



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

## *Problematiche applicative dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006*

### *Cause di esclusione dalle procedure di affidamento per carenza di requisiti di ordine generale*

### *Audizione Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici*

*11 Novembre 2009*

#### *Premessa*

La concreta applicazione delle disposizioni di cui all'art. 38 del Codice continua a costituire una delle più diffuse cause di incertezza e di contenzioso nel settore della contrattualistica pubblica.

Ciò anche in ragione della continua modificazione del disposto normativo, della non uniforme applicazione della norma da parte delle stazioni appaltanti e del susseguirsi di numerose pronunce giurisprudenziali espressione di orientamenti non univoci.

Sussiste pertanto l'esigenza del sistema imprenditoriale, che si ritiene propria anche delle stazioni appaltanti, di poter disporre di indicazioni univoche che conferiscano maggiori certezze consentendo la adozione di condotte legittime e uniformi.

Si esprime pertanto apprezzamento per la l'iniziativa dell'Autorità, che si condivide anche per la tempestività, di procedere alla ridefinizione delle indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali necessari per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e di concessione di lavori pubblici, iniziativa non limitata alle fattispecie oggetto di recenti interventi normativi, ma riferita a una panoramica più ampia che involge l'intero disposto normativo dell'art. 38 anche nella prospettiva dell'emanando regolamento.

Di seguito si riportano talune brevi considerazioni, sviluppate seguendo lo schema dell'art. 38, quale contributo per la discussione dell'audizione fissata per il giorno 11 novembre 2009.



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

## Lettera C)

*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

*c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;*

La scelta del legislatore di non definire la categoria dei **reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale** e di non stabilire parametri normativi fissi e predeterminati deve essere oggetto di riconsiderazione.

Una tale scelta si pone infatti in contrasto con le specifiche esigenze proprie delle stazioni appaltanti e degli operatori economici che operano nel settore dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti, infatti, hanno interesse a un rapido e "sicuro" svolgimento del procedimento di gara, procedimento che deve essere connotato, in fase di verifica dei requisiti, dalla automaticità delle operazioni di controllo.

Del pari gli operatori economici hanno interesse alla utile partecipazione al procedimento di gara non solo al fine di poter aspirare alla aggiudicazione ma anche per evitare le (gravi) sanzioni connesse alla ipotesi di dichiarazioni mendaci.



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

Tali esigenze sembrerebbero portare a privilegiare la tipizzazione (anche) di una tale categoria di reati e a sottrarre una tale individuazione alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, per sua natura assoggettabile a controllo giurisdizionale, operando a livello legislativo un richiamo a specifici reati, quali ad esempio i reati contro la pubblica amministrazione (libro secondo, titolo II, del codice penale), l'ordine pubblico (libro secondo, titolo V, del codice penale), la fede pubblica (libro secondo, titolo VI, del codice penale), il patrimonio (libro secondo, titolo XIII, del codice penale) (cfr. in termini Consiglio di Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4082). E comunque potrebbe anche essere mantenuta una previsione “aperta” con riferimento ai reati, sanzionati con pena detentiva, relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la specifica inerenza alla natura delle obbligazioni dedotte in contratto.

In ordine alla **cessazione dell'effetto ostativo** dei reati in parola connesso alle pronunce di riabilitazione e di estinzione, l'ultimo inciso “*resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale*” dovrebbe essere integrato con il riferimento anche all'art. 460, comma 5 del codice di procedura penale (estinzione del decreto di condanna qualora l'imputato non commetta in un determinato periodo un delitto o una contravvenzione della stessa indole), al fine di ricomprendere espressamente anche la estinzione riferita all'ipotesi di decreto penale di condanna.

## **Lettera F)**

*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

La disposizione normativa nella sua attuale configurazione tipizza due ipotesi: a) grave negligenza o mala fede nella esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara e b) errore grave nell'esercizio della attività professionale.



