dell'iscrizione è la completezza della notizia riportata⁶⁶, con la conseguenza che risulterà illegittimo l'eventuale provvedimento che disponga l'annotazione dell'avvenuta risoluzione del contratto di appalto pubblico per gravi inadempimenti o violazioni contrattuali, senza dar conto della pendenza di un contenzioso sul punto⁶⁷.

Deve ancora sottolinearsi come nel casellario possano permanere notizie attinenti a eventi che pur avendo un'originaria efficacia interdittiva abbiano perso tale valenza per decorso del

⁶³ In questi termini, cfr. sempre TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 maggio 2004, n. 5034, cit.. Nella stessa pronuncia si ricorda, peraltro, che è escluso che l'Autorità possa disporre a carico di imprese annotazioni che si fondino su autonomi provvedimenti assunti dalla stessa a seguito di una rivalutazione degli elementi già vagliati dalla stazione appaltante

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 6212/2006, cit.; TRGA n. 12/2008, cit.; TAR Lazio, n. 7171/2007, cit.; nonché TAR Lazio, sez. III *ter*, 21 settembre 2009, n. 9039, in *www.giustamm.it*, ove si ribadisce l'assenza di discrezionalità in capo all'Autorità in sede di iscrizione dei dati nel casellario informatico sulla base delle segnalazioni pervenute, facendone discendere le conseguenze sopraesposte sul piano degli obblighi motivazionali e partecipativi.

⁶⁵ In tal senso cfr. TAR. Lazio, Roma, sez. III, 10 maggio 2007 n. 4221, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 689.

⁶⁶ V. TAR Lazio, Roma, 4 ottobre 2006 n. 9903, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁷ In questo senso cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 maggio 2007, n. 4214, con commento di IEVA, *Diritto alla completezza dei dati del Casellario informatico*, in *Urb. e app.*, n. 12/2007, 1569

termine annuale, sempreché la permanenza dell'informazione nel casellario venga reputata utile per l'esercizio dei poteri di verifica e vigilanza rimessi alle stazioni appaltanti⁶⁸.

Il novero delle informazioni che possono essere inserite è dunque molto ampio, ma è bene precisare che nella gran parte delle fattispecie elencate l'iscrizione non produce un automatico effetto interdittivo, giacché residua in capo alle singole stazioni appaltanti il potere di valutare la rilevanza delle informazioni iscritte al fine di ritenere sussistente una delle ipotesi di esclusione.

In molte ipotesi si è quindi in presenza di una mera ricognizione (ed annotazione) di fatti che non riveste una portata sanzionatoria, né valenza escludente dalle gare d'appalto⁶⁹.

Almeno una tipologia di iscrizioni riveste, però, una sicura valenza sanzionatoria. Si tratta dell'annotazione delle false dichiarazioni rese da un'impresa in merito ai requisiti rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, che merita una trattazione *ad hoc*.

3.5. *L'iscrizione relativa alle false dichiarazioni rese in sede di gara*

L'art. 38, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce l'esclusione dalle procedure di affidamento degli appalti (e delle concessioni) di lavori, servizi e forniture di tutte le imprese che, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, abbiano reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. La norma attribuisce all'atto dell'Autorità un'immediata valenza sanzionatoria legata all'effetto interdittivo annuale automaticamente prodotto dall'iscrizione nel Casellario; invece, il compito di escludere, di volta in volta, le imprese – che pur versando in tale condizione tentino di prender parte ad una procedura di evidenza pubblica – viene affidato, come si è visto, alle singole stazioni appaltanti.

Il meccanismo così predisposto può dividersi in quattro fasi distinte:

- a. la commissione dell'illecito (integrato dal mendacio);
- b. l'accertamento da parte della stazione appaltante;
- c. la trasmissione delle informazioni dalla stazione appaltante all'Osservatorio;
- d. l'inserimento dell'iscrizione nel Casellario.

⁶⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 marzo 2006, n. 1970, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto sufficiente il generico richiamo alle ragioni di pubblico interesse per giustificare il mantenimento dell'annotazione relativa a false dichiarazioni rese dall'impresa interessata.

