

Osservazioni relative ad istruttoria AVCP su problematiche applicative art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

ANCI Emilia – Romagna

Data: 06.11.2009

1. Osservazioni generali.

1.1. Quadro delle dichiarazioni ex art. 38 e sua configurazione in termini di evoluzione continua.

Il sistema dichiarativo dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 presenta una peculiarità di fondo: esso è destinato ad intercettare le situazioni ostative a contrattare con le amministrazioni pubbliche – stazioni appaltanti.

L'art. 38 del Codice non rientra tuttavia tra le norme applicabili agli appalti c.d. "esclusi", compresi gli appalti di servizi annoverati nell'allegato II B del decreto (per i quali l'art. 20 determina come disposizioni di esclusiva applicazione i soli articoli 68, 65 e 225).

Data la valenza di regola traduttiva di principi generali, potrebbe risultare opportuno evidenziare come gli elementi rappresentati nell'art. 38 debbano sussistere (salvo caratteristiche particolari dei concorrenti) anche nei rapporti connessi ad appalti inerenti i suddetti contratti esclusi.

1.2. Indicazione dei soggetti competenti a fornire informazioni ed elementi per la verifica delle dichiarazioni.

Il sistema delineato dall'art. 38 si fonda principalmente sulla resa di informazioni mediante dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà, che devono essere assoggettate a controllo (a campione, in relazione ai concorrenti; specifico in relazione all'aggiudicatario).

Per alcune fattispecie (es. lett. d, relativa al divieto di intestazione fiduciaria) può risultare difficile individuare il soggetto competente a fornire le informazioni specifiche.

Potrebbe risultare opportuno schematizzare, in relazione alle varie fattispecie, l'indicazione dei soggetti istituzionali (pubbliche amministrazioni), con precisazione anche dell'eventuale articolazione territoriale competente, presso i quali acquisire d'ufficio le informazioni necessarie per operare il riscontro delle dichiarazioni rese dai concorrenti.

2. Problematiche relative alla partecipazione a gare di appalto di soggetti (operatori economici) per i quali alcune condizioni non sono dichiarabili.

Come noto e come più volte precisato dalla stessa Autorità, l'art. 34 del Codice non risulta norma esaustiva in ordine all'individuazione dei soggetti che possono partecipare a gare di appalto, poiché tra questi possono essere annoverati anche organismi con configurazione non imprenditoriale (parere di precontenzioso n. 127 del 23 aprile 2008) o addirittura liberi professionisti (v. parere di precontenzioso n. 37 del 11 marzo 2009 e deliberazione n. 45 del 7 maggio 2009).

La particolare configurazione giuridica del concorrente (ad es. un ente pubblico non economico) determina l'insussistenza "ex se" di alcune condizioni ostative per le quali l'art. 38 richiede la dichiarazione di assenza (ad es. sottoposizione alla legge fallimentare).

Considerando alcuni particolari ambiti (ad es. i servizi sociali, in forza di quanto previsto dalla legge n. 328/2000 e dalle varie leggi regionali ad essa collegate) è rilevabile come la possibilità di partecipare alle gare di appalto estesa a soggetti non imprenditoriali delinea la necessaria applicazione differenziata dell'art. 38: si pensi al caso in cui un'associazione (non di

volontariato) o una Fondazione, operanti nel Terzo Settore, decidano di concorrere ad un appalto per l'affidamento di servizi di natura socio-assistenziale o socio-educativa.

La posizione dei liberi professionisti determina anch'essa profili di applicazione modulata o parziale dell'art. 38, poiché essi, ad esempio:

- a) non sono assoggettati alla legge fallimentare;
- b) sono persone fisiche, per le quali dovrebbero essere opportunamente adeguate le previsioni inerenti l'assoggettamento alle disposizioni della normativa antimafia;
- c) operando individualmente (senza dipendenti o, comunque, senza organizzazione) non sono assoggettati alla legge n. 68/1999 e alle misure interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001.

Sarebbe quindi opportuno che l'Autorità fornisse indicazioni operative sui comportamenti da adottare in tali casi in relazione alla resa delle dichiarazioni ex art. 38 per consentire l'ottimale inquadramento della situazione di tali particolari soggetti, quando partecipanti ad una procedura selettiva (gara secondo le procedure di massima evidenza pubblica o gara informale).

