

L'amministrazione ha la facoltà di verificare il possesso dei requisiti soggettivi di tutti i concorrenti

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In tutti i casi in cui si accertino irregolarità nella ammissione di un concorrente ad una procedura concorsuale pubblica, la Stazione appaltante deve procedere alla sua eliminazione dalla gara dal momento iniziale per evitare che l'offerta presentata da un soggetto non idoneo, anche se escluso dalla gara per altra ragione, contribuisca tuttavia a determinarne l'esito finale.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1896 del 18 aprile 2006 ci sembra importante per quanto concerne la possibilità da parte della Stazione appaltante di verificare tutti i requisiti richiesti e ovviamente di escutere la relativa cauzione provvisoria in caso di mancata dimostrazione:

<Non vi è alcuna ragione infatti per ritenere che la previsione di cui all'articolo 10, primo comma - quater della legge n. 109 del 1994 (ora articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 smi) restringa alle sole ipotesi ivi contemplate (vale a dire alle imprese sorteggiate nel 10% dei concorrenti da sottoporre a verifica dei requisiti

nonché alla aggiudicataria ed alla seconda graduata) la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara.

Tale facoltà, costituisce espressione del potere generale di contrarre secondo regole predefinite di tutela della concorrenza che impongono determinati requisiti soggettivi, di natura morale e di capacità economica e finanziaria, alle imprese che intendono partecipare alla gare pubbliche con la conseguenza che nei relativi procedimenti possono essere ammessi solo i soggetti idonei perché in possesso di tali requisiti e che, in via di principio, l'accertamento del possesso degli stessi può avvenire nei confronti di tutti i concorrenti.

La norma qui sopra richiamata prevede semplicemente una facoltà per le Amministrazioni aggiudicatrici,

facoltà che consente una indubbia semplificazione dei procedimenti, ma di certo non esclude la possibilità di accertare nei confronti di tutti i concorrenti la sussistenza delle condizioni previste per contrattare con le Pubbliche Amministrazioni>

Il Supremo giudice amministrativo non si ferma qui ed infatti afferma anche che:

< A ben vedere, inoltre,

l'articolo 10, primo comma- quater, della legge n. 109 del 1994 prevede la semplificazione della verifica solo con riguardo ai requisiti di capacità economico -finanziaria e tecnico-organizzativa dei concorrenti ma non estende tale facoltà ai requisiti di idoneità morale che, conseguentemente,devono essere accertati nei confronti di tutti i concorrenti e, una volta che ne sia riscontrata l'insussistenza, non può che seguirne l'esclusione" in toto "dalla gara del soggetto privo di detti requisiti con la eliminazione di ogni effetto prodotto dalla sua presenza nel procedimento e non soltanto da singole fasi della stessa come è avvenuto nel caso di specie>

Da qui inoltre l'osservazione sulla necessità di escludere a priori dalla procedura l'offerta del soggetto sottoposto a misura di prevenzione o condannato per reati offensivi della moralità professionale, o comunque non idoneo dal punto di vista soggettivo come nel caso qui in esame per non avere una posizione di correttezza contributiva

In quanto ammetterlo potrebbe avere

l'effetto di incidere sulla soglia di anomalia ed, indirettamente,sulla aggiudicazione.

Diverso è quindi il regime a seconda che si tratti di requisiti relativi all'effettiva capacità giuridica del soggetto a sottoscrivere i contratti con la pubblica amministrazione, oppure che si tratti dei requisiti cd speciali:

<Questa è la ragione che giustifica il diverso trattamento riservato dal legislatore all'accertamento dei requisiti di idoneità morale che attiene ad una verifica preliminare e generale nei confronti di tutti i

concorrenti e che non si pone in alcun modo, né in relazione né in contrasto, con la diversa fattispecie dell'accertamento della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dei concorrenti che deve seguire nel corso della verifica della adeguatezza delle offerte proposte al fine di escluderne l'anomalia>

a cura di *****

riportiamo qui di seguito il testo integrale della decisione numero 1896 del 18 aprile 2006 del Consiglio di Stato:

