



## OGGETTO – Problematiche applicative dell’art. 38 del D.L.gs n. 163/2006

### **Premessa**

L’Adozione da parte dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di direttive interpretative può assumere per gli Organismi di Attestazione SOA e soprattutto per l’efficienza del sistema di qualificazione rilevanza ed utilità (relativamente) superiore a quella rivestita per altri soggetti destinati ad applicare la normativa di settore.

Mentre infatti le stazioni appaltanti non costituiscono reciprocamente considerate “un mercato” la concorrenza tra le SOA pone proprio nei criteri interpretativi un potenziale strumento di scelta dell’impresa e quindi un possibile rischio per l’efficacia del sistema tanto più ove la normativa si presti ad interpretazioni divergenti o sia presente una giurisprudenza sulle singole questioni non chiaramente orientata.

In questo senso l’indicazione di direttive precise (pure se soggette a potenziale smentita giurisprudenziale) può costituire per il sistema un presupposto fondamentale di trasparenza e imparzialità.

### **1) In merito al requisito consistente nell'assenza di procedure concorsuali.**

La soluzione adottata consistente nell'individuare ai fini della configurazione del requisito ostativo alla partecipazione alla gara o all'attestazione SOA, la necessità di una pronuncia istruttoria (seppure ispirata a criterio di ragionevolezza) non sembra fondato su sufficienti riferimenti normativi.

La disciplina in materia non prevede un accertamento provvisorio e tantomeno incidentale dello stato di insolvenza.

E' evidente che alla luce delle precedenti considerazioni l'attuale assetto, che evidentemente può in linea teorica consentire utilizzi emulativi del ricorso volto a fare riconoscere lo stato di decozione dell'impresa ad esempio da parte di un concorrente, non può che trovare un correttivo in un intervento normativo (pure considerando i limiti provenienti dalla disciplina comunitaria).

In attesa una direttiva dell'autorità potrebbe risultare utile ai fini sopra evidenziati, anche tenendo conto dei diversi orientamenti degli uffici giudiziari (cancellerie) che in taluni casi ritengono di non potere rilasciare alcuna forma di certificazione anche se su richiesta della stessa impresa interessata.

### **2) In merito al requisito consistente nell'assenza di errori gravi nell'esecuzione dei lavori.**

Il requisito (o meglio i presupposti perché ne venga riconosciuta l'assenza) suggeriscono una modifica normativa o quantomeno un intervento interpretativo dell'Autorità.

L'attribuzione della facoltà di dichiarare la ricorrenza dell'errore alla stazione appaltante in modo unilaterale e l'affermata irrilevanza di eventuali procedimenti giudiziari in corso espone ovviamente le imprese al rischio di vedersi pregiudicata la possibilità di conseguire l'attestazione SOA per effetto di provvedimenti che potrebbero rivelarsi assunti in modo illegittimo.

E' inoltre da ricordare sul punto che, per giurisprudenza consolidata, costituisce ipotesi di errore grave la c.d. "risoluzione in danno" strumento di utilizzo particolarmente frequente per le stazioni appaltanti.

Un intervento chiarificatore dell'autorità risulta particolarmente urgente ove le SOA già sulla base del DPR 34/2000 (così come interpretato proprio dall'organismo di controllo) si trovano nella condizione di "dovere" negare l'attestazione sulla base della semplice annotazione sul casellario delle imprese.

### **3) In merito alla “successione” nei requisiti generali nel caso di operazioni straordinarie.**

Le operazioni straordinarie che comportano il trasferimento di azienda o di rami aziendali trovano ampio utilizzo nel settore delle costruzioni, anche in ragione della normativa che riconosce agli aventi causa dei complessi aziendali la possibilità di utilizzare i requisiti maturati dal dante causa ai fini dell’attestazione SOA.

In tale settore (come noto) accanto ad operazioni motivate da intrinseche valutazioni imprenditoriali (volontà per gli acquirenti di espandere la propria azienda, volontà per i venditori di uscire da un determinato settore, esigenze di riorganizzazione interna di gruppo) si assiste non di rado ad operazioni ispirate ad un’utilizzo dello strumento offerto dalla legge per finalità apparentemente elusive.

Con riferimento all’ipotesi in discorso non assume tanto rilievo la cosiddetta “cessione” dei requisiti in assenza di un trasferimento effettivo di fattori aziendali, quanto la possibilità che il trasferimento sia utilizzato proprio allo scopo di ovviare all’intervenuta sopravvenienza di un ostacolo all’attestazione per il venire meno di un requisito generale.

Sul piano strettamente formale la soluzione ipotizzata dal documento dell’Autorità che trae argomento nell’art. 2558 c.c. non appare del tutto soddisfacente ove tende ad estendere l’istituto (con ratio prettamente “civilistica”) della successione nei contratti aziendali a fattispecie (e potenzialmente a responsabilità) di carattere tipicamente personali.

Dal punto di vista operativo, oltretutto, una soluzione che affermasse tout court la rilevanza dei requisiti della cedente (e dei suoi amministratori) apparirebbe (oltre che appunto di dubbio sostegno formale) anche sostanzialmente iniqua ove andasse a precludere l’attestazione in casi in cui gli intenti elusivi suddetti fossero assenti (ad esempio quando vi sia l’accertata estraneità tra le figure sensibili della cedente rispetto a quelle della cessionaria).