⁶⁹ Come chiarito anche da Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212, cit..

Soprattutto in passato si è discusso sull'esatta individuazione del momento dal quale far decorrere l'anno di interdizione dalle pubbliche gare e, proprio al fine di eliminare le incertezze emerse in sede di prima applicazione, l'Autorità di Vigilanza con la determinazione del 2 marzo 2005, n. 1 ha superato i propri precedenti contrastanti⁷⁰ affermando che il periodo in questione debba farsi decorrere dalla data di inserimento nel casellario informatico dell'informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa.

In merito alla condotta che integra l'illecito si è già detto che, nonostante le oscillazioni giurisprudenziali, l'orientamento più recente⁷¹ è nel senso che la sanzione *de qua* debba essere irrogata solo quando la falsa dichiarazione verta sui requisiti tecnico – organizzativi ed economico – finanziari, e non già quando non siano stati comprovati i requisiti generali.

La medesima sanzione, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n.163/2006, è stata però recentemente estesa anche alle dichiarazioni che devono essere rese dai concorrenti che prendano parte alla procedura avvalendosi dei requisiti di altre imprese, definite dalla norma "ausiliarie"⁷².

In sintesi, le sanzioni vengono applicate sia quando le dichiarazioni mendaci siano rese dall'impresa concorrente sia quando le stesse provengano dall'impresa ausiliaria, con una precisazione: l'esclusione del concorrente e l'escussione della garanzia vengono disposte in ogni caso (anche quando il mendacio sia imputabile all'impresa ausiliaria), mentre la segnalazione all'Autorità per l'interdizione annuale di cui all'art. 38 lett. h del d.lgs. n. 163/2006, colpisce esclusivamente il soggetto che ha sottoscritto la dichiarazione "incriminata".

Chiarito quanto sopra in merito all'elemento oggettivo dell'illecito, occorre passare all'elemento soggettivo, su cui emerge un quadro dai contorni ancora incerti.

In alcune pronunce i giudici amministrativi hanno sostenuto che la falsa o incompleta attestazione dei requisiti di partecipazione assume rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollererebbe ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine

⁷⁰ Segnatamente la determinazione n. 16/23, del 5 dicembre 2001 in cui l'Autorità aveva assunto che il termine dell'interdizione dalle gare decorresse dalla data di commissione del fatto da parte del concorrente e la seconda determinazione n. 13, del 15 luglio 2003 in cui il *dies a quo* veniva individuato nel termine ultimo per la presentazione dell'offerta previsto nel bando di gara o in quella in cui si faceva uso della falsa dichiarazione.

⁷¹ Avallato dalla stessa Autorità di Vigilanza nella Determinazione 21 maggio 2009 n. 5, cit.

⁷² Per una trattazione delle problematiche connesse a questo nuovo strumento di qualificazione, sia consentito rinviare a VINTI, *L'avvalimento e l'impossibile compromesso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amm. – TAR*, fasc. 3/2006, 1177.

all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione⁷³.

Questa tesi, che finisce per configurare una forma di responsabilità oggettiva, sembrerebbe trovare un riscontro nel dato letterale offerto dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, a norma del quale i soggetti «che nell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio» vanno esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti.

La norma nazionale, infatti, non ha mutuato il riferimento contenuto nell'articolo 45, comma 2, lettera g), della Direttiva 2004/18/CE, che prevede l'estromissione del concorrente solo qualora questi «si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni».

Il mancato recepimento nell'ordinamento domestico del riferimento alla colpa grave sembrerebbe indicare la volontà del legislatore nazionale di trasformare un illecito caratterizzato (a livello comunitario) dalla necessaria ricorrenza dell'elemento soggettivo in una fattispecie di responsabilità oggettiva.

Tuttavia, una tale interpretazione, pur forse fedele ai tradizionali criteri ermeneutici dettati dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (preleggi) del C.C., si scontra con la necessità di utilizzare tra le diverse chiavi d'interpretazione possibili della norma nazionale quella che consenta di attribuirle un significato conforme al diritto comunitario⁷⁴.

