

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

***Requisiti generali per la partecipazione alle gare
art. 38 D. Lgs. n. 163/2006***

Osservazioni sul documento di base

Audizione presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici

11 novembre 2009

Si esprime vivo apprezzamento per l'intenzione dell'Autorità di dare indicazioni operative alle stazioni appaltanti in una materia come quella delle cause di esclusione dalle gare che incide sulla libertà di azione delle imprese ed è stata caratterizzata da posizioni non omogenee delle amministrazioni come dimostra la notevole mole di contenzioso.

L'Ance ha più volte segnalato, sia all'Autorità, sia in occasione di proposte normative, l'assenza di una disciplina più completa che offra maggiori garanzie nella valutazione degli elementi posti a base del divieto a contrarre.

Si esprime apprezzamento anche per il contenuto e la completezza del documento base che ha compiuto lo sforzo di sintetizzare la copiosa giurisprudenza degli anni più recenti, ricavandone chiare linee interpretative.

Alcune questioni sono state lasciate volutamente aperte e su queste si cercherà di dare un contributo.

Osservazioni:

- **Insussistenza di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo (lett. a)**

Si ritiene interessante quanto evidenziato nel documento a proposito del concordato preventivo, incluso espressamente dalla legge tra le situazioni che danno luogo al divieto di partecipare alle gare; tuttavia, nel documento viene rilevato come questo istituto, a seguito della riforma del diritto fallimentare operata con il D.Lgs. n. 5/06, sia stato completamente

rimodellato quale istituto funzionale al risanamento ed alla continuità dell'attività aziendale. Ciò lo assimilerebbe all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, quantomeno nel caso in cui l'esito del concordato sia costituito dalla cessione in blocco dell'azienda, con la conseguenza che dovrebbe essere assoggettato alla medesima disciplina e, dunque, non dovrebbe costituire causa di esclusione, ciò anche al fine di evitare disparità di trattamento.

Si ritiene che la questione sia degna di maggior approfondimento e possa essere eventualmente segnalata al Governo, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f) del codice per una modifica normativa.

- **Sentenza di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale (lett. c)**

Non vi sono osservazioni particolari in merito ai criteri per l'individuazione dei reati, ed agli elementi per valutarne la gravità, che del resto corrispondono ad una linea già indicata dall'Autorità e confermata dalla giurisprudenza.

Problemi specifici sorgono invece in merito alle dichiarazioni che i soggetti interessati devono rendere in sede di gara.

Il documento ricorda la possibilità di utilizzare, ai sensi dell'art. 47, comma 2 del D.P.R. n. 445/2000, la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa nell'interesse proprio e riguardante fatti relativi ad altri soggetti di cui si abbia diretta conoscenza. Il ricorso a tale strumento può consentire agli amministratori in carica di dichiarare l'insussistenza di sentenze di condanna a carico di amministratori o direttori tecnici cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

Tuttavia, l'utilizzo di tale disposizione comporta alcuni problemi applicativi da risolvere.

In primo luogo, occorre chiarire se la suddetta dichiarazione possa limitarsi ad escludere la sussistenza di sentenze di condanna a carico degli amministratori cessati per il solo periodo di permanenza in carica presso l'impresa (periodo per il quale è ragionevole pensare che sussista una "diretta conoscenza" da parte dell'impresa di fatti relativi ai propri amministratori), ovvero se debba riguardare anche il periodo successivo alla cessazione del rapporto con l'impresa, periodo nel quale è evidentemente più difficile la conoscenza delle vicende personali dei soggetti cessati dalla carica da parte degli amministratori in carica.

Ulteriore difficoltà ai fini dell'applicazione al caso in esame, della dichiarazione per fatto di terzi, è data dalla circostanza che l'impresa, e per essa i suoi amministratori, non ha facoltà di accedere al casellario giudiziale degli ex amministratori e tanto meno a quello "integrale".

