



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

**Audizione di Confservizi sui requisiti di ordine generale per
la partecipazione alle procedure di affidamento delle
concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi**

11 novembre 2009

Confservizi è la Confederazione nazionale per la rappresentanza e la tutela dei soggetti operanti nei servizi di interesse economico generale con particolare riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e dell'ambiente. Si compone di tre federazioni settoriali (ASSTRA, per il trasporto pubblico, Federambiente per l'igiene ambientale e Federutility, per i settori acqua, elettricità e gas), promuovendo gli interessi di oltre mille imprese associate operanti nei settori di pubblica utilità aventi carattere industriale. Risulta del tutto evidente l'interesse delle aziende associate alla Confederazione nei confronti del tema oggetto della presente Audizione, sia come stazioni appaltanti, sia come partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica di affidamento delle concessioni e degli appalti di forniture e servizi.

Con specifico riguardo alle problematiche generali derivanti dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici ed, in particolare, dell'articolo 38 in esame, le imprese rappresentate dalla Confservizi, in quanto stazioni appaltanti, pur essendo, nella maggior parte dei casi, costituite in forma giuridica di diritto privato (società di capitali), sono chiamate a svolgere, a fini di tutela della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, un'attività pubblicistica dalla quale, tuttavia, derivano rilevanti appesantimenti burocratici che possono avere ripercussioni negative sui bilanci (basti pensare ai costi diretti ed indiretti derivanti dall'applicazione delle norme in questione) e che, in considerazione della natura del patrimonio sociale (spesso parzialmente o totalmente pubblico), possono tradursi in un pregiudizio gravante indirettamente sulla collettività di riferimento. A parte i costi derivanti dalla necessità per le suddette imprese di avere degli uffici strutturati per far fronte a tutti gli adempimenti previsti dalla normativa sugli appalti, vale la pena segnalare anche i costi legati alle richieste, avanzate da alcune Camere di Commercio, di pagamento per la consultazione o per l'ottenimento di documenti in possesso delle medesime Camere di Commercio. Pagamento questo non richiesto alle pubbliche amministrazioni in senso stretto e richiesto alle società a partecipazione pubblica sia pure gestenti servizi pubblici locali.

A ciò si aggiunga che l'ampia discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti nella valutazione di alcuni elementi influenti ai fini dell'operatività delle cause di esclusione enucleate potrebbe prestare il fianco, come più avanti si specificherà, all'instaurazione di contenziosi da parte degli altri soggetti interessati non ammessi sulla base di tale scelta.

In quanto concorrenti, invece, le questioni più spinose sono legate al fatto che la disciplina anticipa alla fase di presentazione delle offerte (o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette) i controlli tipici di quella di aggiudicazione, imponendo la produzione di una mole spropositata di documenti, con le immaginabili conseguenze in termini di costi diretti ed indiretti. Inoltre, l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto in capo alle stazioni appaltanti

favorisce il perdurare di situazioni di incertezza dovute a possibili disparità di trattamento, a parità di condizioni, nelle diverse gare.

In entrambi i casi, comunque, le imprese pubbliche vengono gravate di costi elevati rispetto a quelle private, con tutto ciò che ne consegue in termini di potenziale svantaggio competitivo delle imprese pubbliche rispetto a quelle private, ovviamente a parità di condizioni, sul mercato di riferimento.

Ciò premesso, si ritiene che il Documento di Consultazione predisposto dall'Autorità rappresenti un interessante e approfondito tentativo di sintetizzare i principali orientamenti giurisprudenziali e le problematiche più diffuse relative all'art. 38 del D. Lgs. 163/06. Tale illustrazione interviene in un momento "storico" in cui è maggiormente sentita l'esigenza di rivedere l'approccio a tale materia, in considerazione delle intervenute novelle legislative e delle incertezze interpretative di una disposizione la cui errata applicazione può determinare conseguenze di rilievo e di grave pregiudizio per le imprese. L'iniziativa di Codesta Autorità è altresì meritevole di plauso in quanto volta a coinvolgere gli operatori del settore, che nella pratica si scontrano con le difficoltà operative derivanti dalla normativa, nel procedimento di formazione di un atto di indirizzo che tenga in considerazione le istanze di tutti i soggetti interessati.