D'altronde, qualora emergesse che l'unica possibile lettura del disposto nazionale sia nel senso di ammettere l'irrogazione della sanzione ogniqualvolta un concorrente renda una dichiarazione comunque non coincidente con la realtà dei fatti (materiali o giuridici) – o non riesca, per qualsiasi causa (anche a lui non imputabile), a comprovare il possesso dei requisiti dichiarati –, prescindendo quindi dalla ricorrenza del requisito soggettivo della colpa (o del dolo), si profilerebbe un serio dubbio di compatibilità con la disciplina comunitaria della

⁷³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1320; Id., 9 dicembre 2002 n. 6768, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2002, 1444 e, più di recente, TAR Puglia, Bari, sez. I, 16 luglio 2008, n. 1755, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Sul principio della c.d. "interpretazione conforme" si veda, tra le tante, la sentenza resa nel celebre caso *Marleasing*, CGCE, 13 novembre 1990, in causa c- 106/89; per un'ampia trattazione sul punto si rinvia a TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 180.

norma stessa, con tutte le conseguenze che da ciò derivano, primo tra tutti l'obbligo di disapplicazione, gravante, come noto, non solo sulle autorità giurisdizionali nazionali⁷⁵, ma anche sulle stesse pubbliche amministrazioni⁷⁶.

Pare allora più convincente una ricostruzione della nozione di falsa dichiarazione in senso restrittivo, così da farvi ricomprendere solo quelle attestazioni rese per simulare, volontariamente, il possesso dei requisiti di partecipazione, o, al più, che risultano il frutto di un errore inescusabile⁷⁷.

Sembra, inoltre, che non si possa profilare la responsabilità del dichiarante quando vengano erroneamente indicate circostanze irrilevanti ai fini della qualificazione.

Tanto si desume, infatti, dalle notazioni fatte in precedenza con riguardo all'impossibilità di escutere la cauzione provvisoria quando la dichiarazione mendace abbia riguardato requisiti "sovraabbondanti" rispetto ai minimi richiesti nel bando. Nello stesso senso militano anche le conclusioni raggiunte in una recente pronuncia del Consiglio di Stato ove si è esclusa la necessità di procedere all'automatica revoca dell'attestazione SOA in un caso in una fattispecie in cui era sì emersa l'inidoneità di alcuni certificati prodotti dall'impresa in sede di attestazione (a causa della sussistenza di un errore materiale), ma era, altresì, emerso che gli stessi non erano stati effettivamente pertinenti ai fini del rilascio dell'attestazione stessa⁷⁸.

Chiarito quanto sopra in merito agli elementi che configurano la fattispecie sanzionabile, occorre passare alla disamina dell'attività di accertamento dell'illecito da parte della stazione appaltante e alle successive fasi in cui si articola la procedura di iscrizione nel casellario informatico.

⁷⁵ D'obbligo il richiamo alla sentenza *Granital* della Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062.

⁷⁶ Cfr., *ex multis*, CGCE, 13 luglio 1972, in causa c- 48/71.

⁷⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11068, in *www.giustamm.it*, ove si afferma che l'Autorità di vigilanza sia tenuta a verificare la sussistenza del mendacio anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo il provvedimento di annotazione nel Casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici proprio in ragione della mancata valutazione da parte dell'Autorità dell'effettiva sussistenza dell'effettiva coscienza del dichiarante circa la falsità di quanto attestato. In senso analogo, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11090, cit.; nonché TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23 maggio 2005 n. 846, in *www.giustizia-amministrativa.it*, resa, tuttavia, sotto la vigenza dell'ormai abrogato art.12, comma 1, lett. f, d.l.vo 17 marzo 1995, n. 157 che prevedeva l'esclusione dalla gara di coloro «che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17», in cui si afferma che non è sufficiente la mera falsità della dichiarazione, essendo invece necessario che la stessa sia accompagnata da un qualificato elemento soggettivo, dovendo sussistere quanto meno la consapevolezza di rendere una dichiarazione non rispondente al vero. Analogamente, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 25 luglio 2006 n. 6404, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che qualora sia dimostrato che i requisiti erano in possesso dell'impresa prima della domanda di partecipazione alla gara, non sussistono gli estremi della falsa dichiarazione presupposto del provvedimento di annotazione e di irrogazione della sanzione. La mancata dimostrazione del loro possesso, infatti, potrà giustificare soltanto l'esclusione dalla gara, ma non sarà comunque idonea a sostenere l'annotazione nel casellario giudiziario, il cui presupposto è proprio l'aver reso false dichiarazioni.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2008, n. 2126, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 780.