In ogni caso, si rende necessario che nella dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà sia utilizzata una formula che garantisca il dichiarante dal pericolo di incorrere in false dichiarazioni, quale potrebbe essere la seguente: "per quanto a mia conoscenza".

Occorrerebbero perciò indicazioni più specifiche sulla utilizzazione dell'art. 47, comma 2 del D.P.R. n. 445/2000.

Per quanto riguarda in generale il contenuto della dichiarazione relativa alla insussistenza della causa di esclusione di cui alla lett. c), si ritiene quanto segue:

a) nella dichiarazione non vanno ricompresi i reati estinti.

Infatti, l'estinzione del reato mediante provvedimento di riabilitazione, ovvero il decorso del tempo dichiarato dal giudice dell'esecuzione per le sentenze di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., ha come conseguenza anche l'estinzione delle pene accessorie (qualora previste) e di ogni altro effetto penale della condanna. Inoltre la dichiarazione dei reati estinti non avrebbe alcuna utilità pratica, essendo preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla gara, i reati ormai estinti;

- b) circa l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali ovvero solo quelle che il concorrente ritenga gravi e lesive della moralità professionale, si ritiene preferibile, perché di maggior tutela per gli operatori economici, a fronte della non chiara dizione della norma, il recente orientamento del Consiglio di Stato (sentenze nn. 4905, 4906, 4907 del 2009) che ricollega la questione alla formulazione del bando di gara.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto che, laddove il bando richieda genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38, tale previsione consenta una valutazione di gravità/non gravità da parte del concorrente, con la conseguenza che quest'ultimo non può essere escluso per il solo fatto di non aver dichiarato tutte le condanne penali. Il concorrente potrà, eventualmente, essere escluso solo se la stazione appaltante riterrà che le condanne non dichiarate (verificabili dal casellario giudiziale integrale) siano gravi.

Viceversa quando il bando richieda specificamente che siano dichiarate tutte le condanne penali, nell'evidente intento di riservare la valutazione di gravità/non gravità alla stazione appaltante, il concorrente dovrà necessariamente attenersi alla specifica richiesta e potrà essere escluso per la semplice omissione di dichiarazione di condanna, anche se riferibile ad un reato non grave, a titolo di falsa dichiarazione.

Infine, si segnala la necessità di fornire indicazioni più specifiche in tema di dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata di amministratori o direttori tecnici. In proposito il documento base indica come misura di dissociazione l'azione di responsabilità nei confronti dei suddetti soggetti per il risarcimento del danno causato alla società. Tuttavia si tratta di una misura di difficile attuazione pratica, considerato che potrebbe non esserci un danno in concreto derivante dall'azione commessa, se non proprio quello derivante dalla preclusione alle gare per la mancata dissociazione.

A nostro avviso l'atto di dissociazione potrebbe ragionevolmente identificarsi con l'estromissione del soggetto dall'incarico su iniziativa dell'impresa.

- **Infrazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti dai rapporti di lavoro (lettera e)**

La norma prevede che le gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza debbano risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Sul punto, il documento base prevede che, nelle more dell'integrazione del Casellario informatico con i dati che debbono essere inviati dalle stazioni appaltanti, possano comunque rilevare ai fini dell'esclusione le informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante.

Tale posizione non appare condivisibile, risultando in contrasto con la chiara lettera della norma che ha una funzione di certezza e di garanzia circa le situazioni rilevanti ai fini dell'esclusione.

- **Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (lettera f)**

Particolarmente delicata appare la fattispecie del c.d. errore grave, che attribuisce rilievo a situazioni contrattuali intercorse con amministrazioni aggiudicatrici diverse da quella che bandisce la gara.

Al riguardo, si condivide la necessità che un eventuale provvedimento di esclusione sia accompagnato da congrua motivazione, che dia conto della gravità del comportamento tenuto nell'esecuzione del contratto.