3. Osservazioni su punti specifici

3.1. Reati incidenti sulla moralità professionale – possibile individuazione di parametri (art. 38, comma 1, lett. c).

La fattispecie aperta individuata dal primo periodo della lettera c) del comma 1 dell'art. 38 declina la sussistenza di una causa ostativa quando nei confronti del concorrente sia stata pronunciata sentenza passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile (art. 444 c.p.p.) per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

Come evidenziato dall'Autorità, la giurisprudenza ha evidenziato più volte la piena responsabilità della stazione appaltante nella valutazione sia dell'incidenza del reato sulla moralità professionale sia sulla connotazione della gravità dello stesso.

La stessa giurisprudenza citata ha indicato alcuni "parametri", che potrebbe risultare opportuno sistematizzare, pur chiarendo il valore meramente indicativo di una simile, possibile classificazione.

L'azione valutativa delle stazioni appaltanti acquisirebbe infatti maggiore efficacia qualora fossero disponibili indicazioni dettagliate in ordine agli elementi utili a riconoscere appunto l'incidenza sulla moralità professionale e a determinare la gravità dei reati.

3.2. Divieto di intestazione fiduciaria – riferimenti temporali (art. 38, comma 1, lett. d).

Come evidenziato dall'Autorità, la disciplina introdotta in ordine al divieto di intestazione fiduciaria lascia aperto il problema della possibile operatività sine die della preclusione, dal momento che non è indicato l'ambito temporale cui circoscrivere l'efficacia dell'infrazione.

Potrebbe risultare utile in tal senso un'indicazione, da parte della stessa Autorità, in merito alla possibilità o meno, per la stazione appaltante, di definire nella lex specialis di gara l'ambito temporale di riferimento, con (in caso positivo) eventuale precisazione di parametri (potenziali) di congruità di tale termine.

3.3. Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f) – formalizzazione delle situazioni ostative.

La piena autonomia della stazione appaltante nel verificare le gravi negligenze richiede, in termini di contemperamento, che le stesse siano assoggettate ad un percorso di formalizzazione.

Le "gravi negligenze", infatti, possono essere configurate come situazioni traducibili, sul piano contrattuale, in inadempimenti gravi, determinanti la risoluzione del contratto.

Non sembrerebbero infatti riconducibili al novero delle cause di esclusione dalla partecipazione ad una gara tutte le situazioni critiche di minore rilevanza maturate nell'ambito di un precedente rapporto contrattuale, soddisfatte già dall'applicazione delle penali.

Pertanto, sarebbe opportuno precisare che:

- a) le gravi negligenze commesse dall'appaltatore e concretanti la condizione ostativa a contrattare con la stessa stazione appaltante devono risultare da procedimenti di salvaguardia dell'amministrazione, tradotti in specifici atti inerenti il rimedio agli elementi negativi incidenti sul rapporto contrattuale (prevalentemente riconducibili alla risoluzione del contratto a fronte di inadempimenti gravi dell'appaltatore);
- b) tale prefigurazione richiede un'adeguata precisazione delle situazioni classificabili come gravi inadempimenti – gravi negligenze già nell'ambito dei capitolati di gara;
- c) tale classificazione dovrebbe essere ricondotta a fattispecie tipiche (ad es. mancata resa di prestazioni qualificate come essenziali nel capitolato stesso o abbandono ingiustificato dei luoghi di esecuzione dell'appalto, ecc.), tali da permettere un'agevole composizione parametrica in sede di lex specialis di gara, al fine di evidenziare quali situazioni impediscono all'operatore economico di prendere parte alla gara, sia quando derivino da precedenti rapporti con la stazione appaltante sia quando si siano verificate in relazioni contrattuali con altre amministrazioni aggiudicatrici.

Le regole della lex specialis (e, per correlazione, quelle del capitolato speciale) dovrebbero inoltre precisare per quanto tempo la grave negligenza determina l'interdizione a contrattare con la stazione appaltante (posto che tale termine deve essere ragionevole e proporzionato).

