



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

L'art.38 del Codice dei contratti (di cui al Dlgs n.163/06 e s.m.i.), così come la corrispondente disciplina che, in passato, ha regolato i requisiti di ordine generale per l'accesso delle imprese alle gare (primo tra tutti l'art.75 del DPR 21 dicembre 1999, n°554), pone non poche difficoltà agli operatori sul piano applicativo, ragion per cui, in premessa, deve esprimersi apprezzamento all'Autorità di Vigilanza per aver deciso di affrontare funditus un tema così difficile e delicato.

Apprezzamento deve essere altresì speso rispetto al documento posto a base di discussione, per il dettaglio e la completezza di analisi che lo caratterizza.

Tanto premesso, va peraltro osservato che, al fine di superare le difficoltà operative che avranno modo di risultare confermate dal dibattito che il documento ha aperto, è necessario tenere distinte le due possibili prospettive di intervento: la prima, forse più congeniale rispetto all'iniziativa intrapresa, e comunque di più rapido e facile conseguimento, è senz'altro quella interpretativa; la seconda evoca necessariamente lo strumento legislativo, che dovrebbe trovar posto in futuri ulteriori interventi modificativi del Codice, a meno di non sfruttare i residui margini legati alla prossima emanazione del relativo Regolamento di attuazione.

**** * * * * *

Prima di entrare nel merito delle singole disposizioni, appare opportuno compiere alcune considerazioni di carattere generale.

Il problema di fondo che contraddistingue la disciplina in questione è - come in altri casi - quello della discrezionalità che l'applicazione delle prescrizioni elencate dall'art.38 in sé comporta, ciò che implica, nonostante gli sforzi del legislatore, il rischio di assistere a comportamenti fortemente sperequati tra diverse stazioni appaltanti, con conseguente reazione da parte degli interessati e possibile contenzioso.

Ciò ha da sempre evocato la necessità di optare per una unificazione delle scelte applicative in tema di qualificazione, un tempo attuata attraverso l'Albo Nazionale dei Costruttori e più di recente costruita intorno all'Autorità di Vigilanza e all'Osservatorio.



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

In tal senso si è dell'avviso che, sul piano interpretativo, debbano convenientemente essere valorizzati tutti i passaggi in cui l'art.38 fa direttamente riferimento ai "dati in possesso dell'Osservatorio", ovvero, indirettamente, evoca il Casellario informatico attualmente disciplinato dall'art.27 del DPR 34/00, stante l'evidente coincidenza delle indicate fattispecie.

Tale opzione andrebbe completata, de iure condendo, attraverso previsione legislativa ad hoc (visti i dubbi che spesso si affacciano in giurisprudenza), che introduca l'obbligo di far precedere l'iscrizione nel casellario di dati e notizie rilevanti ai fini dell'accesso delle imprese alle gare, da un vero e proprio procedimento che preveda il contraddittorio con l'interessato, ai sensi della legge 241/90, come peraltro sembra affermare anche il nuovo Regolamento.

Nel merito delle singole previsioni recate dall'art.38, occorre svolgere le osservazioni che seguono.

Lett. a) Procedure concorsuali

Non sussistono, in via di principio, particolari osservazioni e/o eccezioni rispetto alla formulazione e all'applicazione della prescrizione considerata.

In ordine alla possibilità di interpretarne i contenuti nel senso di consentire la partecipazione alle gare di imprese in situazioni di dichiarata crisi aziendale, con prospettive/finalità di superamento della stessa più o meno concrete e supportate, l'AGI deve esprimere avviso contrario.

Nello stesso senso è da ritenere non condivisibile la proposta che, in chiave di modifica legislativa, ipotizza l'eliminazione del riferimento al concordato preventivo tra le cause di esclusione menzionate dalla norma.

Si conferma, comunque, il fatto che, ai fini di poter considerare "in corso" la procedura concorsuale, sia necessario per lo meno un pronunciamento istruttorio del Giudice competente.