Per quanto riguarda l'accertamento dell'errore, si ritiene invece che la dizione della norma secondo cui l'errore grave è accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, vada ulteriormente specificato al fine di garantire una valutazione il più possibile oggettiva.

A tal fine, si ritiene che l'errore debba risultare quantomeno da un provvedimento di risoluzione del contratto ex art. 136 del codice, che non sia stato contestato dall'appaltatore. In questo modo, infatti, si ha la garanzia che l'appaltatore abbia avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni.

Laddove poi la risoluzione sia stata contestata in giudizio, si ritiene che l'errore debba risultare da una sentenza, anche di primo grado, di condanna dell'appaltatore, che accerti la responsabilità dello stesso a titolo di dolo o colpa grave.

- **False dichiarazioni (lettera h)**

Si condivide l'esigenza espressa nel documento base di prevedere una verifica con finalità di garanzia da parte dell'Autorità delle segnalazioni inviate dalle stazioni appaltanti, prima dell'inserimento dei dati nel Casellario informatico. In tal senso, l'Ance ha più volte formulato proposte di emendamento in occasione dei decreti correttivi al codice dei contratti pubblici, volte ad attribuire tale potere all'Autorità.

Nelle more di un'auspicabile modifica normativa, si ritiene di poter condividere l'orientamento giurisprudenziale più garantista (Cons. St., sez. VI, sentenze nn. 4905, 4906 e 4907 del 2009), secondo cui l'iscrizione dei dati nel Casellario costituisce a tutti gli effetti uno specifico procedimento, che pertanto deve essere accompagnato da tutte le tutele previste dalla legge n. 241/1990, quali l'avviso di avvio del procedimento al soggetto

interessato e la possibilità per quest'ultimo di intervenire nel procedimento, presentando memorie scritte e documenti.

In tal modo, l'Autorità avrebbe la possibilità di valutare la difformità tra dichiarazione e attestazioni documentali successivamente acquisite dalla stazione appaltante, rilevando l'eventuale errore scusabile che escluderebbe la falsità stessa e, pertanto, l'inserimento del dato nel Casellario.

Tale procedimento può ritenersi in linea con quanto sancito dalla giurisprudenza più restrittiva in tema di verifica da parte dell'Autorità (TAR Lazio, sez. III n. 7061 del 2003), che ha comunque fatto salvo il potere/dovere di non inserire i dati nel Casellario, laddove consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti della fattispecie.

- **Irregolarità contributiva (lettera i)**

Circa la soglia di "gravità" dell'inadempimento contributivo, individuata dal D.M. 24 ottobre 2007 nella misura del 5%, si rileva che il superamento di detta soglia, secondo il recente orientamento del Consiglio di Stato, non costituisce condizione sufficiente per procedere all'esclusione del concorrente, essendo necessaria la valutazione dell'effettiva gravità da parte della stazione appaltante. Nel condividere la posizione espressa dal Giudice amministrativo, si ritiene che in questa materia non vi sia spazio per alcun automatismo e che l'eventuale esclusione debba essere congruamente motivata.

Per quanto concerne l'obbligo di iscrizione alla Cassa edile per imprese che eseguono lavori pubblici, si ritiene che tale previsione debba riguardare senz'altro i lavori edili per i quali l'impresa deve applicare il contratto collettivo del settore. Tuttavia, occorre evidenziare che vi sono particolari lavorazioni, spesso accessorie ai lavori edili, quali ad esempio i lavori di impiantistica, per le quali le relative imprese specializzate applicano contratti collettivi diversi da quello dell'edilizia. Si ritiene che questi ultimi non possano essere obbligati a ricorrere al contratto dell'edilizia e quindi all'iscrizione alla Cassa edile, a meno che detta attività non sia prettamente accessoria all'attività principale dell'impresa stessa avente carattere edile.