Al fine di coadiuvare tale attività, si formulano di seguito delle osservazioni riferite ai punti della disciplina che presentano i maggiori profili di criticità.

Articolo 38, comma 1, lett. b): *misure di prevenzione e cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.*

La previsione in parola presenta problematiche applicative per quanto attiene all'ambito soggettivo di operatività. Si richiede un indirizzo interpretativo in merito alla rilevanza della procura per coloro che, pur non rivestendo la carica di amministratori, siano però destinatari di poteri importanti e generali in seno alla società. La problematica rileva evidentemente al fine di comprendere se nei confronti di tali soggetti si debba procedere alla verifica delle cause ostative di cui alla previsione in esame. Pur condividendo l'impostazione risultante dalla recente sentenza del TAR Lombardia 4802/2009 - che amplia l'ambito di applicazione della disposizione, includendo nel novero dei necessari dichiaranti anche soggetti che, pur non ricoprendo le specifiche cariche indicate, siano, tuttavia, titolari di ampi poteri decisionali tali da consentire di determinare gli indirizzi di gestione dell'impresa - in considerazione della difficoltà di ottenere le informazioni rilevanti ai fini dell'operatività della causa di esclusione in siffatte situazioni, sarebbe importante specificare la modalità con cui reperire i dati relativi

alla sussistenza di cause ostative nei confronti dei soggetti non individuati dalla norma, dal momento che la modulistica in materia (in particolare quella prefettizia) riguarda esclusivamente notizie riferite ai titolari delle cariche sottoposti esplicitamente al controllo.

Articolo 38, comma 1, lett. c): sentenza di condanna per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

La disposizione attribuisce alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale in merito all'individuazione dei parametri idonei a comprovare la gravità del reato e la sua incidenza sulla moralità professionale delle imprese partecipanti alla gara. Tale indeterminatezza in talune circostanze può essere di utilità sia per la stazione appaltante sia per l'impresa partecipante, dal momento che autorizza ed alimenta un esercizio più libero della discrezionalità amministrativa e tecnica. Tuttavia, può, nel contempo, contribuire all'incertezza sulla legittimità della scelta operata in assenza di criteri fissi e predeterminati. Si auspica che l'Autorità fornisca elementi univoci per procedere ad una valutazione in tal senso, al fine di evitare la proposizione da parte dei concorrenti esclusi di eventuali ricorsi volti a far valere l'illegittimità della ponderazione effettuata.

In presenza degli orientamenti giurisprudenziali confliggenti ricordati e commentati nel Documento di Consultazione (pagg. 12 e 13), sarebbero, inoltre, necessari chiarimenti in merito alla sussistenza dell'obbligo di dichiarazione nel caso in cui si faccia ricorso al patteggiamento ex art. 444 c.p.p.

Un discorso particolare merita la questione riferita alla cessazione degli effetti ostativi dei reati, ossia alla estinzione degli stessi. Come peraltro sottolineato nel Documento di Consultazione, una parte della giurisprudenza amministrativa ritiene che sia necessaria l'acquisizione del decreto del Magistrato di Sorveglianza che dichiara estinta la pena (mutuando dalla Cassazione Penale), mentre altra ritiene sufficiente, a tal fine, il mero decorrere dei termini previsti dalla legge, in quanto il Decreto giudiziale avrebbe un valore meramente dichiarativo. Si auspica, quindi, che le riflessioni dell'Autorità su tale problematica possano costituire le fondamenta per superare le criticità sollevate.

Per quanto concerne i soggetti nei confronti dei quali effettuare la verifica circa l'insussistenza della causa ostativa in parola e le modalità con cui reperire tali informazioni nell'ipotesi che non vengono individuate dalla norma (procura valgono le considerazioni che abbiamo esposto con riferimento alla lett. b) del medesimo provvedimento.

