

## **Possesso dei requisiti generali e speciali, dichiarazione sostitutiva ex art. 38 D. lgs. n. 163/2006 e termine di 180 giorni di cui all'art. 11, comma 6, D. lgs. n. 163/2006**

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 29-9-2016

*1. In virtù di un consolidato orientamento del Consiglio di Stato, recepito anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 8/2015, nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso.*

*2. L'Adunanza Plenaria n. 16/2014 ha espresso il principio in virtù del quale "nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive di cui all'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio. Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio".*

*3. L'art. 11, comma 6, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, in base al quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine - è posta a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata. Ne consegue, quindi, che la sussistenza del "vincolo" non comporta la decadenza ex lege dell'offerta, una volta decorso il termine, ma determina soltanto la possibilità per l'offerente di svincolarsi da essa. Ove il medesimo non dichiari di ritenersi sciolto, l'offerta non decade. Ne deriva, pertanto, che se allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta, quest'ultima non decade.*

(1). Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; id., 20 luglio 2015, n. 8; Cons. Stato, Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 76.

(2). Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16.

(3). Conforme: CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. Stato, Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019; Con. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010 n. 8224.

## Guida alla lettura

Con la decisione che si indica, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato si sofferma su una serie di questioni in materia di appalti pubblici e, nello specifico, attinenti **al possesso dei requisiti generali e speciali**, alla **dichiarazione sostitutiva** avente ad oggetto **l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38 D.lgs. n. 163/2006**, nonché **alla esatta ratio del termine di 180 giorni di cui all'art. 11, comma 6, D. lgs. n. 163/2006**.

Delineato il campo di indagine del Consesso, è possibile procedere con l'esame della prima questione, vale a dire il **possesso dei requisiti generali e speciali per partecipare alla gara**. In proposito – osserva la Sezione – sulla scorta di un **consolidato orientamento** del Consiglio di Stato, recepito anche dalla pronuncia dell'**Adunanza Plenaria, n. 8/2015**, *“nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso”*. Trattasi del **principio** relativo alla **continuità del possesso dei requisiti di partecipazione**.

Su tale regola, come già rilevato, è stata chiamata a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria con la richiamata pronuncia n. 8/2015.

In particolare, con il quesito posto al Massimo Consesso, si intendeva chiarire se il principio in questione dovesse essere interpretato nel senso che *“anche una temporanea interruzione, nel corso della procedura, della titolarità delle attestazioni prescritte comporti necessariamente l'esclusione dell'impresa che l'ha temporaneamente perduta e anche se la possedeva nei momenti della presentazione della domanda, del controllo dei requisiti e dell'aggiudicazione”*.

I giudici amministrativi, con la più volte citata pronuncia n. 8 del 2015, hanno ritenuto di dover aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, confermato anche nella decisione annotata, per cui ***“il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica”***.

La **ratio di tale principio** è da rinvenirsi nelle esigenze di **trasparenza e certezza del diritto**, per cui la **verifica circa il permanere del possesso dei requisiti è immanente per tutta la durata della procedura ad evidenza pubblica**. Ne consegue, quindi, che, **potendo la suddetta verifica avvenire in qualsiasi momento della procedura, il possesso dei requisiti deve parimenti permanere durante tutto il corso della procedura medesima**. Ciò anche ***“a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A.”***.

Tanto chiarito con riguardo alla portata del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, appare utile segnalare che il **nuovo Codice degli appalti** disciplina i **requisiti generali di partecipazione e i motivi di esclusione** all'art. 80. La richiamata disposizione, in accordo con lo spirito innovatore della **Direttiva 2014/24/UE**, prevede **in modo analitico le cause di esclusione**, nonché un **maggior numero di soggetti da controllare**, ad un **duplice fine: preventivo**, scoraggiando il ricorso degli operatori economici a comportamenti che possono incidere in negativo sulla loro affidabilità e, **di semplificazione**, evitando l'esclusione per coloro che siano incorsi in errori meramente formali.

Dato atto anche di quanto disposto dal nuovo art. 80 D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è possibile esaminare le altre problematiche al vaglio del Collegio.

