



ASSOIMMOBILIARE

Associazione dell'Industria Immobiliare

MEMORIA PER L'AUDIZIONE PRESSO L'AUTORITA' DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Roma, 11 Novembre 2009

In riferimento al documento base steso dall'Autorità sul tema dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, la scrivente Associazione presenta di seguito le sue osservazioni in merito.

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

A) Sulla portata dell'espressione reati "in danno dello Stato o della Comunità" l'interpretazione fornita dalle recenti pronunce del C.d.S non si concilia con il tenore letterale della norma che non può certamente definirsi ambiguo; peraltro, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano non sarebbe complesso individuare quali tipologie di reato possano essere qualificate come reati a danno dello Stato (inteso quale soggetto passivo del reato); inoltre ai sensi dell'art. 38 comma 3 il documento a riprova delle dichiarazioni rese ex art. 38 comma 1 lett. c) è rappresentato dal Casellario Giudiziale nel quale non sono necessariamente iscritte le sentenze di condanna per reati commessi nel territorio dell'Unione Europea se di competenza di altro giudice straniero o, addirittura sovranazionale, fatta salva l'ipotesi del riconoscimento di sentenze penali straniere ex art. 12 c.p..

B) Opinabile l'interpretazione del C.d.S espressa – fra le tante – con le sentenze 4905-4906 e 4907 del 4 agosto 2009 poiché è evidente – in relazione agli interessi che la norma deve tutelare – che la valutazione sulla gravità del reato ovvero sulla sua idoneità ad incidere sulla moralità professionale del soggetto non può scontare una preventiva "selezione" operata dal soggetto interessato alla condanna, atteso il palese conflitto di interessi. Pare piuttosto opportuno segnalare la necessità che si intervenga sul testo normativo al fine di chiarire in via incontrovertibile come la dichiarazione avente ad oggetto sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazione criminale debba essere completa *ab origine* (d'altra parte in tal direzione – cioè quella di una immediata *discovery* delle situazioni rilevanti ex art. 38 comma 1lett. c) - va pure l'espressa previsione

affidente all'obbligo di dichiarare anche le sentenze di condanna per le quali si sia beneficiato della non menzione).

C) Sull'obbligo o meno di dichiarare le sentenze di patteggiamento per le quali sia intervenuta espressa dichiarazione di estinzione del reato a cura del Giudice dell'Esecuzione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 445 secondo comma c.p.p. pare non solo logico e rispondente alla previsione normativa "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 c.p. e dell'art. 445 comma 2 c.p.p." ritenere che in presenza del provvedimento di estinzione del reato ex art. 445 comma 2 c.p.p. venga meno l'obbligo di dichiarazione (venendo meno qualunque possibilità da parte della Stazione Appaltante di sindacare sull'idoneità dei reati giudicati con tale sentenza di patteggiamento ad incidere sulla moralità professionale), ma pare opportuno estendere analogicamente (in attesa di un adeguamento normativo) tale previsione ad una situazione del tutto "coincidente" e rappresentata dall'ipotesi di decreto penale di condanna per il quale sia intervenuto, a cura del Giudice dell'Esecuzione, provvedimento di estinzione del reato ex art. 460 comma 5 c.p.p. Infatti, poiché i provvedimenti di estinzione dei reati conseguenti rispettivamente la sentenza di patteggiamento ex art. 445 comma 2 c.p.p. ed i decreti penali di condanna ex art. 460 comma 5 c.p.p. vengono disposti in presenza di identiche condizioni, segnatamente rappresentate da "il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole" (cfr art. 445 comma 2 c.p.p.) nonché "il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando il decreto concerne un delitto, ovvero di due anni, quando il decreto concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole" (cfr. art. 460 comma 5 c.p.p.), non pare ci siano ragionevoli motivi per non equiparare tali situazioni anche sotto il profilo della irrilevanza ex art. 38 comma 1 lett. c) dei decreti penali di condanna i cui reati siano dichiarati estinti ex art. 460 comma 5 c.p.p.