Articolo 38, comma 1, lett. e): gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Con riferimento alle modalità con le quali possono essere accertate le infrazioni in materia di sicurezza e di altri obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, l'Autorità illustra che le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare esclusivamente i dati presenti nell'Osservatorio, come precisato nella norma, e nello stesso tempo, seguendo la giurisprudenza a commento del Regolamento citata dalla stessa Autorità, afferma che le stesse possono desumere le informazioni da qualsiasi fonte (siano esse informazioni fornite dall'impresa o altrimenti acquisite). Ferma restando la salvaguardia delle finalità della norma – ossia accertare le infrazioni che giustificano l'esclusione – appare, pertanto, importante chiarire la tipologia delle fonti che la stazione appaltante è tenuta a consultare al fine di non pregiudicarne l'attività. Anche per tale fattispecie sorge il problema collegato all'attribuzione alla stazione appaltante di un ampio potere discrezionale nella valutazione della gravità dell'infrazione, con tutte le conseguenze in termini di possibili contenziosi esposti in precedenza.

Articolo 38, comma 1, lett. g): 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.

Con riferimento a tale previsione emergono difficoltà applicative in quanto da più parti si segnala che l'Agenzia delle Entrate fornisce alle imprese richiedenti riscontri generici e disomogenei riguardo la natura (definitiva o pendente) dell'atto di accertamento dell'irregolarità tributaria eventualmente emesso nei confronti del concorrente.

Sotto tale profilo si ritiene particolarmente importante un intervento dell'Autorità finalizzato ad assicurare la necessaria omogeneità delle informazioni da parte delle competenti Agenzie delle Entrate.

Articolo 38, comma 1, lett. h): false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

In relazione a tale reato, emerge una grave incertezza riferita al termine di decorrenza dell'anno di interdizione rispetto alla partecipazione a gare.

Sarebbe opportuno addivenire ad un metodo che assicuri maggiore certezza in tal senso e che non consenta alla inattività e non tempestività delle stazioni appaltanti di pregiudicare ulteriormente e per un tempo più prolungato le imprese, impossibilitate a condizionare tale elemento.

Il punto delle false dichiarazioni è sicuramente uno di quelli che maggiormente suscita specifici rilievi.

In particolare, la norma e la relativa interpretazione non prevedono adeguata valutazione della componente soggettiva della dichiarazione affinché la stessa possa essere dichiarata falsa, circostanza invece presente nel Regolamento.

Conseguentemente, una dichiarazione influenzata da un'interpretazione soggettiva di un evento o di una norma può autorizzare un giudizio di falsità della dichiarazione da parte della stazione appaltante e, quindi, un'esclusione per l'impresa dalla partecipazione alle gare per un anno.

La complessità dei sistemi imprenditoriali alimenta e rende frequente tale rischio, soprattutto in presenza di imprese plurisettoriali e multinazionali e di dichiarazioni afferenti situazioni soggettive delle stesse derivanti da norme di complessa applicazione.

Per fare un esempio, aziende quali quelle che gestiscono servizi pubblici trovano difficoltà riferite alle dichiarazioni di legittimazione alla partecipazione a gara ed assenza di affidamenti che inibiscano la partecipazione medesima, con particolare riferimento ai divieti imposti dal D. Lgs 422/1997 e s.m.i., dal D. Lgs. 164/2000 e s.m.i., , dal D. Lgs. 267/2000 e s.m.i., dalla L. 248/2006 e, da ultimo, dal comma 9, art. 23-bis, D.L. 112/2008, convertito dalla L. 133/2008, come modificato dall'art. 15, D.L. 135/2009, in fase di conversione ed oggetto di ulteriori modifiche. Il problema risulta ulteriormente acuito dall'impossibilità di un'immediata composizione tra i principi comunitari in materia di *favor participationis* e le norme interne che impongono limitazioni all'attività imprenditoriale delle aziende.

Allo stesso modo, alcuni requisiti tecnico-professionali (iscrizioni ad albi speciali, autorizzazioni a svolgimento di attività specialistiche, ecc.) sono caratterizzati da una complessità intrinseca che difficilmente si coniuga con l'approccio standardizzato e talvolta semplicistico utilizzato dalla stazione appaltante.