Lett. b) Procedimenti antimafia

Non sussistono, in via di principio, particolari osservazioni e/o eccezioni sulla formulazione e l'applicazione della prescrizione considerata.

Unica notazione riguarda il richiamo, contenuto nel documento posto a base di discussione, alle soglie di cui all'art.4 del D.lgs n° 490/94, che appalesa la necessità di un coordinamento con la previsione di cui all'art.1, comma 2, lett. c), del successivo DPR n.252/98.



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

Let. c) Condanne per reati che incidono sulla moralità professionale.

La previsione considerata è, indubbiamente, tra quelle che recano le maggiori difficoltà sul piano operativo.

Al riguardo non vi è dubbio che il problema principale è quello legato all'assenza di una precisa tipizzazione delle figure di reato in grado di riverberare sulla moralità professionale dei concorrenti alle gare (al di là delle quattro cui viene fatto riferimento, peraltro in chiave di legislazione europea e non nazionale), ciò che rimanda alle scelte discrezionali del singolo committente con il rischio di comportamenti opinabili e, comunque, fortemente differenziati.

L'assenza di tipizzazione comporta, per conseguenza, la necessità di porre particolare attenzione al profilo motivazionale dell'esclusione, laddove disposta, ciò che rende particolarmente difficoltoso, e comunque contestabile, a seconda dell'interesse, il provvedimento su tali basi assunto.

Si è quindi dell'avviso che tale lacuna vada colmata in via preferenziale attraverso una modifica legislativa; in alternativa un atto interpretativo potrebbe anch'esso risultare d'aiuto, a condizione, peraltro, che si tratti di indicazione dettagliata, con lettura condivisa anche dalle Autorità di Governo (Dicasteri competenti), onde ridurre al minimo il rischio di un suo superamento in sede giurisdizionale.

Il fatto di individuare con precisione la lista dei reati rilevanti risolverebbe anche il connesso problema legato ai contenuti della dichiarazione da rendersi da concorrenti ai sensi del successivo comma 2, dichiarazione che, come da molti segnalato, presenta confini indefiniti, con le rilevanti implicazioni correttamente messe in luce nel documento - base, anche per quanto attiene alla dichiarazione di falsità delle indicazioni rese.

Al di là di quanto precede, il reato estinto mediante provvedimento di riabilitazione, ovvero per decorso del tempo dichiarato dal Giudice dell'esecuzione, non devono essere dichiarati.

Altro problema riguarda la disciplina degli amministratori e/o Direttori cessati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

In tal senso AGI appoggia fortemente la soluzione adottata dalla prassi, cui fa riferimento anche la posizione espressa dall'ANCE, basata sull'utilizzo della dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa concorrente, da rendersi in base all'art.47, comma 2, del DPR 445/00, nel senso di essere/non essere a conoscenza di condanne a carico del soggetto cessato, posto che questa appare l'unica soluzione per garantire sempre operatività alla prescrizione.



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

Al riguardo, è infatti evidente che, per legge, il certificato penale non può che essere richiesto dal titolare; ciò posto, potrebbe risultare assai difficile (rapporti conflittuali con l'impresa quale motivo della cessazione dall'incarico), o addirittura impossibile (irreperibilità), raggiungere l'interessato ed ottenere dallo stesso tale documentazione.

Sempre per quanto attiene al novero delle persone fisiche interessate alla verifica, alcune amministrazioni usano estendere l'ambito che la norma correttamente individua - in caso di società di capitali - negli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e nei direttori tecnici, anche al soggetto, in ipotesi diverso, che dovesse, in base a specifica autorizzazione, materialmente sottoscrivere la domanda di partecipazione o, a maggior ragione, l'offerta. Tale prassi è considerata condivisibile dall'AGI che, al di fuori di tale specifico caso, non condivide, viceversa, il fatto di estendere la verifica agli amministratori senza rappresentanza eventualmente esistenti e/o ai procuratori.