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

L'assunto, pacifico in giurisprudenza, della non necessità di un accertamento in sede giurisdizionale della grave negligenza o mala fede (al fine ritenendosi sufficiente l'accertamento svolto in sede amministrativa dalla stazione appaltante) deve indurre da un lato a limitare le fattispecie rilevanti alle sole ipotesi di violazione di un dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'operatore economico e d'altro lato a tipizzare un sistema di verifica della effettiva sussistenza dei presupposti di cui sopra che possa condurre alla cancellazione della eventuale annotazione inserita nel casellario informatico su richiesta della stazione appaltante. Ciò anche in considerazione del fatto che gli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti allorché stipulato il contratto (e quindi anche gli atti di risoluzione unilaterale del contratto di appalto) hanno natura di atti paritetici e non già di atti amministrativi. Si consideri che nella stragrande maggioranza dei casi le risoluzioni contrattuali disposte dalle stazioni appaltanti altro non sono che gli atti finali di una patologia negoziale che ha visto una progressiva degenerazione del rapporto al punto che la committente stessa si trova nell'esigenza di tutelare se stessa piuttosto che sanzionare un comportamento gravemente negligente o inadempiente.

Sotto questo profilo si rileva come allo stato sussista un vuoto di tutela per gli operatori economici, i quali non dispongono di alcun efficace strumento ove la stazione appaltante proceda alla segnalazione alla Autorità ai fini della relativa annotazione (ad esempio del provvedimento di risoluzione in danno dell'appaltatore unilateralmente adottato dalla committente), potendo esclusivamente ottenere la integrazione della disposta annotazione con l'inserimento della notizia della intervenuta proposizione di una azione giudiziaria civile nei confronti della stazione appaltante ma non avendo la possibilità di reagire direttamente avverso la determinazione di segnalazione. Se peraltro si considera che circa nel 90% dei casi, a livello statistico, le risoluzioni del contratto, accertate in sede giudiziale, arbitrale od ordinaria che sia, vedono la assegnazione della responsabilità per fatto e colpa alla stazione appaltante, emerge evidentissimo il pericolo di una anomalia accertativa del tutto unilaterale che può produrre nel tempo, per tutta la durata del giudizio, una indebita penalizzazione in capo agli operatori di settore più che mai legittimati ad agire in un secondo momento per la conseguenziale richiesta per il ristoro dei danni patiti.



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

In merito ai **limiti soggettivi** della causa di esclusione in argomento è bene svolgere le seguenti considerazioni, tenendo nel debito conto che – come detto – la giurisprudenza ritiene sufficiente un accertamento svolto in sede amministrativa dalla stazione appaltante. Quanto alla ipotesi di “grave negligenza o mala fede nella esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara” è lo stesso tenore letterale della disposizione che limita alla sola stazione appaltante che bandisce la gara l’effetto ostativo alla partecipazione: sul punto non dovrebbero sorgere dubbi interpretativi. Quanto alla ulteriore ipotesi di “errore grave nell’esercizio della attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante” risulterebbe necessario non solo ribadire che trattasi di autonoma causa di esclusione differente dalla precedente (grave negligenza o mala fede), ma anche che la effettiva sussistenza di un errore grave deve essere accertata con un mezzo che effettivamente fornisca la prova di una tale sussistenza, al fine non potendosi fare riferimento ad accertamenti in sede amministrativa operati da diverse stazioni appaltanti.

In merito alla **individuazione della “stessa stazione appaltante”**, l’assunto di cui sopra, inoltre, dovrebbe comportare quale necessaria conseguenza che ogni articolazione territoriale o settoriale di un ente più complesso debba essere considerata una autonoma stazione appaltante: ciò in quanto l’accertamento svolto in sede amministrativa dovrebbe spiegare i propri effetti limitatamente alla singola articolazione territoriale che ha effettivamente espletato i predetti accertamenti.

## **Lettera H)**

*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

In merito al problema della **esatta individuazione della falsità di una dichiarazione**, la attuale configurazione normativa presta il fianco a significative critiche soprattutto ove considerato che alla irrilevanza dell’elemento soggettivo si aggiungono il carattere



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

automatico della interdizione annuale e la oggettiva gravità degli ulteriori effetti (segnalazione alla Autorità Giudiziaria ed escussione della cauzione provvisoria).