Secondo la tesi che pare senz'altro preferibile, la stazione appaltante è legittimata a segnalare solo le false dichiarazioni di cui abbia avuto contezza in seno alla singola procedura di gara, senza che possano assumere rilevanza dichiarazioni mendaci rese in altri contesti, vale a dire in precedenti procedure di gara in cui la veridicità della dichiarazione non sia stata puntualmente e immediatamente contestata al concorrente o nell'esercizio di altre funzioni amministrative di cui lo stesso soggetto aggiudicatore sia eventualmente titolare.

Ad ogni modo, a seguito dell'accertamento dell'illecito, l'amministrazione (oltre a dover disporre l'estromissione del concorrente dalla gara e l'escussione della cauzione provvisoria) è tenuta a segnalare il fatto all'Autorità, per l'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico.

In questa fattispecie gli obblighi partecipativi e motivazionali assumono una connotazione diversa rispetto alle iscrizioni non aventi natura sanzionatoria.

Anche l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici⁷⁹ ha ribadito l'esistenza di un preciso obbligo gravante sulle stazioni appaltanti di precisare, nella comunicazione inviata al concorrente escluso (contenente l'indicazione delle motivazioni dell'estromissione *ex art. 79* del d.lgs. n. 163/2006), l'intervenuta trasmissione della segnalazione all'Autorità⁸⁰, così da permettere all'operatore economico di prendere parte al relativo procedimento fornendo tutte le controdeduzioni e informazioni ritenute utili⁸¹.

L'espletamento di un procedimento in contraddittorio con l'impresa appare viepiù imprescindibile nella prospettiva segnalata di assicurare che l'Autorità, anche in considerazione della gravità delle conseguenze derivanti da questo genere di iscrizioni, accerti la sussistenza dell'elemento soggettivo nella condotta tenuta dal concorrente, non limitandosi a prendere atto della mera circostanza fattuale della mancata comprova di quanto dichiarato.

⁷⁹ Cfr. determinazione n. 1/2008.

⁸⁰ Una sottile distinzione viene prospettata da Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si assume che la comunicazione di avvio del procedimento di iscrizione della notizia nel casellario possa in taluni casi essere sostituita da informazioni equipollenti. Ciò in generale «quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa», mentre «diverso discorso va svolto per dati la cui comunicazione non è automatica e dovuta, ma frutto di valutazioni da parte della stazione appaltante, su dati opinabili: ciò accade ad es. nel caso di segnalazione di episodi di grave negligenza o grave inadempimento, e nel caso di false dichiarazioni. Infatti in tali casi la stazione appaltante, per effettuare la segnalazione, deve valutare se vi è o meno grave negligenza, grave inadempimento, falsità della dichiarazione. Sicché, l'interessato non può sapere *ex ante* se e quando tale valutazione verrà svolta in senso affermativo, e se vi sarà o meno segnalazione all'Osservatorio». Analogamente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8720, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸¹ Sulla necessità dell'interlocuzione con l'impresa in ordine alle irregolarità riscontrate e alle relative ragioni, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2009, n. 1414, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Sotto il profilo processuale, giova precisare, che la segnalazione trasmessa dalla stazione appaltante non è autonomamente impugnabile in quanto mero atto di impulso inserito in un procedimento amministrativo destinato a concludersi con il provvedimento di iscrizione di esclusiva competenza dell’Autorità di vigilanza⁸², con conseguente inammissibilità del ricorso proposto solo avverso il primo atto (senza la contestuale impugnazione del successivo provvedimento di iscrizione).

