

Audizione

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori,
Servizi e Forniture

“Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi”

Roma, 11 novembre 2009

Ringraziamo l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici per averci offerto l'opportunità di riflettere su un tema di così grande rilevanza e complessità, quale quello dei casi di esclusione delle imprese dalla partecipazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Inadempimenti, violazioni della normativa sul lavoro, commistioni della criminalità organizzata ecc. ... sono stati, nel loro complesso, fattori che hanno gravemente inciso sulla credibilità delle imprese nel mercato degli appalti pubblici, sulla loro affidabilità nonché, a valle, sulla qualità della progettazione e delle opere o dei servizi erogati. Laddove le maglie delle gare di appalto sono risultate troppo larghe, tali da consentire scarsi ed inefficaci controlli, si sono registrati effetti negativi sulla collettività, sia in termini di sprechi delle risorse pubbliche che di mancanza di servizi o di realizzazione di opere pubbliche realmente necessarie e di qualità.

Occorre anche evidenziare come violazioni o comportamenti non virtuosi arrechino detrimento non solo alla collettività, ma anche a quelle categorie di imprese che si sono distinte "per un operare onesto", per la qualità dei servizi e delle attività svolte, investendo sulla crescita dimensionale, sulla tecnologia e sulla formazione del capitale umano. È forte, infatti, la consapevolezza che le imprese potranno crescere solo se garantiranno un impegno costante per innalzare la qualità delle lavoro svolto, facendo proprio il senso di responsabilità che il ruolo stesso di attore economico impone loro.

Rispetto ai soggetti imprenditoriali virtuosi, è quantomai necessaria e doverosa la definizione di un sistema di regole atto a garantire una reale selezione del mercato, la piena concorrenza nonché la trasparenza e il controllo dei requisiti posseduti.

In sintesi, per garantire la competitività e la qualità del mercato non si può non incidere sulla qualificazione delle imprese, cercando di regolare il dialogo tra queste ultime e l'amministrazione pubblica, anche mediante la rimozione di ingiustificate asimmetrie informative, che determinano, nel tempo, un complessivo deterioramento del comparto degli appalti pubblici.

In fase applicativa, però, la giurisprudenza e la stessa prassi hanno evidenziato l'esigenza di mettere in atto interventi correttivi, poiché da un lato appare necessario garantire la

massima qualità e qualificazione delle imprese concorrenti, ma dall'altro occorre anche evitare che le cause di esclusione portino ad un eccessivo irrigidimento del mercato degli appalti pubblici o ad una indesiderata discriminazione tra imprese.

Condividendo nel suo complesso il documento elaborato dall'Autorità, che costituisce un pregevole punto di riferimento, riteniamo opportuno rappresentare di seguito alcune specifiche richieste di chiarimenti pervenute dal nostro sistema associativo.

Nello specifico,

Stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, co. 1, lett. a)

Pur dando atto che la norma in rubrica indica nel **concordato preventivo** una causa di esclusione dalle procedure di affidamento, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, comma 2, lett. a), della direttiva 2004/18/CE, il documento base sottolinea come, a seguito della riforma del diritto fallimentare operata dal D. Lgs. 5/2006, il citato istituto sarebbe stato *"completamente rimodellato, quale istituto funzionale al risanamento ed alla continuità dell'attività aziendale"*.

Si esprimono, tuttavia, perplessità circa la possibilità di assoggettare – quanto al profilo di cui ci si occupa – il concordato preventivo alla medesima disciplina che giurisprudenza e prassi amministrativa riservano all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Infatti, nel caso del concordato preventivo, vi è il serio rischio che un'impresa, visto l'assetto critico in cui versa, potrebbe non garantire la stazione appaltante circa la corretta esecuzione del contratto.

Inoltre, si osserva come in tali condizioni di criticità, l'impresa in concordato preventivo potrebbe arrecare "turbativa" alla gara o all'appaltatore (in caso di sub-appalto), ad esempio alimentando il fenomeno delle offerte anomale, ciò tenuto conto dell'esigenza di ottenere quanti più ordini possibili per concludere positivamente il piano di risanamento.

Correttamente, l'Autorità rileva che la lettera della disposizione – successiva al D. Lgs. 5/2006, che cita espressamente il concordato preventivo - non consente di assumere una diversa interpretazione.

La disposizione in rubrica menziona la liquidazione coatta e non la **liquidazione volontaria**.

Conseguentemente il documento base non prende in alcuna considerazione tale situazione che, al contrario, meriterebbe di essere disciplinata o, quanto meno, fatta oggetto di indicazioni operative da parte dell'Autorità.

Sul punto, infatti, si assiste ad una delicata contrapposizione tra quanti sostengono che *"La liquidazione volontaria, ... a differenza di quella coatta, non comportando un'accertata situazione di insolvenza, non precluda la partecipazione ai pubblici appalti, né privi l'imprenditore del potere di disporre il trasferimento dell'azienda"* (così Cons. Stato, Sez. VI, 6.04.2006, n. 1873; in termini Cons. Stato, Sez. IV, 21.08.2002, n. 4268 e Cons. Stato, Sez. V, 30.01.2002, n. 507) e quanti, decidendo su di una vicenda sottoposta al D. Lgs. 358/1992, sulle pubbliche forniture, attribuiscono alla disciplina delle cause di esclusione (nel caso di specie l'art. 11 del D. Lgs. 358/1992) la finalità di *"impedire che circostanze ostative al regolare esercizio dell'attività d'impresa compromettano l'esecuzione dei contratti aggiudicandi. In una più ampia considerazione logica non può esser sottaciuto come il divieto di nuove operazioni imposto ex lege agli amministratori di società in liquidazione (cfr. artt. 2449 e 2497 del codice civile) impedisca la legittima partecipazione alle gare e la conclusione di contratti"* (così TAR Lazio, Sez. III, Roma, n. 590/2006).

Ma la disposizione dell'articolo 38, comma 1, lettera a), si riferisce a due fattispecie: sulla prima, attinente all'ipotesi di conclamato dissesto economico dell'interlocutore contrattuale dell'amministrazione, si concorda con le conclusioni assunte nel Documento.

Sulla seconda, invece, concernente il caso in cui sia in corso un procedimento, ancorché non concluso, per l'accertamento di tale situazione, si ritiene che **non sia sufficiente** - come invece proposto nel Documento - **un pronunciamento limitato al livello istruttorio dell'Autorità giudiziaria che accerti positivamente lo stato d'insolvenza, ma è necessaria la sentenza che dichiari l'apertura della procedura concorsuale.**

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

Il documento base richiama l'orientamento giurisprudenziale amministrativo prevalente per sostenere che con l'espressione "*in danno dello Stato o della Comunità*" il legislatore non avrebbe "*inteso riferirsi a tipologie di reato, atteso che una simile restrizione non si evince dalle direttive comunitarie ...*".

Ci si permette di sottolineare che, così come con riferimento all'istituto del concordato preventivo il documento preliminare ha preso atto del dettato letterale della disposizione, altrettanto dovrebbe fare con riguardo alla fattispecie ora in esame.

Contrariamente a quanto affermato dall'Autorità, infatti, l'espressione "**reati gravi in danno dello Stato o della Comunità**" subordina l'efficacia ostativa delle sentenze di condanna passate in giudicato, dei decreti penali di condanna divenuti definitivi e dei "patteggiamenti" alla circostanza che abbiano ad oggetto reati, che oltre ad incidere sulla moralità professionale, siano altresì lesivi di interessi riferibili allo Stato o alla Comunità (ovviamente si tratta della Comunità Europea, oggi denominata anche Unione Europea).

Naturalmente il "danno" può essere non soltanto quello prettamente penalistico consistente nell'offesa ad un bene o ad un interesse facente capo allo Stato-persona o alla Comunità (p.es, delitti contro la personalità dello Stato), o dello Stato-amministrazione (delitti contro la P.A., delitti contro l'amministrazione della giustizia) o allo Stato-collettività (delitti contro la fede pubblica, delitti contro l'incolumità pubblica), ma anche il "danno" civilistico (patrimoniale) allo Stato o alla Comunità.

Inoltre, possono assumere efficacia ostativa alla partecipazione alle gare i provvedimenti definitivi di condanna per reati che offendono interessi facenti capo alla Comunità, quali ad esempio gli illeciti in materia ambientale, economica, finanziaria, qualora investano settori sottoposti alla disciplina comunitaria, richiedendo conseguentemente una specifica tutela del bene giuridico da parte di ciascuno Stato membro.

Relativamente alla problematica e alla valutazione del significato giuridico e della portata da dare all'espressione "*in danno dello Stato o della Comunità*", contenuta nella lettera c,

del comma 1, dell'articolo 38, appare utile un intervento dell'Autorità sul Governo, ex art. 6, comma 7, lett. f), del D. Lgs. 163/2006, per proporre e sollecitare una riformulazione della disposizione in termini formali più aderenti al dettato della direttiva comunitaria.

Tra l'altro, considerato che effettivamente non esiste nell'ordinamento penale italiano una categoria di reati "in danno dello Stato o della Comunità" si auspica che l'espressione sia motivo per considerare anche il danno subito dalle imprese che abbiano partecipato infruttuosamente ad una gara indetta e condotta illegittimamente da una stazione appaltante giudicata colpevole di reato di concussione.

La norma in esame sta creando in questi ultimi due anni non pochi problemi alle aziende in fase di partecipazione alle gare d'appalto.

Si rende innanzitutto necessaria una modifica della norma che, tenendo conto della complessità dell'organizzazione aziendale delle imprese di grandi dimensioni, chiarisca in maniera inequivocabile quali sono i soggetti che devono rendere le dichiarazioni di cui alla norma citata.

Essa è stata da sempre "interpretata" dagli operatori del settore, sia imprese che stazioni appaltanti, come riferita - nel caso di società diverse dalle imprese individuali, dalle società in nome collettivo e dalle società in accomandita semplice - ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza ovvero ai soli componenti il consiglio d'amministrazione muniti di potere di rappresentanza nonché ai direttori tecnici.

Da un paio d'anni a questa parte la giurisprudenza ha, viceversa, allargato enormemente il campo d'applicazione della norma estendendo la predetta causa d'esclusione non solo ai componenti il consiglio d'amministrazione muniti di poteri, ma anche a tutti quei soggetti, institori o procuratori, dotati in qualche modo di poteri di rappresentanza della società.

La questione non è di poco conto ove si consideri che imprese multinazionali ovvero aziende di grandi dimensioni, con presenza sull'intero territorio nazionale, hanno nel loro organico decine di procuratori a cui sono stati conferiti poteri di diversa natura (dai poteri, ad esempio, relativi alla sola gestione della struttura amministrativa/finanziaria

dell'azienda, ovvero poteri riferiti alla sola gestione di una commessa, ovvero poteri attinenti alla partecipazione a gare d'appalto limitatamente ad una determinata area geografica oppure limitatamente ad una soglia d'importo).

La giurisprudenza recente, unita ad un rigido formalismo di molte stazioni appaltanti, stanno creando un assurdo divario, al contrario, tra aziende di piccole o piccolissime dimensioni e le grandi imprese, ove queste ultime, considerata la presenza al loro interno di innumerevoli procuratori e, come più avanti vedremo, di frequenti processi di acquisizione d'impresе con successiva fusione per incorporazione, sono penalizzate nelle procedure di gara d'appalto non riuscendo "a stare dietro" alle richieste delle stazioni appaltanti.

La medesima causa d'esclusione sopraindicata (art. 38, comma 1, lettera c), riferita però questa volta, così come previsto dalla norma, ai **"soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara"**, accentua enormemente, per tutte le imprese, sia di piccole che di grandi dimensioni, i problemi sopra riportati.

La problematica dei "soggetti cessati dalla carica" si pone sia avuto riguardo alle persone che cessano dalla carica di amministratore munito di potere di rappresentanza (con tutte le problematiche sopra evidenziate dell'esatta identificazione di tale soggetto) e di direttore tecnico, sia avuto riguardo alle persone che cessano dalle predette cariche, poiché le imprese presso cui ricoprivano tale ruolo sono state soggette ad esempio ad operazioni di fusione per incorporazione e/o cessione di ramo d'azienda, in tali casi questi soggetti diventano, per l'impresa acquirente, soggetti cessati dalla carica¹.

La problematica, nel caso specifico, riguarda l'impossibilità per le imprese di rintracciare e fare sottoscrivere a tutti i propri soggetti cessati la dichiarazione d'assenza delle cause

¹ E' da rilevare però che dalla lettura del documento emerge un'interpretazione nuova: il divieto nei confronti dei soggetti cessati dalla carica, opererebbe solo nel caso di trasformazione societaria e sembrerebbe omettere invece tutti quei casi molto più frequenti in cui il direttore tecnico e/o il legale rappresentante cambino a seguito di dimissioni, avvicendamenti, ecc. E' sicuramente un'interpretazione che finalizza al meglio la ratio della norma senza appesantire il procedimento (tutti hanno un socio cessato, un direttore tecnico dimissionario,.....), ma che non trova riscontri nella prassi delle P.A. appaltanti. Va sicuramente sostenuta.

d'esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera c); l'assenza di dette dichiarazioni è spesso sanzionata dalle stazioni appaltanti con l'esclusione del concorrente dalla gara².

E' evidente la difficoltà od anche l'impossibilità di un impresa di riuscire a mettere insieme tutte le dichiarazioni per i motivi più svariati quali ad esempio: impossibilità di rintracciare un soggetto che potrebbe risiedere all'estero con conseguente, qualora si riuscisse a rintracciarlo, difficoltà nell'ottenere in tempi brevi la dichiarazione sottoscritta da quest'ultimo; impossibilità causata dalla circostanza che detto soggetto potrebbe ora lavorare presso un impresa concorrente e potrebbe pertanto porre ostacoli a rilasciare detta dichiarazione. Sappiamo che proprio codesta spettabile Autorità ha emesso pareri e delibere con le quali è stato indicato che il concorrente alla gara che ha problemi di rintracciabilità dei propri soggetti cessati potrà rendere una dichiarazione, a firma di un rappresentante legale in carica, nella quale deve indicare i soggetti cessati e per questi dichiarare, assumendosene la responsabilità e per quanto a propria conoscenza, se sussistono o meno le condizioni di cui all'art. 38 comma 1 lettera c).

Il lato debole di quanto sopra sta tuttavia nella dichiarazione richiesta. Il legale rappresentante della società concorrente di solito sottoscrive una dichiarazione con cui dichiara di essere a conoscenza che Tizio – direttore tecnico cessato nei tre anni antecedenti – non ha riportato sentenze Ora, considerato che il certificato, così come la visura, del casellario giudiziale viene rilasciato solo al titolare dello stesso o a persona da lui delegata, e considerato altresì che, nella maggior parte dei casi, il socio che esce così come il direttore tecnico che si dimette non intrattengono più buoni rapporti con il loro

² Un esempio potrà aiutare a capire meglio.

L'impresa X ha sostituito, nel corso dell'ultimo triennio, i propri legali rappresentanti (ad esempio il Presidente del CdA e l'Amministratore Delegato che sono passati ad un impresa concorrente), un procuratore dotato di ampi poteri ed il proprio direttore tecnico, nonché, sempre nel corso dell'ultimo triennio, ha prima acquisito una società e subito dopo ha proceduto ad una operazione di fusione per incorporazione della medesima.

L'impresa X per potere partecipare ad una gara deve rendere le dichiarazioni relative alle cause d'esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera c) rese personalmente dai seguenti soggetti cessati (così come da giurisprudenza, tutti i soggetti dotati di potere di rappresentanza dell'impresa pertanto non soltanto i membri del CdA):

- Il Presidente del CdA e l'Amministratore Delegato, che però ora lavorano in un impresa concorrente,
- Il direttore tecnico,
- Il procuratore,
- Tutti i membri del CdA dotati di poteri ed i direttori tecnici della società che è stata oggetto di fusione per incorporazione, nonché eventuali procuratori.

precedente "datore di lavoro", risulta evidente che il dichiarante non può avere conoscenza diretta di quanto è obbligato a dichiarare pena l'esclusione dalla gara. Sottoscrive quindi una dichiarazione di conoscenza, con tutte le conseguenze del caso, senza poter conoscere la reale situazione del casellario giudiziale del soggetto oggetto della dichiarazione. Si dovrebbe almeno prescrivere che il dichiarante sia tenuto a dichiarare quali siano i soggetti cessati dalla carica senza necessità di dover aggiungere altro e la P.A., di rimando, sia tenuta a compiere in capo al soggetto ogni verifica all'esito della quale deciderà per l'ammissione o l'esclusione, ma senza gli attuali inevitabili strascichi relativi alle false dichiarazioni.

A tale proposito l'Autorità potrebbe fare una opportuna segnalazione al Governo per evidenziare la necessità di un intervento normativo chiarificatore. Nello specifico, riteniamo opportuno che i predetti pareri e le delibere dell'Autorità vengano recepiti in norme di legge che, così come detto sopra per gli amministratori in carica, individuino con precisione i soggetti tenuti a rendere detta dichiarazione (eliminando detto obbligo per i soggetti "derivanti" da operazioni di fusione per incorporazione ed acquisizione di ramo d'azienda) e soprattutto, per il caso specifico, possano fornire alle imprese una maggiore tutela al riguardo rispetto a dichiarazioni riguardanti soggetti terzi (i soggetti cessati).

Appare, inoltre, auspicabile un chiarimento dell'Autorità in ordine alla questione concernente il periodo temporale cui si debba fare riferimento nella dichiarazione resa dal legale rappresentante di un operatore economico in ordine all'assenza o meno di provvedimenti definitivi di condanna riguardanti soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio.

E' possibile limitarsi al solo periodo (parte dell'intero triennio) di permanenza in carica presso l'impresa concorrente (unico periodo in relazione al quale è lecito configurare un onere di esaustiva informazione in capo all'impresa), oppure deve essere preso in considerazione l'intero triennio, anche per la parte in cui il soggetto ha cessato ogni relazione con l'impresa (che ne ha, conseguentemente, "perso" il rapporto organico e, potenzialmente, la conoscenza delle relative vicende personali)?

La seconda tesi è stata sostenuta dal TAR Sicilia, Sez. I, Palermo, 23.03.2008, n. 399, ma non appare del tutto convincente, non fosse altro che per la circostanza che l'impresa non ha facoltà di accedere autonomamente al casellario giudiziale (tanto più a quello "integrale") del suo ex amministratore e/o direttore tecnico.

Sarebbe auspicabile che l'Autorità desse indicazioni nel senso che la dichiarazione dell'amministratore in carica al momento del rilascio della dichiarazione stessa sia riferita unicamente ad eventuali reati, legati all'attività dell'azienda, commessi nel corso del mandato da amministratori o direttori tecnici cessati dalla carica.

La questione di cui sopra presenta elementi comuni a quella concernente la rilevanza ostativa alla partecipazione alle gare di provvedimenti definitivi di condanna riguardanti condotte tenute dall'amministratore o dal direttore tecnico prima di assumere tale incarico presso l'impresa concorrente.

Nonostante il documento base aderisca al prevalente orientamento giurisprudenziale che riconosce il predetto effetto ostativo, la tesi non appare convincente.

Infatti, la previsione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. 163/2006 - che in presenza di **"soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara"**, nei cui confronti sia 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'art. 444 c.p.p., configura una causa di esclusione dalla gara *"qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata"* - presuppone razionalmente un collegamento "temporale" e "funzionale" tra quest'ultima condotta e la sfera di interessi dell'impresa.

Infatti, il giudizio "implicito" di "disvalore" nei confronti dell'impresa che non abbia adottato atti o misure di completa dissociazione non appare in alcun modo configurabile in capo ad un'impresa che, al momento della commissione del fatto illecito, così come in quello della successiva sentenza, non sia in alcun tipo di rapporto con l'autore di quel fatto illecito (nonché destinatario di quel provvedimento giurisdizionale).

Perché un soggetto, persona fisica o giuridica, eserciti lo "*ius poenitendi*", appare necessario che sia in qualche modo "responsabile" o meglio "corresponsabile", anche solo a titolo di "*culpa in eligendo*" o "*in vigilando*", del fatto illecito, il tutto in applicazione del principio giuridico "*neminem laedere*".

Ne è un'indiretta conferma la disciplina della c.d. "responsabilità amministrativa delle persone giuridiche" (D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231), il cui art. 5 stabilisce, al comma 1, che "*l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone ...*", escludendo, pertanto, che la persona giuridica possa essere considerata in alcun modo responsabile in conseguenza di comportamenti posti in essere da persone private, in quel momento, di alcun rapporto organico e/o funzionale e/o di dipendenza con la persona giuridica medesima.

A sua volta, l'art. 6 del D.Lgs 231/2001 delinea quali "cause esimenti" della responsabilità amministrativa:

- a) l'adozione, *prima della commissione del fatto*, di modelli di organizzazione e di gestione idonei a *prevenire reati* della specie di quello verificatosi;
- b) l'affidamento del compito di *vigilanza* sul funzionamento e l'osservanza dei citati *modelli preventivi* ad un organismo dotato di autonomi poteri ;
- c) la commissione del reato a seguito di *elusione fraudolenta dei modelli preventivi di controllo*;
- d) l'assenza di omissioni e/o di insufficienze nel *controllo preventivo*, avvalorando, in tal modo, le conclusioni sopra illustrate.

Del resto, appare difficilmente confutabile la situazione di "non responsabilità" nella quale viene a trovarsi l'impresa che – non avendo più nel proprio organico una persona in precedenza ricoprente specifica carica (legale rappresentante o direttore tecnico) – chiamata a fornire alla Stazione appaltante informazioni circa condanne o patteggiamenti da questa eventualmente riportati, non è giuridicamente in grado di conoscere l'esistenza di simili provvedimenti, non avendo accesso diretto (salva espressa delega della persona fisica cui si riferisce il certificato del Casellario giudiziale, che deve altresì firmare la relativa istanza) ai dati "attuali" del Casellario giudiziale (peraltro, comunque privi delle iscrizioni concernenti i "patteggiamenti" e dei provvedimenti assistiti dal beneficio della "non menzione"), ma potendo fare riferimento solo a quelli, eventualmente a lei noti, perché riportati nel certificato utilizzato per l'ottenimento dell'originaria attestazione (nel caso si tratti d'impresa qualificata ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/2006).

Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (articolo 38, comma 1, lettera d)

Sulla violazione del divieto di intestazione fiduciaria (articolo 38, comma 1, lettera d), 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 essere risolto ponendo il termine della preclusione in funzione dei termini di gara e quindi la data sarà quella indicata dalla stazione appaltante.

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

Il documento base sottolinea che la norma citata in rubrica *"prevede inoltre che le violazioni devono risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio"*.

Pur tuttavia, ed in evidente contrasto con l'inequivoco dato testuale, l'Autorità sostiene (citando una sola pronuncia giurisprudenziale, peraltro non recentissima e, comunque, anch'essa in contrasto con il dettato normativo) che *"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, si ritiene che possano rilevare ai fini dell'esclusione le informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante"*.

La posizione interpretativa testé riportata appare, invero, discutibile, non fosse altro perché il riferimento temporale assunto *"nelle more dell'integrazione del Casellario Informatico"*, risulta del tutto indeterminato, oltre che privo di alcun supporto normativo testuale.

Si evidenzia, inoltre, che **gli effetti della causa di esclusione in rubrica sono privi di un termine finale e, quindi, potenzialmente a tempo indeterminato (o, peggio, illimitato).**

Va, sul punto, sottolineato che un limite al potere discrezionale dell'Amministrazione è rappresentato, per talune cause di esclusione, dal termine di efficacia che il legislatore ricollega loro. Ciò avviene, oltre che per i precedenti penali, ai quali si applicano gli istituti della riabilitazione e dell'estinzione del reato (che peraltro richiedono una previa pronuncia

giudiziale), per le false dichiarazioni (che precludono per un anno la possibilità di conseguire l'attestazione di qualificazione) e per le misure di prevenzione, che hanno efficacia massima quinquennale.

Ciò comporta che la compresenza, nell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, di cause di esclusione diverse, afferenti al medesimo fatto, ma soggette a distinta disciplina, in assenza di chiare disposizioni di coordinamento può condurre a conseguenze singolari.

Si pensi, ad esempio, all'estinzione, ai sensi dell'art. 445 c.p.p., di un reato commesso in violazione delle disposizioni in materia di sicurezza, che pur determinando il venir meno della causa di esclusione della lettera c) dell'art. 38, non potrebbe di per sé evitare all'impresa l'esclusione, questa volta ai sensi della successiva lettera e), quando, come è oltremodo probabile, il provvedimento definitivo di condanna risulti dai dati in possesso dell'Osservatorio, dal momento che questa causa preclusiva, a rigore, non è soggetta a termini.

Nel caso di specie siffatto esito verrebbe prevenuto laddove le due fattispecie, rispettivamente previste dalle lettere c) ed e) dell'art. 38, fossero tenute distinte, di tal che le infrazioni gravi alle norme in materia di sicurezza siano rintracciabili soltanto nelle violazioni non aventi rilievo penale (in questo senso, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 settembre 2008, n. 1886).

In luogo del generico riferimento ai "dati in possesso dell'Osservatorio", apparirebbe preferibile il rinvio a dati "oggettivi", ossia a quelli "risultanti dal casellario informatico", come riportato alla lettera *m-bis*) del medesimo articolo 38 (la causa di esclusione di cui alla lettera *m-bis* è stata introdotta da ultimo dal numero 2) della lettera *h*) del comma 1, dell'articolo 2 del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152). Ciò consentirebbe di individuare in modo certo la sussistenza o meno delle cause di esclusione di cui alle lettere *e*) ed *h*) in argomento.

Grave negligenza o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f)

Relativamente alle gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (articolo 38, comma 1, lettera f), si ritiene che la rimessa alla stazione appaltante della valutazione discrezionale della rilevanza della grave negligenza e della malafede ai fini dell'esclusione dell'esito della quale è tenuta a fornire idonea ed analitica motivazione. non garantisce l'oggettività della stazione appaltante. La valutazione discrezionale sui "precedenti" dell'appaltatore non è salvaguardata da dati oggettivi e riscontrabili e potrebbe essere l'elemento che favorisce la concussione / corruzione. Si ritiene che l'accertamento dell'errore grave debba essere correlato alla dimostrazione da parte della stazione appaltante del danno arrecato dall'errore grave e che tale danno debba essere accertato in via giurisdizionale e non essere lasciato alla discrezionalità della stazione appaltante.

Violazioni di obblighi fiscali (articolo 38, comma 1, lettera g)

In base alla lettera g) del comma 1, dell'articolo 38, sono esclusi i soggetti "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". Tale previsione individua puntualmente solo il momento a partire dal quale opera l'esclusione (ossia a partire dal definitivo accertamento della violazione tributaria), ma non indica espressamente che l'integrale pagamento del debito tributario e/o la definizione agevolata del contenzioso fanno - ovviamente - venir meno i presupposti per l'applicazione di tale causa di esclusione (come affermato nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 34/E del 25 maggio 2007).

Al riguardo, appare opportuno indicare esplicitamente il momento a partire dal quale tale causa di esclusione non opera (a partire dalla regolarizzazione, anche mediante definizione agevolata, della situazione debitoria tributaria).

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)

Quanto alla causa di esclusione in rubrica, il documento base sottolinea che *"il concorrente viene escluso per falsa dichiarazione e quindi automaticamente sanzionato per un anno a prescindere da ogni valutazione sull'elemento soggettivo"* e che *"la segnalazione della falsa dichiarazione all'Autorità è strettamente consequenziale alla esclusione dalla gara"*, con la conseguenza che *"l'Autorità ha un vero e proprio dovere di annotazione della informazione ricevuta da parte della stazione appaltante, fatto salvo il caso di una inconferenza di fatto di quanto segnalato"*.

Non si può che condividere quanto affermato dalla stessa Autorità, laddove rileva che *"L'automatismo della interdizione annuale, a prescindere da ogni valutazione circa i fatti oggetto della dichiarazione mendace e la loro effettiva rilevanza ai fini dell'esclusione, sembra difficilmente compatibile con i principi generali di diritto comunitario applicabili in materia di appalti pubblici, ed in particolare con il principio di proporzionalità"*.

Ci si chiede se la problematica non possa essere riconsiderata alla luce – oltre che dai citati principi del diritto comunitario – della stessa disciplina del procedimento amministrativo, **assicurando un contraddittorio preventivo all'annotazione nel Casellario Informatico**, a cominciare dalla comunicazione di avvio del relativo procedimento (ex art. 7 della legge 241/1990) e riconoscendo all'impresa ed alla stazione appaltante il diritto di parteciparvi (ex art. 10 della stessa legge).

Deve dirsi con maggiore chiarezza che non ogni mancata corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto riscontrato costituisce una falsa dichiarazione e che quindi non necessariamente l'esclusione debba essere seguita da una segnalazione di false dichiarazioni.

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

La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee ha interpretato l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE (dalla cui trasposizione deriva l'attuale articolo 38, del decreto legislativo n. 163 del 2006) nel senso di ritenere che la legge nazionale o, nel silenzio di questa, il bando di gara devono indicare con chiarezza il momento nel quale la regolarità contributiva deve essere posseduta. Nell'ordinamento italiano non è rinvenibile una norma chiara e, tuttavia, la giurisprudenza sembra orientata a far coincidere il momento della verifica della regolarità contributiva con quello della scadenza del termine di partecipazione alla gara.

Relativamente alla causa di esclusione in rubrica, il documento base si allinea al filone giurisprudenziale secondo il quale, a fronte di un DURC "irregolare", la stazione appaltante sarebbe costretta a prenderne atto, non potendone sindacare in alcun modo le risultanze.

A supporto di tale orientamento il documento base richiama quanto affermato dal Ministero del lavoro (interpello n. 64, del 31 luglio 2009) e dal Consiglio di Stato (sentenza n. 4273/2007), per i quali, addirittura, assumerebbe rilievo *"non l'entità dell'importo dovuto, bensì l'atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali"*!

Pur riconoscendo l'importanza della correttezza delle imprese riguardo agli obblighi previdenziali – sia nella logica della tutela dei diritti previdenziali ed assicurativi dei lavoratori, sia in quella della persecuzione di comportamenti idonei a determinare situazioni di concorrenza sleale tra imprese – corre l'obbligo di segnalare l'esistenza di un autorevole, quanto recentissimo, orientamento giurisprudenziale, alle cui conclusioni si ritiene più corretto aderire, in quanto appaiono maggiormente in linea con i principi che regolano la materia degli appalti pubblici, ivi compreso quello di proporzionalità.

Si richiamano, a tal proposito, le seguenti pronunce:

- *"Il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, ma debba altresì valutare, innanzi tutto, se sussistono procedimenti, diretti a contestare gli accertamenti*

degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni ed in secondo luogo se la violazione riportata nel DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no <grave>

"Non vi è dubbio che la lettera della suddetta lett. i) non si limita a richiedere la mera regolarità contributiva ma fa riferimento a <violazioni gravi> e <definitivamente accertate>" (Cons. Stato, Sez. III, parere 29.09.2009, n. 5827);

- **"L'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le <violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali>"**

"L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 crea anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto.

Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione.

Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili..

Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo..

Si tratta allora di stabilire se la causa di esclusione di cui al citato art. 38, co. 1, lett. i), possa di per sé desumersi da un d.u.r.c. irregolare, e se, dunque, il concorrente che abbia un d.u.r.c. irregolare, laddove dichiarare di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, ponga in essere una dichiarazione <falsa>."

"Secondo il nuovo d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c. [.....] la stazione appaltante, a fronte di d.u.r.c.

che attestavano la non regolarità alla data di presentazione della candidatura e alla data di presentazione dell'offerta, doveva accertare il tenore della irregolarità, per verificare se fosse o meno grave;

b) ciò era tanto più doveroso ove si consideri che sono stati esibiti d.u.r.c. successivi che invece attestano la regolarità contributiva" (Cons. Stato, Sez. VI, 4.08.2009, n. 4906)

- **"In base alla nuova normativa introdotta dall'art. 38, lettera i) del DLgs n. 163/06 sono esclusi dalla partecipazione alla gara quei soggetti <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>.**

La formulazione della disposizione testé citata impone, dunque, che il provvedimento di esclusione dalla gara per irregolarità contributiva sia congruamente motivato dall'Amministrazione procedente con riguardo alla sussistenza delle condizioni di gravità e definitività della violazione (CdS, VI, 29.2.2008 n. 716)" (TAR Veneto, Sez. I, 26.05.2009, n. 1601)

- In termini, tra gli altri, anche TAR Calabria, Reggio Calabria, 22.10.2008, n. 537 e TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 22.07.2008, n. 3470.

Priva di fondamenti normativi sembrerebbe invece l'affermazione, ripresa da documenti ministeriali, che prevede che *"l'utilizzo di un DURC non più rispondente a verità equivale ad uso di atto falso ed è punito ai sensi del Codice Penale"*. Una tale affermazione, peraltro già eliminata dalla bozza di art. 6 del nuovo Regolamento, appare molto discutibile e rischia di portare molte P.A. ad effettuare segnalazioni di reato alle Procure della Repubblica a ben guardare con poco fondamento giuridico. Non risulta infatti che l'art. 489 c.p. sia una norma penale in bianco, che rimandi cioè in tutto o in parte ad una fonte normativa secondaria la definizione del suo precetto normativo. In assenza di tale delega, considerata la riserva di legge assoluta che la Costituzione assegna al diritto penale, non sembra si possa integrare da parte di provvedimenti interpretativi di fonte ministeriale una fattispecie di reato, peraltro molto indefinita.

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

Nel documento base si sostiene che dopo la riforma dell'art. 38, in caso di decadenza dell'attestato per la fattispecie in rubrica, la preclusione opera *sine die* (mentre prima essa era di un anno), e che, ai fini dell'ottenimento di una nuova attestazione, deve essere attivato un procedimento "di secondo grado" in contraddittorio con l'impresa, che verifichi, secondo principi civilistici, l'imputabilità soggettiva del falso.

In proposito, peraltro, sembra necessario porsi il problema delle condizioni che devono sussistere, prima ancora che per il rilascio di un nuovo attestato, per la revoca (decadenza) del primo.

Infatti, il corrente orientamento dell'Autorità è di considerare sufficiente, nel caso di "dichiarazioni non veritiere" concernenti l'esecuzione di lavori - da documentare mediante il relativo certificato, reso dalla Stazione appaltante - il mero "disconoscimento" del certificato da parte di quest'ultima. Ne consegue che, in base alla semplice dichiarazione unilaterale di un soggetto inquadrato nella stazione appaltante, senza alcun'altra indagine, l'attestato viene revocato, previa sospensione cautelare da parte dell'Autorità, e con effetto *sine die*.

Sulla questione testé riassunta è, peraltro, intervenuto il Consiglio di Stato (Sez. VI, 8.5.2008, n. 2126), stabilendo che è illegittimo considerare l'assenza di riscontro oggettivo delle certificazioni "*elemento di per sé idoneo a giustificare la revoca*", ma che, "*in presenza di certificati disconosciuti dalle stazioni appaltanti, si doveva tenere conto che si trattava di certificati irrilevanti per il rilascio dell'attestazione, che non vi era quindi alcun interesse alla falsificazione da parte dell'impresa, che la stessa Autorità non ha sostenuto l'imputabilità del falso in capo all'appellante, che dalla documentazione prodotta da quest'ultima è emerso che i lavori oggetto delle certificazioni sono stati regolarmente eseguiti*".

Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, ciò che conta, prima ancora del "disconoscimento" o meno del documento materiale, è l'accertamento dell'esecuzione o meno dei lavori valutati dalla S.O.A. per il rilascio dell'attestazione: "*non si tratta di ammettere che le*

certificazioni possano essere sostituite da notizie fornite dalle imprese, ma di escludere l'automatica revoca dell'attestazione in quei casi in cui i certificati contestati non sono rilevanti al fine del rilascio dell'attestazione e non vi è alcun addebito da muovere all'impresa".

Quando la veridicità del certificato di esecuzione è contestata, l'Autorità è, pertanto, tenuta a prendere in esame anche la contabilità dei lavori e l'altra documentazione che l'impresa dovesse offrire per contestare quanto affermato dalla stazione appaltante, e ciò non violerebbe, secondo il Consiglio di Stato, le disposizioni che assegnano al solo certificato di esecuzione la funzione di costituire il presupposto per la qualificazione dell'operatore.

In altri termini, l'imputabilità del falso va accertata già in sede di pronuncia (dell'Autorità) sulla decadenza dell'attestato S.O.A., non solo, come sembra sostenere l'Autorità, in sede di rilascio di un nuovo attestato, altrimenti, nel frattempo, le conseguenze per le imprese sarebbero, ovviamente, assai gravose.

La decadenza va pronunciata in esito a un procedimento, nel corso del quale l'Autorità dovrà considerare tutta la documentazione prodotta dall'impresa, non limitandosi a prendere atto delle affermazioni della Stazione appaltante. E ciò anche sotto il profilo soggettivo, visto che, secondo il Consiglio di Stato, è significativo anche il fatto che il certificato contestato sia rilevante o meno per il conseguimento della qualificazione per una certa categoria e classifica.

Va del resto sottolineato che, in conseguenza di detta pronuncia (di annullamento della revoca del primo attestato), il T.A.R. Lazio, Sez. III, 16.2.2009, n. 1468, ha poi annullato anche la revoca dell'attestazione successivamente ottenuta dalla stessa Impresa (pronunciata senza alcuna indagine sull'imputabilità o meno del fatto, e solo perché il secondo attestato era stato ottenuto prima di un anno dalla revoca del primo).

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

E' una fattispecie di cui si condividono le finalità, ma che ha troppi punti oscuri in merito alla concreta applicazione, con alcuni risvolti poco rassicuranti.

E' indispensabile infatti chiarire due punti:

- chi è tenuto a verificare se esistono circostanze esimenti che giustifichino una mancata denuncia;
- sotto quali forme il concorrente possa difendersi da un'accusa (richiesta di rinvio a giudizio) formulata nei confronti di un terzo e di cui potrebbe essere totalmente all'oscuro.

Non è trascurabile poi il possibile uso ricattatorio di una norma così formulata. Sembra inoltre una fattispecie che, seppur formulata diversamente, si sovrappone e ripete in buona parte le finalità di quanto previsto alla lettera b).

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)

Sul punto ci si limita a sottolineare la natura di "***probatio diabolica***" che caratterizza l'adempimento documentale imposto dall'art. 38, comma 2, lett. b), nel testo introdotto con l'art. 3, comma 2, del D. L. 135/2009, laddove si prevede che l'eventuale "***dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile***" debba essere accompagnata, a riprova della circostanza che il concorrente ha "***formulato autonomamente l'offerta***", dall'allegazione dei "***documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa***"!

Questa norma rischia di creare difficoltà interpretative. In primo luogo si tratta di chiarire cosa debba intendersi con le parole "unico centro decisionale", cosa non semplice come dimostra la giurisprudenza amministrativa in materia. In secondo luogo, si pongono problemi interpretativi non agevoli per i grandi gruppi industriali e/o multinazionali, nei quali i rapporti tra le varie società sono spesso complessi e la distanza dal centro è tale da garantire una ragionevole autonomia decisionale. Infine, si evidenzia la difficoltà di un

ufficio gare che debba preparare la busta di documenti che dimostrino l'autonomia della offerta da quella di altri soggetti.

Si ritiene comunque che la "gravosità" del compito della verifica da parte delle stazioni appaltanti della imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale non possa essere motivo di deroga a quanto stabilito dal decreto-legge n. 135 del 2009.

Le annotazioni sul casellario

Si ritiene che il Casellario informatico debba riportare solo dati certi e definitivi. La procedura adottata invece consente di annotare e pubblicizzare la "storia" dell'operatore prevedendo dati non definitivi.