D) Sempre in relazione all'inciso "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 c.p. e dell'art. 445 comma 2 c.p.p.", sarebbe opportuno chiarire che le due diverse situazioni configurate rispettivamente dall'art 178 c.p. (provvedimento di riabilitazione atto ad estinguere la pena accessoria ed ogni altro effetto penale della condanna concessa in ipotesi di contemporanea esecuzione/estinzione della pena – buona condotta – adempimento alle obbligazioni civili derivanti dal reato) e dall'art. 445 comma 2 c.p.p (dichiarata estinzione del reato oggetto di sentenza di patteggiamento) sono fra loro alternative e non cumulative; una diversa interpretazione della norma che peraltro utilizza la locuzione "e" e non "e/o" ovvero "o", sarebbe assolutamente discriminatoria e non logica attesa che la previsione potrebbe trovare applicazione di fatto unicamente per le ipotesi di sentenze oggetto di patteggiamento e non anche per qualunque altra sentenza di condanna conseguente ad altro rito

speciale o rito ordinario (cui invece, secondo una corretta lettura della previsione normativa, dovrebbe ritenersi riferibile il provvedimento di riabilitazione) ovvero si potrebbe giungere al risultato opposto per cui, solo relativamente alle sentenze di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. verrebbe richiesto tanto la dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445 comma 2 c.p.p quanto il provvedimento di riabilitazione ex art. 178 c.p..

Altro aspetto che andrebbe chiarito riguarda il fatto che, relativamente ai provvedimenti di condanna per i quali è intervenuto uno dei due provvedimenti sopra richiamati non sussista, a carico del soggetto condannato, alcun obbligo dichiarativo non solo ex art. 38 comma 1 lett. c) ma anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* richieda espressamente la dichiarazione di tutte le sentenze di condanna; ciò proprio in considerazione del fatto che è la stessa previsione normativa ad escludere in radice ogni possibilità di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante in relazione alla rilevanza o meno dei provvedimenti di condanna.

E) Altro aspetto che si ritiene opportuno chiarire, anche in considerazione di un orientamento giurisprudenziale non univoco, è l'assoluta irrilevanza ed il conseguente non obbligo di dichiarazione ex art. 38 ovvero *ex lex specialis* che richieda espressamente la dichiarazione di tutte le sentenze, dei provvedimenti di condanna oggetto di revoca per abolizione del reato ovvero per intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice disposta dal Giudice dell'Esecuzione ex art. 673 c.p.p.; in tale ipotesi si deve ritenere che, poiché il legislatore o la Corte Costituzionale hanno ritenuto la condotta oggetto di condanna come condotta che, nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, non ha più il disvalore che ne aveva giustificato la rilevanza penale, tanto da determinare revoca del relativo provvedimento di condanna (e, per inciso, conseguente cancellazione della sentenza ai sensi dell'art. 5 comma 2 lett. a) D.P.R 313/2002 dalle iscrizioni del Casellario Giudiziale) nessun obbligo dichiarativo debba gravare sul soggetto giudicato con provvedimento penale poi revocato per tali ragioni.

F) Si sottolinea la mancanza di obbligo, per i soggetti cessati dalla carica, di effettuare le dichiarazioni ex art. 38 comma 1 lett. b).

G) Sotto il profilo soggettivo relativo agli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) si vuole porre l'attenzione sul tema dei soggetti che, pur non rientrando nel novero delle figure indicate dal legislatore (amministratori muniti di poteri di rappresentanza e direttori tecnici) sono ritenuti, secondo un orientamento giurisprudenziale che pare consolidatosi, destinatari dei medesimi obblighi dichiarativi per effetto di poteri gestori ricevuti mediante procure. Il problema si pone in relazione alla tipologia di poteri che, valutata nel loro complesso, è idonea a qualificare il procuratore quale "institore" ovvero "soggetto preposto all'esercizio dell'attività imprenditoriale"; è infatti noto che, soprattutto nelle società di rilevanti dimensioni, destinate ad operare sul gran parte del territorio nazionale e non solo, è consuetudine adottare un sistema di deleghe idonee a conferire a più soggetti alcuni poteri al fine di rendere la gestione sociale più fluida possibile nonché al fine di rendere coerente

il sistema organizzativo adottato dalla società con i poteri rappresentativi che sono necessari per poter contrarre verso soggetti terzi. In tale contesto sarebbe opportuno elaborare dei criteri il più possibile univoci al fine di determinare quali siano i poteri che conferiscono un potere gestorio idoneo, ex art. 38, a fare ritenere sussistente l'obbligo di dichiarazione dei requisiti generali. Lo stesso dicasi per il concetto di "amministratore munito di poteri di rappresentanza" poiché è evidente che non tutti i poteri conferiti ad un amministratore (ad esempio non con delega da parte dell'organo amministrativo ma con idonea procura notarile) sono idonei ad attribuire allo stesso un reale potere gestorio.