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7708/2004 del 9/8/2004, proposto dalla ***** Costruzioni S.r.l. contro

la ***** Costruzioni Generali S.p.A.;

e nei confronti della

***** S.p.A.;

per la riforma

della sentenza del TAR Toscana - Firenze: Sezione II n. 74/2004, resa tra le parti;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ***** Costruzioni Generali S.p.A. e della ***** S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto il dispositivo di decisione n. 510/2005;

Alla pubblica udienza del 25 Ottobre 2005, relatore il Consigliere Cons. ***** ed uditi, altresì, gli avvocati *****, su delega dell'avv. *****, *****, su delega dell'avv. *****, e *****, su delega dell'avv. *****;

FATTO E DIRITTO

1) La decisione appellata ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla ***** Costruzioni Generali s.p.a. (in seguito *****) per l'annullamento: a) del provvedimento del 27 gennaio 2004 n. 997 con cui il Direttore Amministrativo di ***** s.p.a. (in seguito *****) ha dichiarato la ***** Costruzioni s.r.l. (in seguito *****), in esito alla riapertura delle operazioni di valutazione delle offerte, nuova aggiudicataria della gara n. 198/03 per l'affidamento dei lavori di manutenzione, estensione e nuovi allacciamenti delle reti e degli impianti fognari nel territorio dei Comuni di Prato, Poggio a Caiano e Carmignano; b) del provvedimento del 20 febbraio 2004 della ***** di aggiudicazione definitiva della gara alla impresa *****.

2) Il giudice di primo grado ha ritenuto, essenzialmente, che la illegittimità della ammissione di una ditta alla gara in questione, l'impresa ***** non in regola con i pagamenti dei contributi previdenziali (in

seguito *****), accertata dopo che la stessa ditta era rientrata nel novero delle imprese escluse dopo il sorteggio del 10% delle imprese che avevano presentato il maggior o minor ribasso in seguito all'accertamento della soglia di anomalia, non avesse alcun effetto ai fini della aggiudicazione in quanto l'articolo 10, comma 1-quater della legge n. 109 dell'undici febbraio 1994, prevede la determinazione di una nuova soglia di anomalia, e la eventuale conseguente nuova aggiudicazione, solo nella ipotesi in cui siano escluse l'impresa aggiudicataria o la seconda graduata che non forniscano la prova del possesso dei requisiti richiesti per partecipare alla gara ovvero non confermino le dichiarazioni rese in sede di invito alla stessa .

3) Nella gara in esame la soglia di anomalia era stata determinata in una prima fase, prima della esclusione della ***** , nella misura del 18,598% con aggiudicazione provvisoria alla ***** che aveva offerto un ribasso del 18,555% ed, in una seconda fase di gara, dopo l'esclusione della ***** , in una percentuale del 18,487% con conseguente aggiudicazione alla ***** che con un ribasso del 18,447% aveva formulato l'offerta che più si avvicinava alla soglia di anomalia per difetto.

4) La tesi dell'attuale appellante, sostenuta nell'appello incidentale e nelle memorie difensive anche dalla ***** , è che, invece, in tutti i casi in cui si accertino irregolarità nella ammissione di un concorrente ad una procedura concorsuale pubblica si debba procedere alla sua eliminazione dalla gara dal momento iniziale per evitare che l'offerta presentata da un soggetto non idoneo, anche se escluso dalla gara per altra ragione, contribuisca tuttavia a determinarne l'esito finale.

Ciò in applicazione degli ordinari poteri di autotutela decisoria della Pubblica Amministrazione pacificamente configurabili anche nello svolgimento delle gare pubbliche.

4.1) La tesi appare al Collegio fondata e ciò consente di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado proposte in questa sede sia dall'appellante (anche con riguardo alla pregiudizialità di altro giudizio) che dalla *****.