Infatti, è solo con l’atto di iscrizione nel casellario che può considerarsi concluso il relativo procedimento, così producendosi un’autonoma lesione della sfera giuridica del destinatario che radica l’interesse all’impugnazione⁸³.

Qualora, poi, i profili di illegittimità denunciati nell’atto di iscrizione derivino dal provvedimento presupposto di segnalazione occorrerà impugnare anche quest’ultimo – sovente contenuto nello stesso provvedimento che dispone l’esclusione o la revoca dell’aggiudicazione e che andrà quindi gravato *in parte qua* ove non si abbia interesse a contestare il contenuto provvedimentale nella sua integrità –, mentre una simile necessità non parrebbe sussistere ove i vizi denunciati attengano esclusivamente al successivo procedimento di iscrizione di competenza dell’Autorità di vigilanza.

Giova infine ricordare che trattandosi di provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario deve riconoscersi, in forza dell’art. 21 bis della l. n. 241/1990⁸⁴, la natura recettizia dello stesso con la conseguenza che l’effetto interdittivo potrà prodursi solo dal momento in cui l’operatore ne abbia avuto legale conoscenza.

3.6. La “difficile convivenza” tra il provvedimento di sospensione da uno a dodici mesi e l’effetto interdittivo annuale dell’iscrizione sul casellario di false dichiarazioni rese dall’impresa

Il problema di cui possiamo ad occuparci riguarda, da un lato, la norma contenuta nell’art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 in cui si prevede che in caso di mancata prova dei requisiti dichiarati dal concorrente l’Autorità applichi la sanzione della sospensione dalle gare da uno a dodici mesi e, dall’altro, l’art. 38, lett. h, dello stesso d.lgs. n. 163/2006 che dispone l’interdizione annuale (sempre dalla partecipazione alla procedure di evidenza pubblica)

⁸² In tal senso cfr. TAR Puglia, Bari, 16 luglio 2008, n. 1755, in www.giustizia-amministrativa.it e TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2002, n. 1489, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸³ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11068, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁴ Come precisato anche da TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 maggio 2008, n. 3789, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2008, 242.

decorrente dall'iscrizione sul casellario informatico della notizia concernente una falsa dichiarazione resa dall'impresa in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, nonché per l'affidamento dei subappalti.

In dottrina ci si è interrogati su come possa l'Autorità "graduare" la sospensione al di sotto dei dodici mesi se l'art. 38 prevede l'automatica interdizione per un anno dell'impresa che abbia reso false dichiarazioni⁸⁵.

In qualsiasi ipotesi di dichiarazioni non rispondenti al vero sembrerebbe, infatti, dover sempre disporsi l'interdizione annuale senza che la sospensione da uno a dodici mesi possa in concreto trovare attuazione.

Taluni suggeriscono di applicare l'art. 38 lett. h), nei casi di falsa dichiarazione e la sospensione "graduata" dell'art. 48 solo nel caso di inadempimento non doloso, ossia di riscontrata buona fede⁸⁶, prospettando una soluzione di indiscutibile interesse, che trova un unico ostacolo nella permanenza di un prevalente orientamento giurisprudenziale che continua a ricostruire in termini di responsabilità oggettiva l'illecito sanzionato con l'iscrizione sul casellario informatico.

In questa prospettiva la necessità di coordinare in modo coerente le due norme superando un'antinomia che rischierebbe altrimenti di rendere una delle due disposizioni inapplicabile (vale a dire quella che contempla la possibilità di disporre la sospensione da uno a dodici mesi, difettando la possibilità di graduare la sanzione in presenza del corrispondente meccanismo automatico di interdizione annuale) può costituire un importante argomento di ordine logico sistematico, anche nella prospettiva di un auspicabile abbandono dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, con la speculare affermazione della necessaria ricorrenza dell'elemento soggettivo (a titolo di dolo o, quantomeno, di colpa grave) per l'emersione dell'illecito sanzionabile con l'interdizione annuale.