Con riguardo alla **dichiarazione sostitutiva avente ad oggetto l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 38 D. lgs. n. 163/2006**, l'organo giudicante precisa che la medesima, in primo luogo, **può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dal citato art. 38** e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore. Ne discende che la suddetta dichiarazione è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

Con riferimento, poi, alla **dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali ex art. 38**, la Sezione precisa che la stessa non

**deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici**, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

Come già rilevato in precedenza con le osservazioni relative all'art. 80 D. lgs. n. 80 del 2016, occorre nuovamente ribadire che il vecchio regime di cui al D. lgs. n. 163/2006 appare meno rigoroso rispetto a quello previsto dal nuovo Codice degli appalti.

Tanto chiarito, è necessario, infine, analizzare l'ultima questione affrontata dal Consesso, vale a dire quella relativa alla **ratio del termine di 180 giorni di cui all'art. 11, comma 6, D. lgs. n. 163/2006**. Richiamato il contenuto dell'art. 11, comma 6, D. lgs. n. 163/2006, a mente del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine, il Consesso avverte che **tale norma è posta a tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata**. Ne consegue che **la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa**. Se l'offerente non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, e, pertanto, se allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta, quest'ultima non decade.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4631 del 2015, proposto da:

Citelum S.a., in persona del legale rappresentante, in proprio quale mandataria R.t.i., R.t.i. Pisacane S.r.l., R.t.i. Telecom Italia, R.t.i. Igeco Costruzioni, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Savoia 31 Int.2;

***contro***

Comune di Lecce, in persona Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Astuto, Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso Francesco Baldassarre in Roma, Via della Scrofa, n. 64;

***nei confronti di***

Gemmo S.p.a, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefania Lago, Nicola Creuso, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III, n. 822/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio illuminazione pubblica - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Lecce e di Gemmo S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Bruno, Alessandro De Matteis su delega dell'avvocato Laura Astuto, Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Citelum S.a. invocava l'annullamento del provvedimento dirigenziale n° 261 del 14 Luglio 2014 con cui il Comune di Lecce aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Gemmo S.p.A. della gara indetta nel 2011 per l'affidamento dell'appalto del "*servizio di illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti*

comunali con l'opzione del finanziamento tramite terzi"; della nota comunale prot. n° 69379 del 14 Luglio 2014 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; degli atti e dei verbali della procedura, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara della Gemmo S.p.A.; di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi incluso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto in favore di Gemmo S.p.A.. Con lo stesso ricorso chiedeva altresì la declaratoria di inefficacia del contratto ed il risarcimento danni in forma specifica con subentro della ricorrente nell'affidamento e nel contratto e, in via subordinata, per equivalente monetario.

2. Il TAR adito, pur essendo stato proposto ricorso incidentale escludente da parte dell'originaria controinteressata ne accantonava l'esame in ragione della manifesta infondatezza del ricorso principale. A tal fine, il primo giudice notava come le due censure proposte dalla ricorrente non fossero meritevoli di apprezzamento.

In particolare, quanto alla prima osservava che la dichiarazione resa dalla Gemmo S.p.A. (in data 25 Novembre 2013), per confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e capacità tecnica prescritti dall'art. 4 lettere a), b), d3), d4) e d5) del Disciplinare di gara (già dichiarati nell'istanza di ammissione), non conteneva alcuna falsità, tenuto conto che rispettava pedissequamente lo schema appositamente fornito dalla stazione appaltante e che tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza della Società aggiudicataria erano risultati sempre in possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, inoltre la Gemmo S.p.A. aveva tempestivamente riscontrato l'apposita richiesta della stazione appaltante comunicando con nota del 24 Febbraio 2014 le modifiche societarie intervenute con l'indicazione delle cariche sociali. Quanto alla seconda doglianza, infine, l'aggiudicataria aveva ritualmente confermato l'impegno a mantenere valida e vincolante l'offerta presentata tutte le volte in cui la stazione appaltante lo aveva richiesto ai concorrenti in gara e che, comunque, le offerte presentate dai concorrenti, una volta scaduto il termine di 180 giorni, non potevano considerarsi prive di efficacia, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, sicché non poteva essere condiviso l'assunto della ricorrente principale secondo cui la commessa sarebbe stata aggiudicata ad un concorrente la cui offerta, nel corso della gara, era venuta a scadere.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, denunciando l'erroneità della pronuncia di prime cure per le seguenti ragioni: a) nel confermare in data 25 novembre 2013 il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara l'aggiudicataria faceva riferimento a quelli già dichiarati nell'istanza di ammissione, nonostante la variazione a quella data di diversi soggetti apicali, mutamento non comunicato alla stazione appaltante. Né varrebbe in senso opposto quanto valorizzato dalla pronuncia impugnata, ossia che l'originaria controinteressata utilizzasse i moduli predisposti dalla stazione appaltante, poiché ciò avrebbe fatto senza constatarne la rispondenza al fine perseguito. Inoltre, la falsità di per sé imporrebbe l'esclusione dalla procedura risultando irrilevante la circostanza del possesso da parte dei soggetti tenuti alla dichiarazione dei necessari requisiti; b) l'appalto non avrebbe potuto aggiudicarsi all'originaria controinteressata, dal momento che la sua offerta sarebbe venuta a scadenza considerato il notevole lasso di tempo intercorso tra la prima e la seconda richiesta di proroga della dichiarazione della validità dell'offerta.