Non vi è alcuna ragione infatti per ritenere che la previsione di cui all'articolo 10, primo comma - quater della legge n. 109 del 1994 restringa alle sole ipotesi ivi contemplate (vale a dire alle imprese sorteggiate nel 10% dei concorrenti da sottoporre a verifica dei requisiti

nonché alla aggiudicataria ed alla seconda graduata) la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di verificare il possesso dei requisiti soggettivi delle imprese partecipanti alle procedure di gara.

Tale facoltà, costituisce espressione del potere generale di contrarre secondo regole predefinite di tutela della concorrenza che impongono determinati requisiti soggettivi, di natura morale e di capacità economica e finanziaria, alle imprese che intendono partecipare alla gare pubbliche con la conseguenza che nei relativi procedimenti possono essere ammessi solo i soggetti idonei perché in possesso di tali requisiti e che, in via di principio, l'accertamento del possesso degli stessi può avvenire nei confronti di tutti i concorrenti.

La norma qui sopra richiamata prevede semplicemente una facoltà per le Amministrazioni aggiudicatrici, facoltà che consente una indubbia semplificazione dei procedimenti, ma di certo non esclude la possibilità di accertare nei confronti di tutti i concorrenti la sussistenza delle condizioni previste per contrattare con le Pubbliche Amministrazioni.

4.2) A ben vedere, inoltre, l'articolo 10, primo comma- quater, della legge n. 109 del 1994 prevede la semplificazione della verifica solo con riguardo ai requisiti di capacità economico -finanziaria e tecnico-organizzativa dei concorrenti ma non estende tale facoltà ai requisiti di idoneità morale che, conseguentemente, devono essere accertati nei confronti di tutti i concorrenti e, una volta che ne sia riscontrata l'insussistenza, non può che seguirne l'esclusione" in toto "dalla gara del soggetto privo di detti requisiti con la eliminazione di ogni effetto prodotto dalla sua presenza nel procedimento e non soltanto da singole fasi della stessa come è avvenuto nel caso di specie.

4.3) Per meglio cogliere il significato della distinzione che il legislatore ha ritenuto, correttamente a giudizio del Collegio, di introdurre in questa materia basti pensare alla emersione in corso di gara di elementi ostativi alla partecipazione di un concorrente connessi alla esistenza di provvedimenti giudiziari o di prevenzione non risultanti dalle dichiarazioni rese e che, pacificamente, dovrebbero portare alla eliminazione del concorrente.

Se non si vuole incidere sulla efficacia preventiva di tali previsioni normative, dirette ad evitare

condizionamenti nella aggiudicazione delle gare e nella esecuzione dei contratti, deve ammettersi il loro rilievo in qualsiasi fase del procedimento sia accertata la sussistenza delle circostanze che le rendono applicabili .

Infatti in tali ipotesi l'offerta del soggetto sottoposto a misura di prevenzione o condannato per reati offensivi della moralità professionale, o comunque non idoneo dal punto di vista soggettivo come nel caso qui in esame per non avere una posizione di correttezza contributiva, dovrebbe mantenere l'effetto di incidere sulla soglia di anomalia ed, indirettamente, sulla aggiudicazione.

Questa è la ragione che giustifica il diverso trattamento riservato dal legislatore all'accertamento dei requisiti di idoneità morale che attiene ad una verifica preliminare e generale nei confronti di tutti i concorrenti e che non si pone in alcun modo, né in relazione né in contrasto, con la diversa fattispecie dell'accertamento della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dei concorrenti che deve seguire nel corso della verifica della adeguatezza delle offerte proposte al fine di escluderne l'anomalia.

5) L'appello va quindi accolto con riforma della sentenza appellata e reiezione del ricorso di primo grado .

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 Ottobre 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 7 aprile 2006

<https://www.diritto.it/l-amministrazione-ha-la-facolta-di-verificare-il-possesso-dei-requisiti-soggettivi-di-tutti-i-concorrenti/>