

Prot. n.109/C/2014

A TUTTI I SIGG.SOCI

LORO SEDI

Ragusa, 16 Aprile 2014

Oggetto: **L'Autorità di vigilanza esamina la procedura di verifica a campione prevista dall'art. 48 del Codice**

L'Autorità ha pubblicato la determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, contenente le Linee guida per l'applicazione dell'articolo 48 del Codice dei contratti pubblici, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Nel testo è affrontato il delicato problema del riscontro dei **requisiti speciali**, ossia dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria che devono essere accertati in capo ai concorrenti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'obiettivo evidenziato dall'Autorità di Vigilanza è il riesame della precedente determinazione n. 5/2009, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale nel frattempo intercorsa.

Di seguito saranno affrontati gli aspetti più importanti riguardanti gli appalti di lavori.

Ambito di applicazione.

L'Autorità ha ribadito che il controllo sui concorrenti è obbligatorio per tutti i contratti nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria, ed è effettuato dalle stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste, individuando un numero di offerenti non inferiore al 10%, nonché, successivamente, nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato.

Appalti di lavori

Un'importante eccezione all'obbligo di effettuare la verifica è prevista per gli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 euro, per i quali l'attestato SOA costituisce prova sufficiente del possesso dei requisiti di carattere speciale (si veda più avanti per gli appalti di importo superiore a 20.658.000 euro).

In tali casi, secondo l'Autorità, le stazioni appaltanti verificano in capo a tutti i concorrenti, unicamente l'idoneità dell'Attestato SOA posseduto, senza procedere al controllo a campione previsto dall'art. 48 del Codice.

Per gli appalti di importo pari o inferiore alla soglia di 150.000 euro, entro la quale è possibile partecipare anche senza l'Attestazione SOA, la verifica di cui all'art. 48 del Codice **non si applica, comunque**, ai concorrenti in possesso di attestazione di qualificazione, che non vengono conteggiati nel 10% dei partecipanti.

Con l'occasione, si ricorda che **dal 1° luglio p.v.** la verifica degli attestati SOA dei concorrenti è effettuata mediante accesso al sistema l'AVCPass/Banca dati Nazione dei Contratti Pubblici (BDNCP) di cui all'art. 6-bis del Codice.

Concessioni di lavori

Un'ulteriore eccezione all'applicabilità dell'art. 48 del Codice, è rappresentata dagli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per i quali secondo l'Autorità, non si applica la procedura ivi prevista (art. 142, comma 4 del Codice). Viceversa ai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici si applicano generalmente le disposizioni del Codice e dunque anche l'art. 48.

L'art. 48 del Codice si applica, inoltre, ai soggetti partecipanti alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, poiché se questi eseguono lavori con la propria organizzazione d'impresa, devono essere, oltre che qualificati SOA, anche in possesso di altri requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, verificabili proprio con l'articolo in esame (vedi anche art. 95 del Regolamento, D.P.R. n. 207/2010).

Oltre la SOA

Al di fuori delle concessioni, la verifica di cui all'art. 48 del Codice **si applica:**

- agli appalti di lavori di importo **superiore** a 20.658.000 di euro, in cui il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta, con classifica VIII (appalti di importo illimitato), deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara. In questo caso la verifica ex art. 48 riguarderà il requisito del fatturato minimo;

- agli appalti di lavori di importo pari o **inferiore** a 150.000 Euro, in cui il concorrente, privo di SOA, sia qualificato ex art. 90, comma 1, lettera a), del Regolamento, D.P.R. n. 207/2010. In questo caso, il campione del 10% è calcolato sul numero dei partecipanti, depurato di quelli in possesso di qualificazione SOA. Tra questi ultimi sono inclusi i soggetti che, pur non possedendo la specifica categoria prevista dal bando, sono qualificati in "*almeno una categoria attinente alla natura dei lavori da appaltare*". Per i soggetti rientranti nel campione, la comprova della capacità tecnica è effettuata sui certificati dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data del bando o della cui condotta è stato responsabile uno dei propri direttori tecnici, indipendentemente dal quinquennio e con importo abbattuto ad un decimo di quello certificato.

L'Autorità non chiarisce, invece, se l'articolo 48 si applica anche agli appalti per interventi su beni tutelati per i quali sia richiesta l'esecuzione di pregressi lavori della stessa tipologia (art. 253, comma 30 del Codice).

Settori speciali

In questo ambito sono tenuti all'applicazione dell'art. 48, esclusivamente, gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici (art. 232 del Codice).

Viceversa, gli altri enti aggiudicatori sono tenuti ad effettuare la verifica a campione solo se non abbiano istituito un proprio sistema di aggiudicazione ovvero non procedano alla selezione dei concorrenti gara per gara secondo criteri da essi stessi definiti.