H) Ancora, sempre sotto il profilo soggettivo, si pone il tema dell'applicabilità dell'obbligo in esame a carico degli amministratori e direttore tecnico di società che siano state fuse nella società che intende partecipare alla gara d'appalto ovvero dalle quali quest'ultima abbia acquistato o affittato un'azienda o un ramo d'azienda in epoca antecedente la pubblicazione del bando di gara. L'applicabilità estensiva dell'obbligo dichiarativo e, per converso, della conseguente rilevanza quale causa di esclusione dalla partecipazione alla gara di condanne per gravi reati che incidono sulla moralità professionale ovvero per la partecipazione ad organizzazioni criminali, è ritenuta alla stregua di un orientamento giurisprudenziale che pare essersi consolidato nell'ambito dell'attività giurisdizionale amministrativa Siciliana in entrambi i gradi di giudizio (TAR Sicilia, sez II, Palermo n. 455/2009 – TAR Sicilia, sez. IV Catania n. 1402/2008 – CGA sentenza 389/2008 e decreto 601/2008) sul presupposto che operazioni di tal genere determinino un sub ingresso nel complesso dei rapporti, attivi e passivi, del cedente, tra i quali è compreso anche il possesso di titoli, referenze, e requisiti specifici maturati nello svolgimento dell'attività cui il ramo ceduto era dedicato da cui la necessità "di ottemperare agli oneri dichiarativi di cui all'art. 75 lett. c) D:P:R 554/1999 sia per l'impresa cessionaria che per l'impresa cedente, senza che si possa porsi una distinzione all'interno dei soggetti cessati dalla carica nel triennio, ossia tra quelli con i quali l'impresa cessionaria esercitata attualmente la propria attività e quelli dell'impresa cedente, atteso che tutti i predetti soggetti sono indistintamente avvinti dal medesimo nesso funzionale con i beni che costituiscono il compendio aziendale oggetto della cessione". Tale orientamento è peraltro non condiviso, in particolare, da una pronuncia del TAR Puglia, sede di Bari, n. 77/2009 con la quale i Giudici hanno rilevato che "..... non è possibile rivenire nella vigente legislazione sugli appalti pubblici, una norma che consenta di sanzionare le pratiche elusive attuate dagli operatori economici attraverso lo strumento della cessione di ramo d'azienda, che talvolta può effettivamente rivelarsi idonea ad aggirare i divieti di partecipazione in cui incorrerebbe l'impresa cedente" e ciò in ragione, fra l'altro, del "..... principio secondo il quale le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando sono di stretta interpretazione, dovendosi dare prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta a evidenziare pretesi significati impliciti, che rischierebbero di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio e l'esigenza della più ampia partecipazione" nonché del principio di libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione oltre che Trattato Comunitario. Tale orientamento pare condivisibile sol