Let. d) Divieto di intestazioni fiduciarie

Non sussistono, in via di principio, particolari osservazioni e/o eccezioni sulla formulazione e la relativa applicazione della prescrizione considerata.

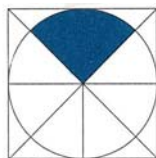
Let. e) Infrazioni alle norme in materia di sicurezza ed agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro.

Per quanto attiene alle prescrizioni di cui alla lettera e) dell'art.38, mentre si condivide l'impostazione adottata sul punto dal documento-base per identificarne il rapporto (di genere a specie) con i contenuti della successiva lett. i), si devono viceversa esprimere valutazioni diverse sui restanti profili applicativi.

Al riguardo, pur nella consapevolezza del riferito diverso avviso espresso dal TAR del Lazio con sentenza 28 novembre 2003, 11213, l'AGI è dell'opinione che non possa essere sottovalutato il fatto che nel riferirsi alle gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, la norma fa espresso riferimento ai dati in possesso dell'Osservatorio.

Trattasi di una delle situazioni in cui, in virtù di tale riferimento, l'Autorità avrebbe titolo, senza la necessità di modifiche legislative, per esplicitare appieno il proprio ruolo di unificazione applicativa della disciplina riguardante la qualificazione dei concorrenti alle gare, nel senso indicato in premessa.

In pratica, dovrebbe essere l'Autorità, sulla base delle segnalazioni pervenute all'Osservatorio, a valutare se e cosa iscrivere sul casellario dell'impresa, previo contraddittorio con l'interessato, fornendo così alla stazione appaltante



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

presupposti certi ed univoci in base ai quali procedere, in via automatica, all'esclusione dei concorrenti dalle gare.

Allo scopo, sempre l'Autorità dovrebbe definire a monte quali sono le infrazioni rilevanti, e cioè caratterizzate dall'elemento della gravità, e quando, le stesse, possano aversi per debitamente accertate.

Nel far questo, occorrerebbe peraltro tener conto della specifica disciplina di settore, in specie quella dettata in materia di sicurezza dal D.Lgs n° 81/08, nonché dal c.d. "Decreto Damiano", attuativo dell'art.1, comma 1176, della Legge 296/06 (Finanziaria 2007), ai fini del rilascio del DURC, onde garantire il coordinamento ed evitare sovrapposizioni.

Let. f) Grave negligenza o malafede nell'esecuzione del contratto o errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

La disposizione in questione è tra quelle che presenta notevoli difficoltà applicative.

Al riguardo va innanzitutto osservato come la prima parte della disposizione, e cioè quella contenente il riferimento alla, grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, non trova riscontro alcuno nella corrispondente previsione comunitaria da cui origina.

L'art. 45, comma 2, lett. d) della Direttiva CE 18/2004, infatti, prevede solo l'esclusione di chi "nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte dell'amministrazione aggiudicatrice".

Ciò posto, l'elemento di criticità è costituito dall'ampio ambito di discrezionalità rimesso alla committenza che, al di là dell'obbligo di motivare adeguatamente l'eventuale esclusione (reso esplicito dal legislatore ma sempre esistente all'atto dell'adozione di qualsiasi provvedimento che non sia a contenuto vincolato), andrebbe riempito con indicazioni che riducano arbitrii e contestazioni.

Nel merito, la grave negligenza o malafede, così come il grave errore nell'esercizio dell'attività professionale, dovrebbero poter aver rilievo solo se adeguatamente accertati in termini di oggettività e definitività; in tal senso dovrebbe esprimersi l'avviso interpretativo dell'Autorità.

De iure condendo, occorrerebbe anche qui fare riferimento esplicito ai dati in possesso dell'Osservatorio, sul quale andrebbero iscritte, come già detto previo contraddittorio, solo le fattispecie accertate.