3.4. Irregolarità contributiva (art. 38, comma 1, lett. i.) – Precisazioni.

In relazione alla possibilità per la stazione appaltante di sviluppare ulteriori verifiche in ordine al DURC rilasciato dall'INPS, dall'INAIL o dalle Casse Edili è opportuno rilevare che molto frequentemente gli enti emittenti rilasciano l'attestazione:

- a) con formula "non regolare", ma senza motivazioni o indicazione dello scoperto, determinando quindi l'incompletezza del documento rispetto ai contenuti essenziali indicati dall'art. 4 del d.m. 24 ottobre 2007 (in particolare dal comma 2, lett. c della stessa disposizione) e la necessità di acquisizione di informazioni complementari (presso gli stessi enti emittenti) da parte della stazione appaltante;
- b) con formula "regolare", ma con precisazione di "non pronuncia" da parte di uno degli enti emittenti (generalmente quando l'istruttoria non sia stata completata nei trenta giorni), determinando la necessità, per la stazione appaltante, di qualificare tale DURC.

Rispetto all'ipotesi sub a) si ritiene che la stazione appaltante possa operare una specifica verifica per acquisizione degli elementi motivazionali presso l'ente o gli enti emittenti e, soltanto dopo aver avuto tali informazioni, procedere nei confronti dell'operatore economico in condizione di irregolarità.

Rispetto all'ipotesi sub b) si ritiene che la stazione appaltante si trovi a gestire un DURC "pienamente" regolare, poiché la mancata "pronuncia" dell'ente o di uno degli enti emittenti comporta l'evidenziazione di un'istruttoria che non è stata completata per decorrenza dei termini.

In relazione alla verifica della situazione di regolarità contributiva dichiarata in sede di partecipazione alla gara sarebbe opportuno precisare quando dovrebbe avvenire la richiesta del DURC.

E' presumibile, infatti, che la verifica della dichiarazione sostitutiva sia fatta (eventualmente anche "a campione") in corso di gara solo per appalti particolarmente complessi e con tempistiche di sviluppo molto lunghe. Diversamente, una diffusissima e consolidata prassi riporta tale verifica al momento dell'aggiudicazione.

L'analisi della dichiarazione resa ex art. 38 permette di valutare anche alcune problematiche in ordine alla verifica della regolarità contributiva in corso di esecuzione dell'appalto, poiché in tale ambito né la normativa, né le circolari né la giurisprudenza precisano se il DURC deve essere richiesto per la sola liquidazione o anche al momento dell'emissione del mandato di pagamento (fasi distinte e spesso distanti tra loro nei procedimenti di spesa delle amministrazioni locali, come evidenziato dagli artt. 183 e 184 del d.lgs. n. 267/2000), tanto da risultare opportune precisazioni in merito.

Profilo molto importante, inoltre, è quello relativo alle modalità di verifica della regolarità contributiva delle società senza dipendenti e dei lavoratori autonomi, con particolare riferimento ai liberi professionisti, per i quali il DURC rispettivamente non può essere richiesto (in termini assoluti, data la mancanza dell'obbligo contributivo) e deve essere sostituito da certificazione rilasciata da altri enti emittenti (casce specifiche, ecc.).

Analoga problematica si determina nei rapporti formalizzati con "convenzioni" con associazioni o organismi di volontariato.

Potrebbe risultare opportuno fornire alcune specificazioni in merito.

Si ritiene, peraltro, che tale problematica possa sollecitare un approfondimento specifico, anche a fronte delle situazioni critiche che sta ingenerando.

4. Verifiche realizzabili da soggetti privati.

L'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ha come finalità la verifica dell'insussistenza di condizioni ostative che possano comportare l'esclusione di operatori economici dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o il divieto di risultare affidatari di subappalti, nonché conseguentemente il divieto di stipulare i relativi contratti.

La disposizione, pertanto, deve essere utilizzata da tutti i soggetti operanti come stazioni appaltanti.

In tale novero rientrano anche i soggetti privati che indicano gare ai sensi dell'art. 32, comma 1, lettere d, e, f, g del d.lgs. n. 163/2006 (tra questi ultimi rientrano i soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di piano attuativo, deputati a svolgere le gare per l'affidamento dei lavori a scomputo).

Al fine di assicurare piena garanzia operativa alle procedure gestite da tali soggetti sarebbe opportuno:

- a) che fosse precisato chiaramente l'obbligo applicativo dell'art. 38;
- b) che fossero richiamate le disposizioni del d.P.R. n. 445/2000 che rendono possibile la produzione di dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà a privati (con relative modalità particolari di formalizzazione);
- c) che fossero precisate le modalità con le quali i soggetti privati possono acquisire le informazioni utili alla verifica di quanto dichiarato dai concorrenti in base all'art. 38.