Dichiarazioni a comprova dei requisiti

I requisiti speciali per le imprese prive di SOA, esecutrici di lavori pubblici di importo inferiore a 150.000 euro (*cf.* artt. 90, comma 1, lettere a), b) e c), del Regolamento), possono essere provati dai concorrenti in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

In tal caso, la sussistenza di detti requisiti è accertata dalla stazione appaltante, in base all'art. 48 del Codice, **esclusivamente** attraverso l'AVCPass/Banca dati sui contratti pubblici, secondo le modalità previste nella Deliberazione dell'Autorità n. 111/2012 (*cf.* art. 6 bis).

In ogni caso, il bando di gara non può escludere l'utilizzabilità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ai fini della conformità all'originale dei documenti, rilasciati da amministrazioni o enti pubblici, esibiti in sede di verifica a campione.

Requisiti generali

Viene escluso che le procedure dell'articolo 48 del Codice possano essere estese alle ulteriori condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e, in particolare, alla verifica del possesso dei requisiti di carattere generale.

Essendo l'articolo 48 citato una norma di carattere sanzionatorio e, quindi, di stretta interpretazione, può, infatti, applicarsi esclusivamente ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dallo stesso menzionati (*cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2064 del 10 aprile 2012; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 8 settembre 2010 n. 6519).

Parimenti devono ritenersi estranei a tale procedura di verifica dei requisiti, i criteri di aggiudicazione, ovvero di selezione dell'offerta.

In relazione alla verifica dei requisiti generali in capo all'aggiudicatario, l'AVCP precisa che, in caso di carenza degli stessi, la stazione appaltante procede all'incameramento della cauzione ai sensi dell'art. 75, comma 6, del Codice in conseguenza della mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario (Cons. di Stato – Ad. Plenaria n. 8/2012).

Appalti di progettazione ed esecuzione

Nel caso di appalto integrato, la verifica dei requisiti prevista dall'art. 48 va effettuata, ovviamente, anche nei confronti delle dichiarazioni rese dal progettista, tanto nel caso

che questi sia concorrente in ATI, quanto nel caso che sia semplicemente indicato dall'impresa di costruzioni.

In entrambe le fattispecie, qualora il progettista non compri i requisiti dichiarati, il concorrente, e cioè l'ATI ovvero l'impresa di costruzioni, sarà escluso dalla gara e sarà incamerata la cauzione.

Tuttavia, ai fini dell'ulteriore procedimento innanzi all'Autorità di vigilanza diretto ad accertare l'applicabilità delle ulteriori sanzioni, assume rilievo la condotta soggettiva del "dichiarante". Pertanto, l'eventuale irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 6, comma 11 del Codice e della sospensione dalla partecipazione alle gare viene effettuata nei confronti del solo progettista.

Applicazione dell'art.48 in caso di avvalimento

L'Autorità ricorda che il controllo previsto dall'art. 48 implica la verifica del possesso dei requisiti oggetto di avvalimento in capo all'impresa ausiliaria.

L'esito negativo di tale verifica comporta il difetto dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente, determinandone l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione provvisoria.

Quanto alle ulteriori sanzioni previste dall'art. 48 (le sanzioni pecuniarie di cui all'art.6, comma 11 e la sospensione dalle gare), l'Autorità ritiene che possano essere disposte anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, nonostante che l'art. 48 indichi il "concorrente" come destinatario delle stesse. Ciò in virtù del generale principio di responsabilità per le dichiarazioni sostitutive su cui si basa l'intero impianto del D.P.R. n.445/2000, nonché del fatto che nel sistema del Codice, che ne prevede la responsabilità solidale, l'impresa ausiliaria concorre a pieno titolo al corretto adempimento dell'appalto.

In tale situazione l'Autorità valuterà, caso per caso, sia la dichiarazione resa dal concorrente che quella resa dall'impresa ausiliaria, accertando le responsabilità di ciascuno e potendo anche pervenire all'irrogazione di sanzioni diverse, in ragione del diverso grado di imputabilità soggettiva della mancata comprova dei requisiti.

Termini

Riguardo al termine di 10 giorni previsto per far pervenire la documentazione alla stazione appaltante, l'Autorità ne sottolinea la natura perentoria, nel senso che il suo obiettivo decorso, senza che il sorteggiato abbia fatto pervenire alla stazione appaltante la necessaria documentazione, implica l'automatico effetto dell'esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità per i provvedimenti di competenza. Né assume rilievo in questo caso l'effettivo possesso dei requisiti.

L'Autorità, poi, chiarisce che la richiesta di comprova può essere inoltrata per posta, per raccomandata o per telegramma, o via telefax nonché per PEC. Sarà comunque

necessario precisare, nella relativa nota, che il termine di dieci giorni decorre dalla data di inoltro via FAX o via PEC o di acquisizione della raccomandata.