Per quel che riguarda il riferimento alla stessa amministrazione che bandisce la gara, si concorda sul fatto che nei confronti di una stazione appaltante



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

articolata su base territoriale, il presupposto dell'esclusione deve valere a livello generale, e non già nel ristretto contesto territoriale in cui opera la singola unità.

Questione finale riguarda l'assenza di un riferimento temporale massimo entro il quale la causa di esclusione opera, che andrebbe considerato per evitare che l'esclusione possa, al limite, rilevare a vita.

Let. g) Violazioni degli obblighi riguardanti il pagamento di imposte e tasse

Ai fini della corretta applicazione della prescrizione in questione si condivide l'impostazione seguita nel documento-base, compreso il richiamo alla Circolare 34/E del 25 maggio 2007 dell'Agenzia Entrate, rispetto alla quale, peraltro, andrebbe forse precisata l'insussistenza di margini di discrezionalità valutativa in capo alle stazioni appaltanti rispetto alle "violazioni che non risultano ancora definitivamente accertate" e che l'amministrazione finanziaria nella predetta circolare (penultimo periodo di pagina 3) si riserva di indicare "separatamente".

Let. h) False dichiarazioni

Anche questa previsione si colloca nell'ambito di quelle che presentano maggiore problematicità nel contesto dell'art.38.

La questione è legata al fatto che la relativa sanzione comporta, per le imprese, l'esclusione dalle gare per un anno, nonché, per il medesimo periodo, la preclusione in ordine alla possibilità di stipulare contratti, anche di subappalto. Orbene, similmente a quanto già osservato in ordine ai contenuti della precedente lettera e), occorre riaffermare il potere-dovere dell'Autorità di Vigilanza di valutare i casi nei quali le false dichiarazioni sono da considerarsi tali e, quindi, procedere all'iscrizione del dato ai fini della generalizzazione della notizia a tutte le stazioni appaltanti.

Al riguardo sarebbe decisivo l'intervento del legislatore, eventualmente anche in sede regolamentare; peraltro, al fine di superare la nota interpretazione giurisprudenziale riferibile al TAR Lazio, potrebbe essere sufficiente anche un "semplice" atto di indirizzo, laddove condiviso dal Governo attraverso i Dicasteri competenti.

In tale contesto appare peraltro utile sottolineare come le previsioni di cui all'art.48 del codice, dall'applicazione del quale discendono buona parte delle questioni legate alle false dichiarazioni, hanno senso - ancorché comunque parziale, visto che la portata del controllo è circoscritta ai soli requisiti finanziari e tecnici e non anche a quelli, ben più rilevanti anche sotto il profilo



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

dell'ordine pubblico, di ordine generale – solo nel caso in cui si opti per l'aggiudicazione mediante esclusione automatica delle offerte anomale.

In ogni altro caso, infatti, dove l'ambito della partecipazione alla gara non è in grado di influire in modo determinante sull'individuazione dell'aggiudicatario, la moltiplicazione dei controlli, al di là di quelli necessariamente da compiersi sull'aggiudicatario, non ha particolare rilievo, allunga i tempi di aggiudicazione ed innesca i presupposti per contenziosi legati al contenuto di dichiarazioni non conformi che, peraltro, in molti casi non hanno rilievo pratico alcuno.

Let. i) Violazioni in materia di contributi previdenziali e assistenziali.

La previsione andrebbe applicata in stretto coordinamento con la disciplina riguardante l'ottenimento del DURC, nel senso previsto dal DM 24 ottobre 2007.

Infatti la regolarità ai fini del rilascio del “Documento Unico” deve di per sé implicare la capacità di concorrere (stipulare il contratto ecc.) e viceversa, esaurendo sul punto i contenuti dell'intera prescrizione di cui alla lettera i), senza spazi di ulteriore valutazione per le stazioni appaltanti. In tal senso, peraltro, sono anche i contenuti dell'emanando regolamento di attuazione del Codice dei contratti (art.6, comma 3¹ del più recente schema di decreto).