Infine, si evidenzia un problema, non esaminato dal documento base, che tuttavia viene posto dagli operatori economici in fase di esecuzione dei lavori. Si tratta di prevedere la possibilità per l'appaltatore di accedere al DURC del subappaltatore, in modo da venire a conoscenza di eventuali situazioni di irregolarità del subappaltatore stesso. Ciò consentirebbe di assumere iniziative affinché il subappaltatore sani gli inadempimenti, evitando così all'appaltatore di incorrere nella responsabilità solidale in occasione del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori.

- **Sospensione o decadenza di attestato SOA per false dichiarazioni (lettera m-bis)**

Si condivide pienamente la preoccupazione espressa nel documento base in merito alla mancanza di un termine di durata della sanzione dell'esclusione dalle gare, in caso di sospensione o decadenza dall'attestazione SOA per dichiarazioni mendaci.

L'Autorità sostiene di non poter mantenere la propria interpretazione estensiva, che aveva consentito l'applicazione del termine annuale, previsto per le false dichiarazioni rese in sede di gara, anche alla preclusione dell'ottenimento dell'attestazione SOA.

La conseguenza di tale posizione porta a trattare diversamente due situazioni che presentano profili di somiglianza, quali sono l'esclusione per false dichiarazioni rese in gara e l'esclusione per false dichiarazioni rese alla SOA.

Si ritiene possibile uno sforzo interpretativo che conduca ad estendere il termine annuale anche alla seconda fattispecie, sulla base delle seguenti considerazioni:

- 1) sul piano della legittimità, appare contrario ai principi di proporzionalità prevedere una sanzione senza limiti a fronte di un dato comportamento, ancorché ritenuto grave. In tal senso, si evidenzia che persino le pene accessorie conseguenti alla commissione di reati, quali l'interdizione da una professione o da un'arte (art. 30 c.p.) o il divieto a contrattare con la pubblica amministrazione (art. 32 ter c.p.), assimilabili ai casi in esame, prevedono un termine massimo di durata della sanzione stessa;
- 2) non sembrano sussistere motivi particolari per ritenere più grave una falsa dichiarazione resa davanti alla SOA rispetto a quella resa ad una pubblica amministrazione, tenendo conto che in entrambi i casi si tratta di un comportamento integrante una falsità;
- 3) sul piano dell'opportunità, va tenuto presente che il nuovo regolamento generale introduce un termine annuale rispetto alla preclusione dalla possibilità di riattestarsi, sia per le falsità relative a requisiti generali (art. 78, comma 5), sia per quelle relative a requisiti speciali (art. 79, comma 18). Ciò dimostra l'intenzione del legislatore di porre un termine alla sanzione del divieto di riattestazione, con l'ovvia conseguenza che dovrà rivedersi la disposizione di cui alla lettera m-bis per non vanificare la possibilità stessa di riattestarsi attraverso la preclusione *sine die* alle gare.

- **Denuncia dei reati di concussione ed estorsione (lettera m-ter)**

In merito alla fattispecie in esame, i problemi più rilevanti sono emersi con riferimento alla dichiarazione sostitutiva da rilasciare in sede di gara.

Al riguardo, l'Ance ha suggerito ai propri associati di rendere la dichiarazione con il seguente tenore: *“Il sottoscritto, in qualità di (titolare/socio/direttore tecnico/legale rappresentante) dell'impresa dichiara che non risultano iscritte nell'Osservatorio dei contratti pubblici, istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, segnalazioni a proprio carico di omessa denuncia dei reati previsti dagli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'art. 7 del Decreto Legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla Legge 12 luglio 1991, n. 203, emergenti da indizi a base di richieste di rinvio a giudizio formulate nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara”*.

Si rileva, tuttavia, che vi sono stati casi di imprese associate che hanno reso la dichiarazione secondo il modello predisposto e che sono state escluse dalla gara per dichiarazione incompleta e non conforme alla legge.