Anche in questo caso l’adozione da parte dell’Autorità di una posizione precisa costituirebbe (indipendentemente dal merito) un elemento di certezza ed uniformità di giudizio per le SOA.

### **4) In merito alla modulazione della sanzione**

In relazione all’48 ultimo comma Dlgs 163/2006, che prevede la sospensione dalle gare da un mese a dodici mesi, in tutti i casi di false dichiarazioni, attribuisce il potere di irrogare la sanzione graduando tra un minimo ed un massimo.

Al riguardo, si richiama la Determinazione n. 1/2008 di codesta Autorità, ai sensi della quale *“nei confronti dell’operatore economico escluso verrà instaurato un procedimento in contraddittorio al termine del quale saranno eventualmente comminate dall’Autorità la sanzione pecuniaria e la sospensione dalla partecipazione alle gare, graduata da un minimo di un mese a un massimo di dodici mesi a seconda della gravità del caso. Il massimo della sanzione è previsto laddove l’operatore economico abbia reso una dichiarazione scientemente falsa”*.

Si chiede che l’Autorità applichi ai singoli casi la graduazione e non l’applicazione nella misura massima di 12 mesi, tenuto anche conto della giurisprudenza formatasi sul punto.

Si richiama quanto ha affermato il Tar Lazio nella recente sentenza del 26 ottobre 2009 n. 10429 che *“in ordine alle sanzioni previste dall’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, di competenza dell’Autorità di Vigilanza (sanzione pecuniaria e temporanea inibizione della partecipazione a procedure di affidamento), l’Autorità [...] deve effettuare una specifica valutazione, al fine di quantificare la sanzione sia in relazione alla gravità del falso, sia con riferimento alla situazione soggettiva della impresa dichiarante. Tale potere sanzionatorio, inoltre, secondo il testo normativo, è attribuito nei limiti della fissazione di un minimo e massimo della sanzione sia nel caso della sanzione pecuniaria, sia nel caso della sanzione della sospensione dalle gare”*.

##### **5) In merito alla decorrenza del termine di interdizione dalle gare**

In relazione al termine iniziale dell’effetto interdittivo la giurisprudenza amministrativa ha statuito che il momento iniziale decorre da quando è stata resa la falsa dichiarazione, e non da quello dell’acquisizione dell’informativa da parte dell’Autorità (si vedano **T.A.R. Puglia, Bari, 3 luglio 2008, n. 1623**; **T.A.R. Sardegna, 28 novembre 2005, n. 2181**; **T.A.R. Sicilia, Palermo, 14 settembre 2005, n. 1559**; **T.A.R., Toscana, 21 aprile 2004, n. 1881**).

Ai sensi dell’art. 38, cit., *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti [...] i soggetti: [...] h) che nel’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, risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei lavori pubblici”*: far decorrere gli effetti dalla segnalazione si pone in palese contrasto con la lettera della disposizione citata.

Inoltre, in tal modo si finirebbe col far dipendere la decorrenza della sanzione interdittiva da un evento incerto nel *quando* e, comunque, del tutto sganciato dal concreto comportamento dell’impresa interessata, senza contare le *“ingiustificate e pericolose situazioni di incertezza in*

*ordine alla possibilità delle imprese di partecipare a taluni procedimenti di gara” (così T.A.R. Sardegna, n. 2181/2005, cit.).*

Si chiede pertanto che l’Autorità voglia, preso atto del lungo tempo trascorso dalla propria determina n. 1 del 2 marzo 2005, modificare il proprio orientamento e aderire all’orientamento pacifico e costante della giurisprudenza amministrativa.

#### **6) In merito alla richiesta di maggiori poteri ispettivi**

A fronte delle maggiori responsabilità affidate alle SOA in relazione alle decadenze degli attestati, non è stata data la possibilità di usufruire di maggior poteri ispettivi o di aver accesso a documenti utili per svolgere i controlli, ad esempio mediante accesso alle Camere di Commercio, in forma gratuita o con rimborso delle sole spese di segreteria.

Si auspica quindi che l’Autorità voglia promuovere accordi con la Camera di Commercio al fine di agevolare, mediante la forma delle convenzioni, l’accesso ai registri delle Camere di Commercio da parte delle SOA.

#### **7) In merito al soggetto tenuto alla valutazione sull’imputabilità del fatto**

Si auspica un intervento dell’Autorità affinché chiarisca i compiti delle SOA nella fase successiva all’avvio del procedimento di decadenza dell’attestato, tenendo presente che i poteri ispettivi riservati alla medesima Autorità, limitano la possibilità di accertamento e controllo delle stesse e renderebbero opportuno che fosse la stessa Autorità a svolgere la fase di verifica dell’imputabilità del fatto al soggetto.

Si ritiene pertanto utile un intervento chiarificatore dei compiti spettanti alle SOA ed all’Autorità, con specifico riferimento proprio alla fase relativa all’imputabilità del fatto.