Circa la validità temporale del DURC si concorda, in via di principio, con la lettura della normativa che ne dà il TAR Lecce, ancorché essa rischi di avere effetto pratico assai ridotto se si tiene conto del fatto che, ai sensi di quanto previsto dall'art.16 bis della Legge n°2/09, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui e' richiesto dalla legge.

Let. l) Osservanza delle disposizioni in materia di disabili

Non sussistono, in via di principio, particolari osservazioni e/o eccezioni sulla formulazione e la relativa applicazione della prescrizione in questione,

¹ I soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità: a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1 lettera i) del codice; b) omissis



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

considerato anche che, di recente, la legge .. ne ha dichiarato l'inapplicabilità al settore dell'edilizia.

Lett. m) Sanzioni interdittive ai sensi del Dlgs n°231/01 e dell'art.36 bis della Legge 223/06

Non sussistono, in via di principio, particolari osservazioni e/o eccezioni sull'applicazione della prescrizione considerata, secondo la lettura che ne effettua il documento base.

Lett. m bis) Sospensione/decadenza dell'attestazione SOA

In merito ai contenuti della prescrizione in questione va, in primo luogo, osservato come la relativa portata sia quella di precludere la partecipazione alle gare a quelle imprese cui l'attestazione SOA risulti sospesa, ovvero sia stata revocata, per il fatto di aver prodotto falsa documentazione, o reso dichiarazioni mendaci, ai fini dell'ottenimento dell'attestazione stessa.

Il divieto riguarda tutte la gare per l'affidamento di lavori di importo inferiore a 150.000 euro (posto che al di sopra di tale soglia la partecipazione sarebbe comunque preclusa per l'assenza dell'attestazione), nonché quelle per servizi o forniture di eventuale interesse per le imprese di costruzione, (si pensi ad alcuni servizi come le manutenzioni molto vicini ai lavori, o alle forniture in cui siano presenti lavori a titolo accessorio).

Correttamente, quindi la disposizione non fissa durata alcuna della preclusione. Il recupero dell'attestazione SOA, infatti, sia in virtù del venir meno della sospensione, sia perché l'impresa è riattestata (sul punto vedi il paragrafo successivo), risolve di per sé il problema giacché la fattispecie preclusiva riguarda le imprese con SOA sospesa o revocata, non già il fatto in sé di aver reso dichiarazioni false o mendaci, coperto da altra prescrizione.

La questione del termine si pone, semmai, in ordine alla possibilità di ottenere una nuova attestazione SOA, tenuto conto di quanto attualmente previsto dall'art.17, comma 1, lett. n), del DPR 34/2000, ed in prospettiva dal nuovo Regolamento, rispetto al quale effettivamente non sussiste limitazione temporale alcuna.

Al riguardo il termine di un anno potrebbe essere opportunamente considerato in quanto se è vero che un'impresa trasformandosi potrebbe ricominciare il proprio iter qualificativo è anche vero che tale iter dovrebbe ricominciare sostanzialmente da zero vista l'impossibilità di utilizzare i certificati di lavori eseguiti intestati ad un soggetto diverso (che, per aver reso false dichiarazioni, non è più attestabile).



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

Let. m ter) Mancata denuncia dei tentativi di concussioni o estorsioni

Rispetto alla posizione espressa dal documento base, sembra potersi aggiungere un caso riguardante il quid iuris laddove la richiesta di rinvio a giudizio, contenente la notizia della mancata denuncia, non abbia seguito, ad esempio per la disposta archiviazione del procedimento da parte del Giudice Istruttore.

Al riguardo si è dell'avviso che ogni qualvolta venga meno il presupposto, la notazione debba poter essere cancellata, su istanza dell'interessato, anche prima del decorso del triennio.

Per quanto, viceversa, attiene alla dichiarazione da rendersi, da parte dei soggetti interessati, ai fini della partecipazione alle gare, è del tutto evidente che questa non possa che riferirsi all'esistenza, o meno, di annotazioni pubblicate sul sito dell'Osservatorio.