Al riguardo, occorre necessariamente partire dal contenuto della norma. Quest'ultima prevede l'esclusione dalla gara per l'impresa che abbia nella propria compagine sociale un direttore tecnico o un legale rappresentante che, essendo vittima di un reato di concussione (art. 317 c.p.) ovvero di estorsione (art. 629 c.p.), aggravato dalla circostanza che l'autore si sia avvalso delle condizioni di cui al reato di associazione di stampo mafioso ovvero con la finalità di agevolare l'attività di tali associazioni, non abbia denunciato tali fatti all'Autorità giudiziaria. Detta circostanza deve emergere dagli indizi posti a base della richiesta di rinvio a giudizio riguardante l'imputato del reato sopra descritto, formulata nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando. La medesima situazione deve essere comunicata, con le generalità di chi ha omesso la denuncia, all'Autorità di vigilanza per la pubblicazione sul sito dell'Osservatorio.

Dal tenore letterale della norma, si evince che l'unico strumento a disposizione delle stazioni appaltanti per poter escludere un'impresa, nel caso di cui alla lettera m-ter, è che la sussistenza dei presupposti della fattispecie risulti dai dati in possesso dell'Osservatorio presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, riferiti all'ultimo triennio antecedente la pubblicazione del bando. Infatti, la segnalazione della circostanza deve essere fatta pervenire all'Autorità di Vigilanza, che ne cura la pubblicazione sull'Osservatorio, da parte del Procuratore della Repubblica procedente nei confronti dell'imputato del reato estorsivo.

Ora, deve ritenersi che tutti gli elementi contenuti nella disposizione devono risultare presenti, affinché si concretizzi la fattispecie di cui alla lettera m-ter dell'art. 38 e, ad avviso della scrivente associazione, il concorrente nel rendere la propria dichiarazione non deve discostarsi dalla fattispecie normativa, considerato che è tenuto a dichiarare di non incorrere soltanto in quelle specifiche situazioni che legittimerebbero l'esclusione da parte della stazione appaltante.

In tale ottica, come associazione si è cercato di strutturare la dichiarazione in modo da evitare che le imprese potessero esporsi a dichiarazioni improprie, eccessivamente ampie o comunque rischiose per le stesse, soprattutto sotto il profilo di eventuali falsità.

In particolare, la dichiarazione *tout court* di non essere stato vittima dei reati o di avere effettuato la denuncia degli stessi, appaiono eccessivamente estese; tali dichiarazioni, non richieste dalla norma, sarebbero comunque vincolanti per l'impresa, esponendola al rischio di dichiarare una falsità, ancorché non rilevante in sé in base alla lettera m-ter. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il soggetto sia stato vittima di reato, ma in un periodo non rilevante ai fini della disposizione in esame oppure al caso in cui non abbia neppure consapevolezza che un dato comportamento integri gli estremi dei reati di estorsione o concussione, che peraltro per essere rilevanti devono essere aggravati da finalità mafiose, o infine al caso in cui alla denuncia non abbia fatto seguito la richiesta di rinvio a giudizio.

La descrizione della casistica sopra riportata evidenzia in maniera chiara quanto sia coesistente alla fattispecie l'elemento della richiesta di rinvio dell'imputato con

segnalazione dell'omessa denuncia all'Autorità e conseguente annotazione nell'Osservatorio.

In base alle considerazioni sopra esposte, si ritiene che la dichiarazione rilasciata con un contenuto strettamente aderente alla norma sia da considerarsi legittima e rispondente alla disposizione. In particolare, il riferimento ai dati dell'Osservatorio deve ritenersi coesistente alla fattispecie, in quanto si tratta dell'elemento, conseguente alla comunicazione del Procuratore della Repubblica, che attribuisce concreta rilevanza all'omessa denuncia del reato.