In sede applicativa, sotto il profilo soggettivo il solo “errore scusabile” è stato ritenuto costituire circostanza esimente da parte delle stazioni appaltanti alle quali è rimessa – allo stato – ogni valutazione a riguardo. Sotto il profilo oggettivo la giurisprudenza ha talvolta qualificato come “incomplete” talune dichiarazioni, con ciò escludendo la falsità e le relative gravi conseguenze (cfr. TAR Lazio, Latina, I, 13 febbraio 2008, n. 97).

Della tendenza alla mitigazione degli effetti connessi alla ipotesi di falsa dichiarazione è espressione quell’orientamento giurisprudenziale (da ultimo ribadito da Consiglio di Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4082) che esclude la stessa possibilità di qualificare quale falsa dichiarazione quella contenente una valutazione soggettiva del concorrente, che potrebbe non essere condivisa ma non certo essere ritenuta falsa in quanto volutamente non corrispondente a un dato oggettivamente riscontrabile. Orientamento formatosi in relazione alle dichiarazioni con le quali il concorrente dichiara, a fronte di una prescrizione di bando che imponga di dichiarare genericamente la insussistenza delle cause di esclusione, di non aver riportato condanne per reati gravi che incidano sulla moralità professionale (pur avendo riportato condanne), ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva (ma esse si prestino a una valutazione di gravità/non gravità). Diversamente in ipotesi di bandi (quali quelli da ultimo pubblicati dalla Autostrade per l’Italia S.p.a.) che richiedano al concorrente di dichiarare tutte le condanne riportate: in tal caso la difformità tra quanto dichiarato e quanto accertato dalla stazione appaltante (mediante la acquisizione d’ufficio del certificato del casellario giudiziale integrale) comporta la automatica configurazione della falsa dichiarazione; e ciò anche in ipotesi di mancata dichiarazione di un reato non rilevante ai fini della partecipazione alle gare.

In merito non può non segnalarsi la esigenza di una razionalizzazione anche a livello di uniformità di atti di gara, anche in considerazione del fatto che gli operatori economici sono soliti predisporre dichiarazioni di partecipazione standardizzate che vengono indistintamente utilizzate in occasione della partecipazione a tutte le gare.

In merito **all’elemento psicologico**, secondo il legislatore comunitario non è sufficiente la “falsità” o l’incompletezza della dichiarazione per configurare l’esclusione che, a tal fine,



# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

deve essere caratterizzata dall'elemento della colpa grave. Si ritiene, pertanto, che, anche al fine di attenuare il rischio di una disapplicazione della norma per contrasto con il diritto comunitario, debbano essere introdotti elementi interpretativi che armonizzino maggiormente la norma nazionale con quella comunitaria.

In merito al **carattere automatico** della interdizione annuale si rileva come un tale carattere contrasti all'evidenza con il principio di proporzionalità, dovendosi prevedere necessariamente la possibilità di una graduazione della sanzione alla luce delle specifiche circostanze. A riguardo si ritiene necessario introdurre un elemento di chiarificazione sulla portata sanzionatoria applicabile nel caso di false dichiarazioni (l'art. 38 lett. h prevede la sospensione di un anno mentre l'art. 48 dispone una sospensione da uno a dodici mesi). Si rileva inoltre sussistere disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per il regime delle SOA e quanto disposto per gli elenchi di prestatori di forniture e servizi per i quali non è prevista alcuna sanzione in ipotesi di falsa dichiarazione.

In merito al **termine annuale** entro il quale è operante la causa di esclusione si osserva quanto segue.

Dovrebbe in primo luogo essere chiarito definitivamente come il concorrente sia escluso dalla partecipazione a tutte le gare pubbliche per il periodo di un anno decorrente dalla data di annotazione della falsa dichiarazione nel Casellario informatico.

In secondo luogo, e la considerazione potrebbe rivestire carattere più generale, potrebbe risultare opportuno procedimentalizzare la attività di segnalazione e di annotazione stabilendo precise scadenze temporali al fine di rendere certa la efficacia temporale della annotazione (posto che in più di un caso si è registrato un ritardo da parte delle stazioni appaltanti nell'invio delle comunicazioni e un (parimenti) grave ritardo da parte dell'Autorità nell'inserimento delle stesse) e disponendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità e all'operatore l'avvio del procedimento di segnalazione motivando le relative ragioni. Comunicazione in ogni caso utile – anche in ipotesi di ritenuta insussistenza in capo all'Autorità di un autonomo potere sanzionatorio – in quanto prodromica all'intervento nel procedimento dell'operatore interessato prima della iscrizione nel Casellario.





# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

## Lettera I)

*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;

In merito alla questione della **validità temporale del Durc** risulta necessario prendere le mosse dalle recenti pronunce giurisprudenziali. Il Tar Puglia (Lecce sez. III 16/10/2009 n. 2304), aderendo ad un orientamento prevalente della giurisprudenza, ha recentemente confermato che la validità del Durc deve intendersi di tre mesi. Sull'argomento, peraltro, si era già ampiamente soffermato il Tar Sicilia (Palermo, III, 5 aprile 2007, n. 1092, Catania, IV, 22 gennaio 2008, n. 141 e Palermo, III, 19 febbraio 2009, n. 366).

La questione richiede un'analisi e un'interpretazione della normativa vigente.

Il D.M. 24 ottobre 2007, all'articolo 7 stabilisce, da un lato, che ai fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive di cui all'articolo 1 del medesimo decreto il Durc ha validità mensile, mentre nel solo settore degli appalti privati di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 494/1996, il Durc ha validità trimestrale.

Ciò che emerge dalla lettura della norma - e che pertanto può ritenersi incontestabile - è che esclusivamente per la fruizione delle agevolazioni normative e contributive il DURC ha validità mensile (essendo questo il campo di applicazione espressamente circoscritto) e, in secondo luogo, che nel solo settore degli appalti privati lo stesso ha una validità trimestrale. Nulla è detto con riferimento alla validità generale nel settore degli appalti pubblici.

Premesso che tale normativa è stata emanata in esecuzione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che prevede l'adozione di un decreto ministeriale per la definizione delle modalità di rilascio e dei contenuti analitici del Documento unico di Regolarità Contributiva (DURC), nel difetto di una espressa previsione di natura secondaria trova applicazione, con ciò peraltro garantendosi anche le esigenze di una disciplina uniforme nei settori pubblico e privato, la norma di carattere generale e di fonte primaria. In particolare, l'art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, dispone:





# ANIEM

Associazione Nazionale Imprese Edili

“1. Il documento unico di regolarità contributiva di cui all’articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 ha validità di tre mesi”. Si ritiene, pertanto, che tale elemento temporale debba ritenersi applicabile sia agli appalti privati che a quelli pubblici.

In merito agli **elementi che la stazione appaltante deve valutare** ai fini della esclusione per irregolarità contributiva, si ritiene utile richiamare un recente parere (29/9/2009, n. 5827) con il quale il Consiglio di Stato ha affermato che la stazione appaltante deve basarsi sulle certificazioni risultanti dal Durc, ma deve anche valutare se sussistono condoni ovvero procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC ed, in secondo luogo, se la violazione riportata nel DURC risulti (o meno) “grave”.

Nella fattispecie presa in esame dal Consiglio, dall’acquisizione del DURC le posizioni dell’impresa risultavano regolari presso l’INAIL e l’ INPS, ma non presso la Cassa Edile. L’impresa aveva sostenuto che l’irregolarità contestata derivasse esclusivamente dal mancato versamento dei contributi alla Cassa per un solo mese (i versamenti successivi risultavano avvenuti regolarmente) e che l’entità del versamento fosse non elevata (circa 500 Euro), aggiungendo che in relazione al predetto mancato versamento la stessa non aveva mai ricevuto alcuna comunicazione, avviso di accertamento, cartella di pagamento o ingiunzione da parte della Cassa Edile.

Il Consiglio di Stato, riprendendo un orientamento già emerso in sede giurisdizionale, ha sottolineato come l’art. 38, comma 1, lett. i) del Codice degli Appalti non si limiti a un semplice riferimento alla mera regolarità contributiva, stabilendo invece l’esclusione per la (sola) ipotesi di “violazioni gravi” e “definitivamente accertate”.

La sussistenza dei due requisiti della gravità e della definitività dell’accertamento della violazione va quindi necessariamente verificata dalla stazione appaltante prima di disporre l’esclusione dalle procedure di gara.