Ciò in quanto l'interessato potrebbe non conoscere affatto la circostanza che lo riguarda; d'altro canto, dell'intervenuta pubblicazione del dato dovrebbe esser data tempestivamente comunicazione, da parte dell'Autorità, all'interessato stesso, per lo meno fintantoché non si dovesse stabilire che le imprese possono accedere a tutti i dati informativi riguardanti la propria posizione.

Let. m quater) Imprese controllate

In ordine ai contenuti della nuova disposizione, introdotta, su *input* comunitario, dal Decreto Legge n°135/09, convertito con recente legge n° 166, non sembrano porsi problemi particolari.

Ciò in considerazione del fatto che i casi rilevanti, ai sensi dell'art.2359 cod. civ., laddove esistenti, dovranno comunque essere dichiarati dall'interessato, salvo accompagnare tale indicazione, per poter concorrere, con la dimostrazione (a carico di chi vi ha interesse) che tale situazione non ha impedito che l'offerta venisse formulata in via autonoma.

Per le altre situazioni (qualsiasi relazione, anche di fatto) dove ciò che rileva è la riconducibilità della pluralità di offerte ad un unico centro decisionale, la circostanza in passato doveva essere dimostrata dall'amministrazione ai fini dell'esclusione e, di fatto, deve esserlo tuttora, peraltro con l'aggiunta della sanzione della falsa dichiarazione a carico di chi abbia dichiarato il contrario.

La considerazione, semmai, è, ancora una volta, quella che il problema ha modo di porsi in maniera rilevante solo nel caso in cui si tratti di affidare il contratto aggiudicando in via automatica in base a meccanismi fondati su medie. Altrove il problema appare sostanzialmente irrilevante.



AGI
ASSOCIAZIONE IMPRESE GENERALI

Annotazioni sul casellario

Al riguardo si è dell'avviso che, così come le annotazioni vengono, per lo meno al momento, disposte d'ufficio, ed alle stesse segue, tutt'al più, la comunicazione all'interessato, allo stesso modo, d'ufficio, andrebbero cancellate tutte le indicazioni che hanno perso rilevanza per le più diverse ragioni (es. decorso del termine indicato per legge o, in ipotesi, considerato rilevante dall'Autorità, sopravvenire di notizie incompatibili con il perdurare dell'iscrizione ecc.)

I quest'ottica può essere senz'altro d'aiuto il fatto di rendere accessibile all'interessato la propria posizione affinché dalla conoscenza diretta del proprio curriculum possa scattare l'impulso per un'istanza di adeguamento.

**** *
**** *
**** *

Prima di concludere, alcune sintetiche considerazioni ulteriori devono essere spese in merito all'applicazione dell'art.38 del Codice dei contratti.

Con la prima, si ribadisce che tutti i requisiti individuati dall'art.38 sono oggetto di "semplice" dichiarazione ex artt. 46 e 47 del DPR n°445/00 e di susseguente verifica da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'art.43 dello stesso DPR; tale richiamo ben potrebbe comparire nell'ambito di una possibile determinazione dell'Autorità sulle tematiche in questa sede trattate.

La seconda, connessa alla prima, riguarda l'obbligo delle amministrazioni di dotarsi di schemi di dichiarazioni tipo, così come previsto dall'art.48 del citato DPR 445/00.

La terza attiene all'applicazione delle disposizioni di cui all'art.38 alle imprese straniere, secondo quanto previsto dal comma 4, i cui contenuti, forse troppo sintetici, andrebbero adeguatamente decodificati. Andrebbe chiarito, ad esempio, se le regole in materia di autocertificazioni si applicano anche ai concorrenti non stabiliti in Italia; se, al riguardo, si possa distinguere tra cittadini UE e non; come ci si regola in materia di false dichiarazioni.

16 dicembre 2009