che si consideri che la cessione di azienda o di un suo ramo viene posta in essere da soggetti distinti e diversi sul piano giuridico, che tali rimangono anche dopo la conclusione del negozio giuridico e che, l'eventuale utilizzo "elusivo" di tali operazioni da parte di operatori economici non virtuosi potrebbe trovare adeguato filtro con riferimento alle norme che vietano l'intestazione fiduciaria di cui all'art. 38 comma 1 lett. d) potendo ritenere, in presenza di gravi indizi, che a tali situazione si possa applicare analogicamente il divieto di intestazione fiduciaria di cui al D.P.C.M 187/1991. Con riguardo alla diversa fattispecie di fusione per incorporazione che, sotto il profilo giuridico, determina l'estinzione della società incorporata e la successione a titolo universale della società incorporante nella titolarità di tutti i rapporti giuridici in capo all'incorporata alla data di efficacia della fusione, ma, certamente non determina un rapporto di continuità degli organi amministrativi e tecnici delle due società, si deve ritenere che un obbligo dichiarativo possa e debba essere richiesto solo nell'ipotesi di effettivo subentro dei direttori tecnici ed amministratori dotati di poteri di rappresentanza della società incorporata nei corrispondenti ruoli della società incorporante; diversamente opinando, le operazioni attraverso le quali un'impresa, per finalità di carattere industriale (crescita per linee esterne) o di riorganizzazione societaria, proceda all'incorporazione di altri soggetti giuridici diversi sarebbero sottoposte ad un onere aggiuntivo potenzialmente destinato ad avere effetti negativi sulla futura attività della società, che esula da considerazione attinenti le finalità industriali o riorganizzative, finendo per riguardare unicamente i requisiti personali di soggetti che, in ragione dell'estinzione della società incorporata – di cui erano parte – non rilevano in alcun modo rispetto alla società incorporante. A parte ogni valutazione sulla condivisibilità del primo piuttosto che del secondo orientamento, non vi è dubbio che in caso di adesione al primo orientamento si ponga una serie di dubbi di non poco conto in merito al tenore delle dichiarazioni che dovrebbero essere rese in relazione al requisito di cui all'art. 38 comma 1 lett. c). In via del tutto preliminare ci si chiede con quale strumento giuridico la società che ha acquistato un'azienda o un suo ramo ovvero che ha fuso per incorporazione altra società possa: A) "ottenere" dagli amministratori/direttori tecnici (nonché procuratori con ampi poteri gestori?) della società cedente ovvero fusa (nonché dai cessati nel triennio!) la suddetta dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. c); [In tal senso potrebbe soccorrere la facoltà riconosciuta dalla legge Bassanini circa la possibilità di dichiarare anche stati, qualità personali o fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenzao situazioni dei quali si abbia conoscenza ancorché riferiti a soggetti terzi (cfr. art. 47, comma 2° D.P.R 445/2000).]; B) verificarne la veridicità, atteso che il certificato del casellario giudiziale può essere richiesto esclusivamente ad istanza dell'interessato ovvero della PP.AA e non certo su richiesta dell'impresa che ha proceduto all'operazione straordinaria (cfr. D.P.R 313/2002); C) dimostrare di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata è infatti evidente che con tali soggetti la società potrebbe non avere più alcun rapporto giuridico né di lavoro né di mandato, in caso di amministratori. Inoltre ci si chiede quale sia, al fine di individuare i soggetti fisici destinatari in concreto dell'obbligo dichiarativo in questione nonché al di

definire quale debba essere il tenore di tale dichiarazione, il lasso temporale da prendere in considerazione per la rilevanza di tali operazioni: triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara? triennio precedente la data di efficacia dell'operazione? sotto il profilo sostanziale la differenza non è di poco conto atteso che se è vero che la disposizione normativa recita testualmente "triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara" ritenere per ciò solo dovuta una dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. c) da parte ad esempio di amministratori e/o direttori tecnici nominati presso la società cedente successivamente al perfezionamento dell'operazione avrebbe un senso solo qualora fosse comunque delimitata nel tempo ad un lasso temporale che non tiene conto tanto della data di pubblicazione del bando ma piuttosto della data di perfezionamento dell'operazione di cessione del ramo d'azienda essendo del tutto evidente che la società cessionaria non può essere chiamata a rendere dichiarazioni ex art. 38 comma 1 lett. c) in relazione ad amministratori della società cedente nominati dopo il perfezionamento dell'operazione ovvero per amministratori/direttori tecnici in carica al momento del perfezionamento dell'operazione ma con riferimento ad un lasso temporale che interessa anche un periodo successivo al perfezionamento dell'operazione stessa (in tale ultima ipotesi si ritiene che la dichiarazione dovrebbe essere comunque fatta con efficacia dalla data di perfezionamento dell'operazione). Quel che in buona sostanza si cerca di evidenziare è che in ipotesi di operazioni straordinarie il disallineamento temporale fra il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando e la data in cui si è perfezionata l'operazione rende l'obbligo dichiarativo dell'impresa cedente ancora più complesso ed insidioso.