È da notarsi che la fattispecie dell'omessa denuncia non ha alcun rilievo nell'ordinamento giuridico se non nel caso di specie che vi ricollega un'apposita sanzione (divieto di partecipazione alle gare), né sussiste alcun provvedimento autonomo che rilevi il comportamento omissivo fintanto che il Procuratore della Repubblica non formuli la richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato e la conseguente segnalazione all'Autorità.

Dunque, in questo caso, il riferimento all'annotazione nel Casellario appare quanto mai essenziale a fornire certezza ed a costituire garanzia per il soggetto che può incorrere nella grave sanzione dell'esclusione dalla gara.

E' vero che il privato non ha attualmente la possibilità di accedere direttamente ai dati contenuti nell'Osservatorio, riservati invece alle SOA e alle stazioni appaltanti. Tuttavia, al soggetto interessato deve essere data apposita comunicazione dell'inserimento nell'Osservatorio di un'annotazione a suo carico, venendo in tal modo a conoscenza della preclusione alle gare. Anzi, con riferimento alla fattispecie in esame, tale comunicazione è l'unico strumento attraverso il quale il soggetto può venire a conoscenza della segnalazione effettuata dal Procuratore della Repubblica.

In attesa che i dati dell'Osservatorio, come proposto, divengano accessibili anche ai privati, potrebbe integrarsi la dichiarazione con la specificazione che il soggetto dichiara l'assenza di annotazioni nell'Osservatorio per quanto risulti a propria conoscenza.

- Situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. (lettera m-quater e comma 2)

Con la disposizione in esame è stata inserita tra le cause di esclusione il divieto di partecipazione contemporanea alla stessa gara di imprese che si trovino tra loro in una situazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le rispettive offerte siano comunque riconducibili, in base ad elementi univoci, ad un unico centro decisionale.

La disposizione prevede, altresì, le modalità attraverso le quali i concorrenti dichiarano l'insussistenza della causa di esclusione in esame, inserite a seguito di una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia (sentenza del 19 maggio 2009, causa C-538/07).

Infatti, l'art. 38, comma 2 prevede che i concorrenti possono allegare alternativamente:

- 1) la dichiarazione di non trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. con alcuno dei partecipanti alla gara;
- 2) la dichiarazione di trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di avere formulato la propria offerta autonomamente, con l'indicazione del concorrente con cui sussiste la situazione di controllo.

La dichiarazione di cui al punto 2) deve essere corredata da documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, documenti da inserire in un'autonoma busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti rispetto ai quali accerti che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

Con riguardo a tale previsione, appare difficilmente ipotizzabile quale sia la tipologia di documenti atta a dimostrare l'ininfluenza della situazione di controllo rispetto alla formulazione delle offerte. In particolare, non sembrano utilizzabili a tale fine elementi di prova relativi all'assenza di quegli indizi che la giurisprudenza ha individuato per la configurazione dell'unitarietà del centro decisionale. Si pensi, ad esempio, alla coincidenza di soggetti con poteri di amministrazione e direzione delle imprese, alla formalizzazione di garanzie presso la stessa assicurazione con riferimenti contrattuali progressivi, o all'invio delle offerte dallo stesso ufficio postale con raccomandate in sequenza. Si tratta infatti di elementi per lo più fattuali o comunque desumibili da documentazione già in possesso dell'amministrazione.

Al riguardo, si richiede all'Autorità di voler fornire indicazioni che consentano alle imprese concorrenti di attenersi alla previsione normativa.

- **Annotazioni sul casellario**

In ordine alle considerazioni svolte sull'istituto del Casellario, si concorda pienamente con il proposito dell'Autorità di ripristinare il diritto di accesso al Casellario da parte degli operatori economici, nel rispetto della tutela della riservatezza, consentendo in tal modo una maggiore trasparenza e conoscenza dei dati a proprio carico e, in ultima analisi, una più concreta possibilità di difesa delle posizioni giuridicamente rilevanti.

11 novembre 2009

CA/PDF/pm