4. I poteri sanzionatori ulteriori in materia di lavori pubblici e il potere di annullare le attestazioni rilasciate dalle SOA

⁸⁵ Cfr. GIAMPAOLINO – PONZONE, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di Sandulli – De Nictolis – Garofoli, Milano, 2008, 722; il problema viene segnalato anche da CARDARELLI, *Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2008, 437.

⁸⁶ Cfr., in particolare, GIAMPAOLINO – PONZONE, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, cit, 722.

Occorre, seppur sinteticamente, segnalare l'esistenza di ulteriori poteri sanzionatori in capo all'Autorità, legati all'esercizio delle funzioni di vigilanza sul sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici (allo stato ancora disciplinato dal d.P.R. n. 34/2000).

All'Autorità, infatti, compete la supervisione dell'attività delle Società Organismi di Attestazione, soggetti privati⁸⁷ cui è demandato il compito di rilasciare alle imprese del settore gli attestati indispensabili per prendere parte alle procedure di affidamento di lavori pubblici (di importo superiore ai 150.000 Euro, soglia al di sotto della quale non è indispensabile il possesso dell'attestato di qualificazione), nei limiti, ovviamente, della categoria e classifica fissati negli attestati stessi.

Ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 34/2000 l'Autorità di vigilanza può revocare l'autorizzazione alle Società Organismi di Attestazione qualora venga a conoscenza, anche a seguito di denuncia di terzi interessati, del verificarsi di una delle seguenti circostanze:

i) il venir meno dei requisiti e delle condizioni fissati dagli articoli 7 (che fissa i requisiti generali e di indipendenza che devono essere posseduti dalle SOA), 8 (che disciplina le partecipazioni azionarie) e 9 (sui requisiti tecnici) del d.P.R. n. 34/2000;

ii) il mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dalla autorizzazione, o l'interruzione dell'attività per più di sei mesi;

iii) nei casi più gravi di violazione dell'obbligo di rendere le informazioni richieste ai sensi degli articoli 7, 8 e 9 del d.P.R. n. 34/2000 e comunque quando sia accertato che la SOA non svolge la propria attività in modo efficiente e conforme alle disposizioni della legge, del d.P.R. n. 34/2000 e nel rispetto delle previsioni contenute nel documento redatto dalla SOA recante la descrizione delle procedure impiegate per l'esercizio dell'attività di attestazione.

Sempre il citato art. 10 del d.P.R. n. 34/2000 disciplina la procedura di revoca che, attivata d'ufficio dall'Autorità, si apre con la contestazione degli addebiti recante il contestuale invito di presentare le osservazioni e controdeduzioni entro un termine perentorio non inferiore a trenta giorni, decorsi i quali, entro i successivi novanta giorni, viene assunta la decisione in ordine alla revoca.

L'autorità può disporre tutte le audizioni (svolte in contraddittorio con la SOA interessata) e le acquisizioni documentali necessarie (anche queste devono essere comunicate alla SOA), con l'assegnazione di un termine non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni per controdeduzioni. In tal caso, il termine per la pronuncia da parte dell'autorità rimane

⁸⁷ Che, come visto in apertura, esercitano una funzione pubblicistica di certificazione; cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2004, n. 2125, in *Urb. e app.*, 2004, 857.

sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria ed alla presentazione delle controdeduzioni.

Il comma nove dell'art. 10 del d.P.R. n. 34/2000 chiarisce, inoltre, che in caso di revoca dell'autorizzazione le attestazioni rilasciate sono valide a tutti gli effetti. Le imprese qualificate sono tenute ad indicare, entro novanta giorni dalla data della comunicazione dei fatti suddetti, la Società Organismo di Attestazione cui trasferire la documentazione in base alla quale sono state rilasciate le attestazioni di qualificazione e, nel caso di inerzia del soggetto qualificato, è la stessa Autorità di vigilanza che dispone il trasferimento.