4. Con appello incidentale condizionato l'originaria controinteressata ripropone i motivi del ricorso incidentale non esaminati dal TAR ed argomenta circa l'infondatezza dell'appello principale, deducendo tra l'altro la mancata contestazione da parte dell'appellante principale della sentenza di prime cure nella parte in cui sostiene l'infondatezza del primo motivo di ricorso sulla scorta del principio elaborata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 16/2014.

5. Costitutosi in giudizio il Comune di Lecce ha invocato la conferma della sentenza di prime cure.

6. Nelle successive difese l'appellante principale sostiene l'infondatezza delle doglianze contenute nell'appello incidentale e reitera le ragioni già esposte nel proprio gravame.

7. Dal canto loro, nelle successive difese, sia l'amministrazione comunale che l'appellante incidentale insistono nelle richieste già formulate.

8. L'appello principale è infondato e non può essere accolto, con ciò che ne consegue in termini di inammissibilità dell'appello incidentale.

9. Quanto alla primo doglianza occorre rammentare l'orientamento consolidato di questo Consiglio, recepito anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 8/2015, secondo il quale nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. Tanto premesso occorre rilevare che la dichiarazione della Gemmo S.p.A. del permanente possesso dei requisiti dichiarati al tempo della presentazione dell'offerta non può dirsi mendace. Il bando di gara all'art. 4, infatti, richiede che i concorrenti siano in possesso quali requisiti di carattere generale dell'insussistenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006, in capo ai soggetti espressamente richiamati dal medesimo articolo. Ebbene l'odierna appellata con la nota del 25 novembre 2013, dichiarava di confermare il possesso dei requisiti di carattere generale, di idoneità professionale e di capacità tecnica di cui all'art. 4, lettere s), b), d.3), d.4) e d.5) del disciplinare di gara già dichiarati nell'istanza di ammissione, dietro conferme richiesta della stessa amministrazione ed utilizzando i modelli dalla stessa messi a disposizione. Ciò esclude, da un lato, la presenza di qualsivoglia *animus fraudandi*, difettando peraltro, qualunque riferimento a soggetti individuati. Dall'altro, consente di fare applicazione del principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014, secondo la quale: *“Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio. Nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative circa i requisiti morali previste dall'art. 38 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, a condizione che questi ultimi*

*possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio".* Ciò consente di escludere il mancato rispetto da parte dell'originaria controinteressata dell'obbligo di dire il vero, da cui vorrebbe l'odierno appellante desumere la presenza di una causa di esclusione a suo carico.

10. Anche la seconda doglianza è destituita di fondamento. Al riguardo, infatti, questo Consiglio ha, a più riprese (CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. St., Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019; Id., 24 novembre 2010 n. 8224), chiarito che l'art. 11 comma 6 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 ? a norma del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine ? è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade *ex lege* decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima.

11. L'appello principale deve, quindi essere respinto, mentre va dichiarato improcedibile l'appello incidentale. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Citelum S.a. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge in favore del Comune di Lecce e di Gemmo S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere





Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore