



Audizione presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
11 novembre 2009

Oggetto: Problematiche applicative dell'art. 38 del D.Lgs 163/06

Esaminato il documento base redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, relativo all'argomento indicato in oggetto, l'ANCI rappresenta quanto segue.

Il documento posto all'attenzione delle numerose Amministrazioni e operatori di settore, invitati all'audizione, rappresenta senz'altro un valido supporto per coloro che operano nell'ambito degli appalti pubblici, poiché viene intrapreso un excursus della normativa e copiosa giurisprudenza che è stata prodotta fino ad oggi.

In particolare per i Comuni, soprattutto quelli di minori dimensioni demografiche, può rappresentare un validissimo contributo nell'espletamento delle procedure di gara che presentano frequentemente delle problematiche, alcune delle quali verranno esposte qui di seguito.

Come noto l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture disciplina le cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, ossia quei requisiti soggettivi che tutti i concorrenti debbono possedere per poter contrattare con la P.A e che vanno tenuti ben distinti dalla capacità economico-finanziaria e capacità tecnica e professionale disciplinate dagli artt. 40, 41 e 42 del medesimo codice. Infatti, mentre questi ultimi attengono rispettivamente al grado di esperienza e capacità professionale del concorrente, cioè alla sua idoneità, sotto il profilo tecnico, ad espletare l'attività oggetto di gara e alla sua solidità finanziaria e quindi alla sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti, i primi, tradizionalmente definiti di moralità, consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili, ove esistenti, di precluderne la partecipazione alle gare. Qualora, invece, tali requisiti soggettivi "di moralità" vengano meno a procedura in corso, l'Amministrazione può essere giustificata a non stipulare il contratto.

L'art. 38 del Codice, nel delineare tali requisiti, recepisce il contenuto della Direttiva 2004/18/CE e al tempo stesso rende conforme la disciplina precedentemente dettata:

- a) per i lavori dall'art. 75 del D.P.R. 554/99
- b) per i servizi dall'art. 12 del D.Lgs 157/95
- c) per le forniture dall'art. 11 del D.Lgs 358/92

Tuttavia il legislatore italiano nel recepire l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE non ha distinto tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, con la conseguenza che in tutte le ipotesi elencate dall'art. 38, sussiste l'obbligo della stazione appaltante di escludere il concorrente dalla procedura di aggiudicazione, anche attraverso valutazioni ed interpretazioni a carico delle stazioni appaltanti.

L'art. 38 si applica a tutti i contratti pubblici senza differenziazione in relazione all'importo compresi i lavori in economia (art. 125 comma 12) nonché i servizi e le forniture in economia (art. 124 comma 7), considerato che il nuovo Regolamento attuativo del Codice prevede il rinvio all'art. 38 medesimo. Pertanto con tale semplice rinvio si è persa l'occasione di semplificazione per tali settori, peraltro, prevista dal Codice stesso.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti indicati nell'art. 38 e autodichiarati dagli operatori economici acquisendo direttamente dall'amministrazione competente la relativa documentazione o le informazioni e dati necessari.

Si sottolinea che la legge n. 2/2009 ha stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di acquisire direttamente anche il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) con conseguenti ulteriori attività.

Peraltro tale attività è oggetto di periodica ripetizione collegata, non alla validità temporale del DURC stesso ma alle varie fasi di attuazione dell'oggetto del contratto ed ai relativi pagamenti con il conseguente verificarsi, per i contratti pubblici di limitata entità economica e temporale, che, anche in possesso di un documento a tutti gli effetti valido, occorre acquisire nuovamente il medesimo documento, in contrasto con ogni principio di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Occorre premettere che l'accertamento delle cause di esclusione rappresenta un punto critico della procedura di gara avendo le disposizioni in esame posto numerosi problemi interpretativi alle stazioni appaltanti ed agli operatori del settore, spingendo l'Autorità di vigilanza ad emanare diversi provvedimenti e alla giurisprudenza di pronunciarsi, in maniera copiosa, su questo tema.

Entrando nel merito delle diverse cause di esclusione si afferma quanto segue:

1. Insussistenza di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, comma 1, lett. a)

La norma prevede due distinte fattispecie per la verifica di affidabilità economica dell'offerente: la prima di conclamato dissesto economico e la seconda nel caso di un procedimento in corso per l'accertamento di tale dissesto con l'assimilazione del concordato preventivo alla dichiarazione di fallimento.

A parere dell'ANCI l'intervenuta riforma delle legge fallimentare che ha riformulato l'istituto del concordato preventivo (art.160 e ss. L.F.) non rileva ai fini delle clausole di esclusione non potendosi allo stato delle vigenti norme equiparare il nuovo concordato preventivo all'amministrazione controllata, quest'ultima non considerata ai fini dell'esclusione.

Per quanto attiene alla sussistenza di un conclamato dissesto si concorda sul fatto che non sia sufficiente il solo deposito del ricorso di fallimento da parte di un creditore ma occorra un pronunciamento, anche istruttorio, dell'autorità giudiziaria che accerti la sussistenza dello stato d'insolvenza.

2. Insussistenza di misure di prevenzione o di cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (art. 38, comma 1 lett. b)

La norma era già prevista per il settore dei lavori pubblici (art. 75, comma 1, lett. b) del D.P.R. 554/1999) con la sola precisazione che la pericolosità sociale per le società in accomandita semplice, va accertata, oltre che per il direttore tecnico, anche e solo per i soci accomandatari e l'espresso riferimento alle cause ostative di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 mentre rappresenta una novità l'estensione a servizi e forniture.

Con riferimento all'applicazione della norma l'ANCI ritiene, ai fini dell'esclusione, che la sola annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55, non sia sufficiente in quanto occorre che sia stata irrogata e che l'estensione dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione ai conviventi necessiti di un'apposita pronuncia del tribunale.

Con riferimento a quanto indicato dall'Autorità nel proprio documento relativamente alla c.d. "informativa supplementare atipica", fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamento tra l'operatore economico e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 per l'emissione del provvedimento di divieto a contrarre l'ANCI ritiene che la stessa, su apposita valutazione della stazione appaltante e relativa motivazione, sia idonea a precludere la stipula del contratto in quanto non avrebbe senso stipulare e non procedere all'approvazione dell'atto stesso per ragioni d'interesse pubblico.

3. Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazione criminale (art. 38, comma 1 lett. c).

Problematica è l'individuazione dei reati "in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" posto che non esiste nell'ordinamento penale italiano una categoria in danno dello Stato.

L'ANCI ad ogni modo ritiene che la moralità professionale vada valutata, nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, tenendo conto del peso specifico dei reati ascritti e della incidenza sia con i principi deontologici della professione sia con riferimento all'attività che la ditta dovrà espletare, qualora risulterà aggiudicataria.

Per i reati comunitari di partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, come definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, della Direttiva 2004/18/CE, gli stessi sono sottratti a qualsiasi valutazione da parte della stazione appaltante comportando l'esclusione dalle procedure di gara fino all'intervenuta pronuncia di riabilitazione e di estinzione.

L'Autorità, inoltre, rammenta la previsione normativa secondo la quale: *"la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza"*.

Tale principio è molto rilevante in un'ottica di semplificazione documentale delle offerte. Sarebbe opportuno evidenziare che questa è una facoltà di spettanza principalmente dei consorzi i quali possono dichiarare il possesso dei requisiti generali delle consorziate per le quali concorrono. In tal modo si eviterebbe di dover produrre altre dichiarazioni, affermate dal legale rappresentante di ogni consorziata, in aggiunta alla dichiarazione del consorzio.

Per la Dichiarazione relativa all'insussistenza di cause interdittive resa in autocertificazione si ritiene che le stazioni appaltanti possano, in relazione a proprie specifiche esigenze e ai fini della valutazione in relazione all'oggetto del contratto, richiedere la dettagliata elencazione di tutte le condanne subite compresi i reati estinti e depenalizzati.

In relazione alla partecipazione alla gara di un'impresa che è stata oggetto di trasformazione societaria sussiste allo stato attuale l'obbligo di comunicare in sede di gara l'avvenuta trasformazione societaria, nonché i nominativi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando individuati in relazione al tipo di società che partecipa alla gara, (titolare e direttore tecnico impresa individuale) (socio e direttore tecnico società in nome collettivo) (soci accomandatari e direttore tecnico società in accomandita semplice) (amministratori muniti di potere di rappresentanza e direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio).

Tale obbligo costituisce già, per le stazioni appaltanti, un notevole aggravio nella fase di verifica dei requisiti ma si ritiene, al fine di aumentare la concorrenzialità, che in tale sede possano essere oggetto di valutazione atti o documenti, anche in forma di autocertificazione, che attestino la dissociazione dell'impresa stessa dalla condotta criminosa dei soggetti cessati.

E' da segnalare che per l'applicazione della causa di esclusione non si può assolutamente prescindere dall'esistenza di una sentenza penale di condanna passata in giudicato per la quale i tempi processuali sono notoriamente lunghi.

4. Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, comma 1, lett. d)

Si tratta di un requisito generale innovativo per gli appalti di servizi e forniture, già previsto dall'art. 75, comma 1, lett. d) del D.P.R. 554/1999, per i lavori, per contrastare il rischio di infiltrazioni delle organizzazioni mafiose nei contratti pubblici.

Per tale requisito non sussistono osservazioni da parte dell'ANCI in quanto le stazioni appaltanti, ad oggi, si limitano alla mera applicazione dell'esclusione del soggetto per la quale risulta accertata la violazione e conseguente preclusione alla partecipazione alle gare pubbliche.

5. Infiltrazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro (art. 38, comma 1, lett. e)

La valutazione di questo requisito di carattere generale è di particolare difficoltà per le stazioni appaltanti in quanto sono chiamate ad esercitare la propria discrezionalità in merito alla gravità dell'infrazione, indipendentemente dai periodi di sospensione del rilascio del DURC stabiliti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale nell'allegato A al decreto 24 ottobre 2007 (pubblicato su Gazzetta Ufficiale n. 279 del 30 novembre 2007) entrato in vigore il 30 dicembre 2007.

Tali infrazioni, per essere rilevanti ai fini dell'esclusione, devono essere "gravi" e "debitamente accertate" e la valutazione riferita all'oggetto del contratto come per il requisito di cui alla lett. c) con conseguente obbligo di congrua motivazione.

Nelle more dell'integrazione del Casellario Informatico con i dati che debbono essere inviati dalle stazioni appaltanti nonché dai soggetti ed organismi istituzionalmente coinvolti in attività di vigilanza dei cantieri di lavori pubblici, l'ANCI ritiene che le stazioni appaltanti possano avvalersi, per tale valutazione, di tutte le informazioni nella propria disponibilità.

6. Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f).

Il requisito era già previsto per i lavori alla lettera f) dell'art. 75 D.P.R. 554/1999 ("grave negligenza o malafede"); all'art. 11 del D.Lgs. 358/1992 per le forniture e all'art. 12 del D.Lgs. 157/1995 per i servizi (errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova).

Si tratta di una valutazione di particolare difficoltà per le stazioni appaltanti in quanto sono chiamate ad esercitare il proprio potere discrezionale nell'individuazione della grave negligenza e della malafede ai fini dell'esclusione all'esito della quale è tenuta a fornire idonea ed analitica motivazione.

A tale fine l'ANCI ritiene che la stazione appaltante possa valutare l'affidabilità e la capacità professionale dell'impresa con riferimento, non solo a fatti derivanti da precedenti propri rapporti contrattuali ma a tutta la vita professionale dell'operatore economico e, pertanto, l'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.

Al fine di garantire maggiore trasparenza sarebbe auspicabile che le stazioni appaltanti indichino nel bando o nel disciplinare di gara quali riferimenti ed elementi utilizzeranno per la valutazione di tale requisito e a tal fine l'ANCI, anche attraverso il supporto delle proprie sedi territoriali, potrà promuovere e diffondere detti principi, la cui applicazione salvaguarda l'azione amministrativa.

7. Violazioni di obblighi fiscali (art. 38, comma 1, lett. g).

Tale requisito è finalizzato ad accertare che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata.

Le stazioni appaltanti si devono limitare a tale accertamento tenendo conto che eventuali ricorsi giurisdizionali o amministrativi contro atti di accertamento del debito o adesione al condono fiscale o a sanatorie o, in forza di un concordato rateizzazione o riduzione del debito dichiarate o documentate dallo stesso operatore economico, antecedenti alla scadenza del termine fissato per la presentazione dell'offerta, consentono la partecipazione alla gara.

8. False dichiarazioni in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati dell'Osservatorio (art. 38, comma 1, lett. h).

L'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara.

Le stazioni appaltanti devono segnalare all' Autorità tutti i casi di non corrispondenza, con riferimento ai requisiti e condizioni per la partecipazione alle gare, tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la successiva acquisita documentazione e l' Autorità procede alla diretta iscrizione del dato nel Casellario informatico.

L'annotazione nel Casellario per falsa dichiarazione a carico di un operatore economico comporta l'esclusione automatica dalle procedure di gara per un anno, decorrente dalla data di inserimento, senza alcuna discrezionalità da parte della Stazione appaltante.

Per questa ipotesi, prima di procedere alla comunicazione, le stazioni appaltanti hanno un grave onere di valutazione, in quanto devono accertare che la difformità non è imputabile a mero errore materiale e che non sussistono nel bando o nel disciplinare elementi contraddittori o poco chiari che potrebbero aver indotto l'operatore economico ad una omessa dichiarazione o autocertificazione.

Considerata la gravità della sanzione che ne consegue per un operatore economico, l' ANCI ritiene auspicabile una modifica normativa che preveda una graduazione della sanzione stessa in rapporto alla natura e alla gravità della falsa dichiarazione, anche per evitare l'insorgere di contenzioso.

9. Irregolarità contributiva (art. 38, comma 1, lett. i.)

Con l'art. 16bis, comma 10 del d.l.n. 185/2008, convertito in L. n. 2/2009 è stato assegnato alle stazioni appaltanti l'obbligo di acquisizione del DURC, con esclusione delle sole acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori ex art. 125 del Codice, attraverso la gestione diretta.

Il decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale emanato in data 24 ottobre 2007, al punto 5, nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del DURC, ha definito i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento (Scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, scostamento inferiore ad 100,00 euro) e limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti in fase di verifica del requisito.

L' ANCI ribadisce, come indicato nelle premesse, la sussistenza di numerosi adempimenti, di carattere ripetitivo, che sono stati posti a carico delle stazioni appaltanti, connessi al DURC, con particolare riferimento ai contratti di limitata entità o alle acquisizioni in economia, attraverso cottimo fiduciario, per i quali spesso l'esecuzione del contratto avviene nei termini di validità del DURC, acquisito in sede di gara informale.

In particolare il collegamento del DURC alle fasi del procedimento (gara, stipula, pagamento, liquidazione) comporta, per limitati importi, il rinnovo della richiesta di DURC in presenza agli atti del medesimo documento ancora nei termini di validità temporale stabiliti dalla legge.

La Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 5/2008 ha stabilito che il DURC utilizzato nell'ambito degli appalti pubblici, ed ai fini della erogazione di benefici, ha una validità mensile e a tale termine si sono riferite tutte le stazioni appaltanti.

La seguente Circolare I.N.A.I.L. n. 7/2008, ha precisato che per tutti gli appalti pubblici la validità del DURC è correlata allo specifico appalto ed è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto (es. stipula contratto, pagamento SAL, ecc.) per cui lo stesso non è spendibile in altri appalti o per altre fasi dello stesso appalto pubblico.

Il TAR Puglia, Lecce SEZ. III con la sentenza n. 2304/2009 ha ritenuto sulla base di un esame sistematico delle norme (art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 e art. 1, comma 1176 della legge 27 dicembre 2006, n. 296) che il DURC per i contratti pubblici abbia validità di tre mesi non rientrando tali contratti nell'ambito delle agevolazioni normative e contributive.

L' ANCI condivide quest'ultima pronuncia e auspica un rapido chiarimento, da parte degli organi a ciò preposti, su questo tema con particolare riferimento ai contratti di limitata entità economica e temporale per i quali è necessaria un'apposita regolamentazione correlata al periodo di validità della documentazione in possesso della stazione appaltante.

Complessivamente per le lett. g) e i) sono stati rilevati da numerosi comuni alcune criticità.

In sede di verifica delle dichiarazioni delle ditte aggiudicatrici il certificato dell'Agenzia delle Entrate dal quale risulta l'irregolarità nel pagamento delle imposte e tasse spesso non contiene l'indicazione se l'irregolarità è definitiva o meno. A seguito di ulteriore e specifica richiesta dell'ente appaltante all'Agenzia delle Entrate sulla definitività o meno dell'irregolarità, l'Agenzia delle Entrate risponde successivamente. Inoltre, in taluni casi, vengono emessi DURC irregolari. Sulla base della contestazione sollevata alla società aggiudicataria, la stessa produce i bollettini di pagamento all'Amministrazione e all'INPS, INAIL o CASSA EDILE e successivamente il DURC viene corretto.

Tali situazioni determinano un aggravamento del procedimento di aggiudicazione definitiva in quanto l'espletamento del contraddittorio con le società e gli enti comporta ritardi e prolungamento dell'iter di aggiudicazione, ciò in contrasto con il principio di semplificazione amministrativa.

Alcuni comuni rilevano che si dovrebbe affermare in modo netto che, per la sussistenza della "definitività" dell'irregolarità contributiva, non è necessario un provvedimento giurisdizionale di accertamento passato in giudicato, ma è sufficiente che ricorrano le condizioni previste dall'art. 8 commi 1 e 2 d.m. 24/10/07, ovvero:

- che non sia stata disposta la sospensione della cartella di pagamento
- che non sia pendente ricorso amministrativo
- che non sia pendente contenzioso giudiziario.

Diversamente il rischio è di addossare indebitamente alla stazione appaltante l'onere di accertamenti, che competono esclusivamente agli enti previdenziali, come affermato dalla giurisprudenza: "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la P.A. e demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto" (CdS V, 23 gennaio 2008, n. 147).

Sarebbe pertanto auspicabile un miglioramento delle procedure al fine di evitare le inesattezze evidenziate con il perfezionamento delle relative procedure telematiche.

10. Mancata presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n.68 (art.38, comma 1, lett. l).

Si tratta di un requisito di partecipazione di nuova introduzione in recepimento dell'art. 17 della L. n. 68/1999 come modificato dall'art. 40, comma 5, D.L. 25 giugno 2008, n. 112 che stabilisce l'obbligo di acquisizione in sede di gara della dichiarazione dell'operatore economico che attesti l'avvenuto adempimento delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. Tale certificazione è stata inserita tra i requisiti di partecipazione in tutti i disciplinari di gara dalle stazioni appaltanti.

11. Sanzioni interdittive (art.38, comma 1, lett.m).

Si tratta di un requisito, di nuova introduzione, sottratto al sindacato della stazione appaltante ed è connesso al divieto di contrarre con la P.A. che può essere disposto per omissioni di specifiche leggi di settore nel caso accertati la responsabilità del soggetto.

Al riguardo l'ANCI concorda sul fatto che la misura cautelare del divieto di contrattare con la PA si applichi con riferimento all'attività specificamente interdetta e non possa essere oggetto di estensione.

Per quanto attiene alle violazioni connesse al testo unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al D.L.vo n. 81/2008 come modificato dal D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106 il provvedimento di sospensione disposto dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'art. 92, comma 1, lett. e) del Codice o dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro è comunicato all'Autorità e al Ministero delle Infrastrutture e trasporti e, quest'ultimo, adotta il formale provvedimento interdittivo a contrarre con le pubbliche amministrazioni e di partecipazione a gare pubbliche per la durata stabilita in relazione alla gravità della violazione stessa.

Al riguardo l'ANCI richiama la necessità di un tempestivo aggiornamento delle banche dati delle competenti amministrazioni e dell'Autorità per consentire la verifica di tale requisito in sede di aggiudicazione definitiva.

12. Sospensione o decadenza di attestato SOA per false dichiarazioni (art. 38, comma 1, lett. m-bis)

Si tratta di un'ulteriore causa di esclusione inserita all'art. 38 dal D.Lgs n. 113/2007 (II decreto correttivo al codice) e modificata con il D. Lgs n. 152/2008 (III decreto correttivo al codice).

La decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci non stabilisce alcun termine per la durata dell'interdizione alla partecipazione alle gare, configurandosi come un effetto interdittivo definitivo anche per gli appalti di importo inferiore ai 150.000,00 euro, nonché per servizi e forniture (trattandosi di un requisito di carattere generale applicato, senza esclusione, a tutti i contratti pubblici).

Ad avviso dell'ANCI l'effetto interdittivo del provvedimento di decadenza o di sospensione non può che decorrere dalla data di inserimento da parte dell'Autorità nel casellario informatico in modo che le Stazioni appaltanti possano verificare l'ammissibilità o meno del soggetto, sulla base di una data certa.

Per quanto attiene alla durata dell'interdizione l'ANCI ritiene che con l'entrata in vigore dell'art. 38, comma 1, lett. m bis) la volontà del legislatore sia stata quella di applicare una sanzione a carattere definitivo per tutelare l'effettiva concorrenzialità e trasparenza degli operatori economici eliminando, in tal modo, dal mercato i soggetti che hanno avuto la qualificazione sulla base di false attestazioni.

E' evidente che un operatore economico qualificato sulla base di requisiti tecnici ed economici reali si trova in una condizione con conforme al principio comunitario di parità di trattamento in sede di formulazione della propria offerta economica in quanto sostiene costi di impresa ben diversi rispetto a quelli di un operatore che non affronta alcun onere avendo acquisito la qualificazione attraverso false dichiarazioni.

L'ANCI non può che condividere tale indirizzo della norma finalizzato a tutelare il mercato e le stazioni appaltanti che basano l'accertamento della qualificazione tecnica degli operatori, come è noto, esclusivamente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA agli operatori economici.

13. Denuncia dei reati di concussione o estorsione (art. 38, comma 1, lett. m ter)

La Legge n. 94/2009 ha introdotto una nuova causa di esclusione alle gare e una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma dell'art. 38 e si applica a tutti i soggetti indicati alla lettera b) del medesimo articolo che devono essere esclusi dalle gare qualora non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata.

L'Autorità dovrà pubblicare sul proprio sito dell'Osservatorio la comunicazione della mancata denuncia, unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare e ad avviso dell'ANCI l'esclusione deve decorrere dall'inserimento nel casellario da parte dell'Autorità.

Tale nuova causa di esclusione prevede l'esimente dello stato di necessità e della legittima difesa. Esaminando la giurisprudenza si evince che non è automatica che l'essere esposto a una concussione o ad una estorsione, con possibile minaccia implicita o esplicita, di conseguenze sfavorevoli in casi di denuncia, ponga la vittima in uno stato di necessità. Peraltro, se così fosse, la causa di esclusione dell'art. 38 lett. m-ter sarebbe inapplicabile ex se, avendo come presupposto proprio quello di aver subito una concussione o una estorsione aggravati dall'intento di favorire un'associazione criminosa e di stampo mafioso. Difatti la giurisprudenza ha osservato che per invocare l'esimente occorre un'effettiva situazione di pericolo imminente di danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, ovvero l'erronea persuasione di trovarsi in tale situazione, provocata non da mero stato d'animo, ma da circostanze concrete che la giustificano.

Pertanto, anche nei casi descritti dalla lettera m-ter occorrerebbe un'indagine specifica al fine di accertare la sussistenza o meno dell'esimente. Tuttavia ci sono dubbi in ordine al momento in cui la sussistenza di tale esimente andrebbe accertata e anche in ordine a chi sia il soggetto che ha titolo per

procedere a tale accertamento al fine di determinare se la causa di esclusione dalla gara nel caso concreto debba essere comminata o meno.

La soluzione di addebitare alla stazione Appaltante l'onere di verificare caso per caso compiendo un autonomo accertamento in ordine alla sussistenza o meno dell'esimente è impraticabile sia perché richiederebbe l'instaurazione di un contraddittorio formale con il concorrente (con tutte le ovvie conseguenze in ordine ai tempi del procedimento), sia perché la stazione appaltante non ha gli strumenti sufficienti a condurre una tale valutazione.

Sebbene la finalità di contrasto alla criminalità non possa che essere condivisa si esprimono perplessità sotto il profilo applicativo della nuova causa di esclusione che rischia di creare nuovi e gravi problemi procedurali anziché raggiungere gli obiettivi prefissati.

14. Situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. ed imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale (art. 38, comma 1, lett. m-quater)

Con il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, in materia di adeguamento alla disciplina comunitaria, è stata apportata una ulteriore modifica all'art. 38, aggiungendo ai requisiti di ordine generale l'insussistenza di situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o di relazioni, anche di fatto, che comportino l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale e al comma 2 del medesimo articolo è stato stabilito l'obbligo di autocertificare l'assenza di situazioni di controllo e collegamento o di dichiarare che pur in presenza di tali situazioni non vi è stata influenza sulla formulazione dell'offerta e che l'offerta stessa non è riconducibile al medesimo centro decisionale.

L'ANCI ritiene che tale formulazione presenta alcune criticità che determinano problematiche applicative per i Comuni, qui di seguito esposte.

Innanzitutto occorrerebbe un chiarimento su quali siano i *“documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta”* così come disciplinato dall'art. 38 comma 2 lett. b).

L'ANCI sostiene che tali documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere, a titolo esemplificativo: a) statuti; b) documenti riguardanti l'organizzazione aziendale; c) visure storiche ecc.

Un altro problema rilevato da numerosi Comuni è la discordanza fra quanto affermato dall'art. 38 comma 1 lett. m-quater e il successivo comma 2.

Infatti mentre con la lettera m-quater è prevista l'esclusione dalle gare di coloro che si trovano in una delle seguenti condizioni:

- 1) *situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c.*
- 2) *relazioni anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*

Con il comma 2 viene stabilito che i concorrenti allegano, alternativamente, ai fini del comma 1 lett. m-quater:

- a) *la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. con nessun partecipante alla medesima procedura;*
- b) *la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. e di aver formulato autonomamente l'offerta....*

Pertanto sarebbe auspicabile qualche indicazione, da parte degli organi preposti, affinché venga chiarito che necessitano entrambe le dichiarazioni previste dai punti a) e b) in modo tale che le stazioni appaltanti specificchino, nei rispettivi bandi di gara, la necessità di produrre entrambe le dichiarazioni da parte dei concorrenti, in conformità con il precedente comma 1 lett. m-quater.

15. Le annotazioni sul casellario

Il casellario informatico, per i lavori pubblici, costituisce una banca dati accessibile alle stazioni appaltanti ed alle SOA per l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie ad accertare eventuali cause di esclusione dalle gare in tema di requisiti di ordine generale (affidabilità morale e professionale) e di

ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi) ed è stato esteso con il Codice anche al settore dei servizi e delle forniture.

Si tratta di uno strumento indispensabile per le stazioni appaltanti in sede di verifica dei requisiti che costituiscono cause di esclusione alle gare.

E' evidente che il funzionamento e l'efficienza del Casellario è di particolare importanza per l'ANCI e per quanto attiene alla proposta di consentire l'accesso agli operatori economici che partecipano alla stessa gara non sussistono osservazioni essendo finalizzato al rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa e al buon andamento delle operazioni di gara da parte delle stazioni appaltanti tenute a visionare le annotazioni sul casellario ed eventualmente escludere le imprese ivi iscritte.

Si condivide, anche, la proposta di procedere alla cancellazione allo scadere di un determinato periodo di tempo (cinque anni) delle informazioni sugli operatori economici non più attuali o utili ai fini della verifiche anche per consentire una maggiore facilità di consultazione da parte della stazioni appaltanti fermo restando che su specifica richiesta delle stesse sia possibile accedere allo "storico" per supportare eventuali valutazioni di tipo discrezionale (ripetività di certe violazioni nello svolgimento dell'attività d'impresa).

16. Cancellazione dell'annotazione dal casellario a seguito di un provvedimento cautelare o sentenza di merito non definitiva.

Per quanto concerne l'annotazione sul Casellario nei casi di pronunce giurisdizionali che sospendano in via cautelare o che annullino in primo o secondo grado il provvedimento di sospensione alla partecipazione alle gare l'ANCI è del parere che l'interdizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. h) del Codice debba avere effetto dalla data del primo inserimento e sospesa per il periodo di cancellazione della annotazione riprendendo a decorrere, per il tempo residuo, dalla data di ripristino, conseguente a pronunce definitive di merito sfavorevoli all'operatore economico.