Sempre in caso di revoca dell'autorizzazione, la documentazione relativa ai contratti per il rilascio di attestazioni non ancora conclusi è trasferita d'ufficio ad altre SOA scelte dalle imprese contraenti.

Un'altra forma di controllo, che viene esercitata "a campione" dall'Autorità (con le modalità fissate dall'art. 14, comma 3, del d.P.R. n. 34/2000), ha direttamente a oggetto i singoli attestati rilasciati alle imprese del settore, mediante la verifica dell'effettivo possesso dei requisiti ivi indicati.

In passato si discuteva in merito alla possibilità per l'Autorità di vigilanza di intervenire direttamente sull'attestazione rilasciata dalla SOA, annullandola o riducendone la portata abilitante.

L'indirizzo favorevole al riconoscimento di questo potere sottolineava come non sarebbe stato ragionevole impedire tale facoltà ad un soggetto titolare del potere più generale di indicare in modo vincolante il contenuto dell'attestazione, potendo addirittura – in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto – sanzionare la stessa società organismo di attestazione precludendole ogni ulteriore attività (mediante la revoca dell'autorizzazione). Si sottolineava anche che l'opposta soluzione avrebbe permesso a imprese titolari di attestazioni emesse sulla base di presupposti erronei (o falsi) di continuare a partecipare alla gare di appalto anche successivamente alla revoca dell'autorizzazione in capo alla SOA che ha precedentemente rilasciato l'attestazione "incriminata"⁸⁸.

In senso opposto, si sosteneva che nessuna delle norme disciplinanti il sistema di qualificazione delle imprese riconoscesse all'Autorità di vigilanza la facoltà di invalidare in modo diretto e immediato le attestazioni rilasciate dalle Società Organismi di Attestazione⁸⁹;

⁸⁸ In tal senso, cfr., *ex plurimis*, Cons Stato, sez. VI, 14 maggio 2004, n. 2125; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991; TAR Lazio, Roma, sez. II, 25 maggio 2005, n. 4116.

⁸⁹ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 30 giugno 2003, n. 5714, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 1985.

tesi, quest'ultima, sicuramente più coerente con il principio di legalità, il cui ossequio si rende tanto più doveroso in presenza di poteri in grado di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari, limitando il diritto di iniziativa economica.

L'appena segnalato contrasto giurisprudenziale è stato, poi, superato grazie all'intervento del legislatore che, con l'art. 6, comma 7, lett. m, del d.lgs. n. 163/2006, ha espressamente riconosciuto all'Autorità due specifici strumenti di intervento. Il primo estrinsecandosi in un potere sostitutivo di annullamento delle attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti, esercitabile solo in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, il secondo consistente in un autonomo potere cautelare di sospensione dell'efficacia delle attestazioni.

Il comma 9 ter dell'art. 40 del d.lgs. n. 163/2006 (introdotto con la novella apportata dall'art. 3 del d.lgs. n. 113/2007) ha, inoltre, espressamente sancito l'esistenza di un vero e proprio obbligo in capo alle SOA di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti. E ciò a prescindere da ogni indagine sulle ragioni che hanno portato al rilascio di un'attestazione in carenza dei necessari requisiti e senza che possa assumere rilevanza l'eventuale non imputabilità in capo all'impresa della falsità riscontrata⁹⁰. Per evitare che il concorrente dopo la revoca possa indebitamente continuare a impiegare l'attestato in altre gare, è altresì previsto l'obbligo per le Società Organismi di Attestazione di comunicare all'Autorità per la vigilanza non solo l'avvio del procedimento di accertamento, ma anche i relativi esiti⁹¹, così consentendo l'inserimento delle relative informazioni nel casellario informatico.

Peraltro, in caso di inadempienza della SOA, l'Autorità, oltre a poter esercitare i poteri sostitutivi sopra citati di annullamento dell'attestazione, deve disporre in danno della Società Organismo di Attestazione la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività certificativa.