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

Con riferimento all'individuazione delle "gravi" violazioni degli obblighi in materia di sicurezza o derivanti dai rapporti di lavoro, diversi da quelli contributivi e assistenziali ed al richiamo, operato nel testo dell'AVCP con riferimento all'allegato A) al DM 24 ottobre 2007, si ritiene opportuno sottolineare come lo stesso D.M. qualifica non ostante – ai fini del rilascio del DURC - tutte le ipotesi in cui il procedimento penale relativo alle ipotesi di reato richiamate dal suddetto allegato A) si sia estinto per effetto di prescrizione obbligatoria ai sensi degli articoli 20 e ss. Dlgs. 758/1994 e dell'art. 15 Dlgs. 124/2004 ovvero di oblazione ai sensi degli artt. 162 e 162 bis c.p.; pertanto, in tali ipotesi, si ritiene che l'infrazione così definita non debba essere rilevante non solo ai fini del rilascio del DURC e della dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. c) ma anche ai fini della dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. e).

Con riguardo alla circostanza che le infrazioni devono essere, oltre che gravi, anche "debitamente accertate", proprio con riferimento al fatto che il documento richiama – quale indicatore – le violazioni previste dall'allegato A) al DM 24 ottobre 2007, si ritiene che tale locuzione non possa che essere interpretata come violazione definitivamente accertata con provvedimento amministrativo o giurisdizionale; diversamente opinando saremmo di fronte ad una palese violazione degli artt. 111 e 113

della Costituzione che, prevedendo espressamente mezzi di impugnazione di provvedimenti amministrativi e giurisdizionali, intende chiaramente riconoscere un diritto ad avvalersi di tali strumenti da parte del cittadino ovvero dell'impresa destinatario di atti idonei ad essere impugnati proprio perché assunti dalla PP.AA in via unilaterale ancorché nell'ambito di eventuali poteri sanzionatori a queste ultime espressamente riconosciuti ex lege; non consentire che il concreto ricorso a tali mezzi di impugnazione e, quindi, la correlativa pendenza di un "procedimento" amministrativo o giurisdizionale sia idoneo a spiegare effetti in ordine alle dichiarazioni ex art. 38 comma 1 lett. e) [e non solo], finirebbe con il frustrare l'effettivo diritto di difesa poiché l'eventuale esito positivo dell'impugnazione non sarebbe più utile se, nelle more del procedimento che definisce la stessa, il provvedimento impugnato avesse determinato l'esclusione da procedure di gara, causando grave danno all'impresa.

Non si conviene poi sul fatto che siano rilevanti non solo le violazioni risultanti da dati in possesso dell'Osservatorio, ma anche qualunque informazione comunque pervenuta nella disponibilità della stazione appaltante.

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

Le annotazioni sul casellario.

Pare necessario chiarire il rapporto fra l'art. 38 comma 1 lett. h) e l'art. 48 ed il rispettivo ambito di applicazione.

In particolare sarebbe opportuno chiarire che la sospensione dalla partecipazione a gare disposta dall'Autorità di Vigilanza nell'esercizio del potere sanzionatorio riconosciutole ex art. 48:

- a) riguarda unicamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali;
- b) incide solo sulla partecipazione a gare e non anche sull'esecuzione di contratti già aggiudicati;
- c) prevale rispetto alla misura interdittiva di cui all'art. 38 comma 1 lett. h) non a fronte di un medesimo fatto ritenere applicabile una duplice sanzione che ha la medesima natura poiché, nei fatti, preclude, per un certo lasso di tempo la partecipazione a gare d'appalto.

Infatti, qualora la fattispecie concreta che determina l'esclusione dalla partecipazione ad una gara di un concorrente ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. h) per un anno (decorrente dalla data della dichiarazione (?) cfr C.d.S ovvero dalla data di inserimento dell'informazione nel casellario C.d.S 4905/09) sia idonea altresì a determinare l'applicazione dell'art. 48 comma 1 (Controllo sul possesso dei requisiti) con la conseguente applicazione ex art. 48 di sanzione pecuniaria (art. 6 comma 11) e di sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, la causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. h) dovrebbe recedere rispetto alla sanzione comminata dall'Autorità di Vigilanza anche in considerazione del fatto che la stessa viene applicata in esito ad un procedimento che si instaura in contraddittorio ex Dlgs. 241/90, finendo altrimenti per privare di significato il potere sanzionatorio che il legislatore ha voluto espressamente attribuire all'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'art. 48.

Non si ritiene di dover aderire alla soluzione prospettata con riguardo alla decorrenza della causa di esclusione ex art. 38 comma 1 lett. h) (dalla data di inserimento dell'informazione nel casellario). Pare più corretto – al di là del fatto che ciò potrebbe in concreto determinare, in alcune ipotesi, una sostanziale inapplicabilità della norma – oltre che rispondente al tenore letterale della disposizione, ritenere che l'effetto interdittivo decorra dalla data in cui è stata resa la dichiarazione mendace rilevante ex art. 38 comma 1 lett. h).

Sul concetto di “gravità” di cui all'art. 45 par. 2, lett. g) direttiva 2004/18/CE può essere utile riprendere l'articolata sentenza del TAR Trento n. 2226/2009 che, ritenendo necessario integrare la previsione normativa di cui all'art. 38 comma 1 lett. h) con quella comunitaria, giunge alla conclusione che non tutte le false dichiarazioni sono di per sé sole “gravi” e che è rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità o meno del mendacio; valutazione da effettuare previa adeguata istruttoria e con applicazione del principio di proporzionalità atteso che non tutte le false dichiarazioni sono in concreto idonee a pregiudicare l'affidabilità della impresa. (cfr anche TAR Trento sentenza n. 231/2008).

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

Sull'obbligo di iscrizione alla Cassa Edile per le imprese che eseguono appalti di lavori pubblici pare opportuno riprendere la circolare 5/2008 del Ministero del Lavoro che, relativamente al rilascio del DURC ha sottolineato che l'iscrizione alla Cassa Edile è obbligatorio esclusivamente per le imprese inquadrare o inquadrabili nel settore dell'edilizia, con esclusione pertanto delle imprese rientranti nell'ambito di applicazione del CCNL di altro settore ancorché operanti nella realtà di cantiere. Sono altresì da considerarsi escluse dal predetto obbligo le imprese che, pur inquadrare o inquadrabili nel settore dell'edilizia o che applicano il relativo contratto, non occupano operai da denunciare alla Cassa edile ma esclusivamente personale amministrativo o tecnico.

Inoltre si deve tenere conto del fatto che, soprattutto negli appalti misti, con prevalenza di servizi i lavori possono essere affidati dall'impresa aggiudicataria in sub-appalto e che, vi sono prestazioni, quali le manutenzioni che di volta in volta si prestano ad essere qualificate quali servizi o lavori a seconda dei casi.

Più in generale, in tutte le ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 38, possono essere rilevanti situazioni non definitivamente accertate si pone il problema dell'estrema incertezza in ordine ai criteri utilizzati per la valutazione circa la gravità o meno dell'infrazione che, in concreto, possono variare sensibilmente da stazione appaltante a stazione appaltante con potenziale danno per le imprese. Per tali situazione sarebbe certamente più opportuno collegare la causa di esclusione a fatti definitivamente accertati in sede amministrativa o giurisdizionale.



ASSOIMMOBILIARE

Associazione dell'Industria Immobiliare

Di seguito riportiamo il testo dell'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006 con i nostri emendamenti

Art. 38. - *Requisiti di ordine generale* (art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. 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:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società. **Inoltre, l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda qualsiasi altro soggetto preposto all'esercizio dell'attività imprenditoriale;**

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; egli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. **Inoltre, l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti di qualsiasi altro soggetto preposto all'esercizio dell'attività imprenditoriale.** In ogni caso





ASSOIMMOBILIARE

Associazione dell'Industria Immobiliare

l'esclusione e il divieto operano **se la sentenza o il decreto sono stati emessi nel periodo antecedente la cessazione della carica**, 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 o dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale o **dell'articolo 460, comma 5, del codice di procedura penale o dell'articolo 673 del codice di procedura penale;**

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

e) che hanno commesso gravi infrazioni definitivamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

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;

g) che hanno commesso violazioni, **definitivamente** accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

h) che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti **di ordine generale** e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. **Ai fini dell'esclusione, non si dovrà tenere conto delle false dichiarazioni, che secondo motivata valutazione della stazione appaltante non siano connotate da gravità;**

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;

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;



ASSOIMMOBILIARE

Associazione dell'Industria Immobiliare

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248;

m-bis) nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico;

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

1-bis. I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a





ASSOIMMOBILIARE

Associazione dell'Industria Immobiliare

dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.