Relativamente al sistema AVCpass, non è quindi sufficiente l'indicazione dell'acquisizione PASSoe "*spending*" (ossia di richiesta di documenti da parte della stazione appaltante) che appare nella pagina denominata "Gestione PASSoe", riservata agli operatori economici.

In ogni caso, il computo dei termini previsti dall'art. 48 è calcolato secondo le disposizioni previste dal codice di procedura civile per gli atti processuali, pertanto nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali (art. 155 c.p.c., comma 1).

Verifica sull'aggiudicatario e sul secondo classificato

L'Autorità precisa che in questa ipotesi la norma non pone un termine perentorio ai fini della presentazione della documentazione di comprova dei requisiti dei primi due classificati, ma solo un termine per l'amministrazione appaltante che deve richiedere la documentazione stessa entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, sempre che i medesimi soggetti non siano tra i concorrenti sorteggiati. Sulla natura di tale termine, e cioè se sia di carattere perentorio ovvero ordinatorio, vi è una giurisprudenza contrastante, per cui la questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza della sesta sezione in data 30 luglio 2013, n.4023.

E' sorta questione se la verifica sui requisiti vada effettuata subito dopo l'aggiudicazione provvisoria ovvero dopo l'aggiudicazione definitiva. In base alla previsione dell'art. 11, comma 8 del Codice, secondo cui l'aggiudicazione definitiva diviene efficace solo "dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti", sembrerebbe prevalere la seconda ipotesi. Tuttavia l'Autorità ritiene che non vi siano motivi ostativi a procedere alla verifica immediatamente dopo l'aggiudicazione provvisoria ed anzi ritiene tale soluzione preferibile, sia perché consente una più rapida procedura, nel momento in cui ancora opera la commissione di gara, sia perché la verifica dei requisiti appare logicamente propedeutica alla formulazione della graduatoria finale, soggetta alla approvazione dell'organo competente.

In relazione alla rideterminazione della soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente nuova aggiudicazione, l'Autorità chiarisce che si dovrà procedere alla stessa ed alla riformulazione della graduatoria delle offerte, solo nel caso in cui i requisiti non vengano comprovati né dal primo, né dal secondo concorrente.

Infine, appare di un certo interesse l'interpretazione dell'Autorità circa la norma introdotta dall'art.13, comma 4 della legge 11 novembre 2011, n.180 (statuto delle imprese), secondo cui, nel caso di micro, piccole e medie imprese, le amministrazioni appaltanti richiedono la documentazione probatoria dei requisiti esclusivamente all'impresa aggiudicataria. Secondo l'Autorità la norma va interpretata nel senso che, qualora il secondo classificato appartenga alla categoria delle MPMI, non dovrà presentare la documentazione subito dopo l'aggiudicazione, ma eventualmente solo nel caso di mancata comprova da parte dell'aggiudicatario.

Momento della verifica

Per quanto riguarda la collocazione della verifica nell'ambito della procedura di gara, l'Autorità precisa che si tratta di un'operazione logicamente successiva a quelle preposte al controllo formale circa la regolarità delle offerte, e dunque il sorteggio, ai fini della verifica, va effettuato sulle sole offerte ammesse a concorrere.

Sanzioni

Nel caso di mancata comprova dei requisiti dichiarati, ovvero di decorrenza del termine senza che sia stata inviata la documentazione richiesta, la disposizione prevede l'irrogazione di alcune sanzioni a carico dell'imprenditore sorteggiato, aggiudicatario o secondo classificato.

- a) Sanzioni irrogate dalla stazione appaltante: si tratta dell'esclusione dalla gara e dell'incameramento della cauzione provvisoria, che vengono applicate in modo automatico, indipendentemente dall'elemento soggettivo del concorrente.
- b) Sanzioni irrogate dall'Autorità: concernono le sanzioni di tipo pecuniario previste dall'art.6, comma 11, del Codice, nonché la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure per l'affidamento degli appalti.

In tali casi l'applicazione non è automatica, ma l'Autorità deve valutare l'elemento psicologico dell'operatore economico tenuto alla comprova, distinguendo tra le ipotesi di comportamenti colposi e di quelli dolosi ed irrogando una sanzione proporzionata alla gravità dell'inadempimento ed anche in proporzione dell'importo dell'appalto, secondo quanto disposto dall'art. 6, comma 8, del Codice. La presenza di giustificati motivi o di errore scusabile che configuri la colpa lieve comporta la non applicazione delle sanzioni.

La determinazione, infine, precisa che la sanzione della sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, opera indifferentemente nei settori di lavori, di servizi e di forniture.

Pertanto, l'operatore economico, resosi responsabile di inadempimento ex art. 48, in una procedura per l'affidamento, ad. esempio, di un servizio sarà escluso anche dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori e di forniture, laddove il proprio oggetto sociale gli consenta anche tali attività, per tutto il periodo dell'interdizione disposta dall'Autorità.

Distinti saluti



ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)