Siamo, quindi, in presenza di poteri estremamente penetranti che, oltre a incidere sulle attività delle SOA e sulla possibilità delle imprese di partecipare alle procedure di affidamento di appalti di lavori, finiscono per avere dei riflessi anche sulla permanenza di rapporti contrattuali preesistenti.

Sul punto deve richiamarsi il contenuto del comma 1 bis dell'art. 135 del d.lgs. n. 163/2006 (anch'esso risultante dalle modifiche apportate al codice dei contratti pubblici dall'art. 3 del d.lgs. n. 113/2007), a norma del quale «qualora nei confronti dell'appaltatore sia

⁹⁰ Così TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 novembre 2009 n. 10879, in *www.giustamm.it*.

⁹¹ Come espressamente disposto dall'art. 40, comma 9 ter, del d.lgs. n. 163/2006.

intervenuta la revoca dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto»⁹².

L'uso dell'indicativo sembrerebbe escludere l'esistenza di margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante, che sarebbe sempre tenuta a disporre la risoluzione del contratto anche quando, per ipotesi, i lavori siano prossimi all'ultimazione.

Una simile lettura, pur aderente al dato testuale, appare tuttavia irragionevole, ove si proceda a un confronto con il primo comma dello stesso articolo che in caso di condanne passate in giudicato per gravi reati incidenti sull'affidabilità del contraente (quali frodi in danno della stazione appaltante o dei subappaltatori) o in caso di violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro prevede che «il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto».

Se a fronte di eventi che minano in modo significativo il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'appaltatore si riconosce pur sempre un potere discrezionale di valutazione che consente di tener conto dello stato di avanzamento dei lavori e degli oneri derivanti dall'eventuale risoluzione del contratto, non si vede come possa ragionevolmente precludersi di ponderare gli interessi pubblici in gioco anche quando intervenga una revoca dell'attestazione per false dichiarazioni risultanti sul casellario; iscrizione, che, come si è visto, può essere legata ad eventi del tutto estranei al rapporto contrattuale intercorrente tra appaltatore e stazione appaltante, oltre a potersi ricondurre anche a condotte poco significative. E ciò appare ancor più vero soprattutto se si considera che le iscrizioni *de quibus*, secondo l'orientamento allo stato ancora prevalente, possono essere disposte anche per la semplice mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati (prescindendo dalla dimostrazione della volontarietà della condotta del concorrente).

5. Rilievi conclusivi

La disamina degli istituti ha fatto emergere un quadro caratterizzato da una folta presenza di nodi problematici cui corrisponde una fitta produzione giurisprudenziale che inspessisce i massimari ma che indebolisce la fiducia degli operatori nella certezza del diritto.

⁹² Per un'analisi critica della natura dei poteri speciali di risoluzione del contratto d'appalto di opere pubbliche, sia consentito richiamare VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, in part., 571.

Le soluzioni suggerite in queste pagine sono quindi il risultato di un tentativo di sintesi incompleto e parziale, sviluppato sulla falsariga di un pregiudizio, di difficile dimostrazione, rimasto sullo sfondo.

Si tratta dell'idea per cui i diversi soggetti coinvolti nell'esercizio della funzione di controllo, quando decidono di escludere alcuni operatori dalle contrattazioni non godono dell'autonomia spettante a qualsiasi committente privato (su cui non grava alcun incombente di sorta, potendo scegliere le proprie controparti contrattuali in assoluta libertà), bensì esercitano un pubblico potere di tipo prettamente sanzionatorio, con tutto ciò che ne consegue in termini di interpretazione (restrittiva) dell'estensione delle fattispecie sanzionate, di individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito e di garanzia del giusto procedimento.

Se, però, ci si allontana da questo "pregiudizio" si aprono scenari profondamente diversi con la riemersione di una miriade di opzioni interpretative tra cui l'operatore è costretto a orientarsi "al buio", senza disporre di validi punti di riferimento e con il rischio, sempre in agguato, di cedere alla tentazione di affidarsi all'arbitrio.