Aggrava tale situazione il frequente ricorso delle stazioni appaltanti a moduli di dichiarazioni sostitutive e di autocertificazioni predisposti in modo generico ed uniforme che non sono in grado di illustrare l'interessa della complessità delle imprese, la cui compilazione articolata viene giudicata come non conformità alla legge speciale del bando e la cui pedissequa compilazione non consente di illustrare la piena veridicità della situazione esistente.

Articolo 38, comma 1, lett. i): violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti.

Con riferimento a tale previsione, si prega di chiarire se la stazione appaltante può ritenere assolto il dovere di verificare la regolarità contributiva dei singoli partecipanti e successivamente delle singole fasi dell'appalto, anche qualora sia lo stesso offerente ad allegare alla documentazione di gara il DURC in corso di validità ovvero sia poi l'aggiudicatario a produrre spontaneamente con la presentazione delle singole fatture il DURC in corso di validità, senza che anche in tal caso sia necessario richiedere il certificato di regolarità contributiva nuovamente tramite la procedura informatica, fermo restando il potere discrezionale della stazione appaltante di accertare la veridicità dei dati presentati.

Per quanto concerne la richiesta del DURC in più fasi, dai dibattiti dottrinari di questi ultimi mesi non pare sia ancora stata definitivamente chiarita la durata di validità del DURC, anche se è pacifico che tale certificazione è comunque legata allo specifico appalto ed è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto, per cui lo stesso non è spendibile in altri appalti o per altre fasi dello stesso appalto pubblico. In ambito di gara, pertanto, sembrerebbe necessario acquisire il DURC a seconda delle varie fasi: verifica autocertificazione, aggiudicazione gara d'appalto, stipula contratto, liquidazione fattura ecc., come evidenziato nel dettaglio dall'apposito campo previsto dallo "Sportello Unico Previdenziale" alla voce "tipo richiesta", anche se successivamente dal certificato non appare né la fase, né lo specifico appalto per il quale è stato richiesto.

Dal momento che la problematica riferita all'efficacia temporale del documento assume un interesse particolare per gli operatori del settore, auspichiamo che l'Audizione possa fornire all'Autorità l'occasione per esprimere un orientamento in materia che ricalchi quanto recentemente statuito dal TAR Puglia, Lecce, sez. III, (sentenza 2304/2009), richiamata a pag. 30 del Documento di Consultazione, che, secondo un ragionamento, a nostro avviso, pienamente condivisibile, attribuisce allo stesso validità trimestrale.

In relazione alla richiesta del DURC per le imprese straniere, un'azienda non avente sede in Italia dovrà presentare la documentazione rilasciata dall'organismo competente straniero da cui risulti il rispetto degli adempimenti in materia contributiva equivalenti al possesso del DURC, che non può essere surrogata dall'autocertificazione dell'imprenditore, ovvero dai modelli utilizzati dal medesimo per il pagamento dei contributi previdenziali. A tal riguardo emergono due problematiche: se anche per le imprese straniere l'obbligo di chiedere il certificato di regolarità contributiva incomba ora sulla Stazione Appaltante, con i

relativi problemi di comunicazione con i competenti organi abilitati al rilascio; a chi compete la valutazione dell'equivalenza al DURC e quindi la regolarità di una certificazione rilasciata da un organismo straniero (ad esempio, in una gara per l'affidamento di servizi assicurativi, alla quale partecipi una Compagnia Assicurativa con sede legale in Austria e priva di stabile organizzazione in Italia e, quindi, con la necessità di verificare che la documentazione prodotta da parte degli organi federali competenti sia completa).

Rimanendo in tema di DURC, premesso che dalla normativa fino ad oggi nota, non emerge nulla in proposito, l'Autorità potrebbe fornire chiarimenti in merito all'esistenza di un limite di importo per cui effettuare o meno la richiesta ai vari fornitori e/o imprese e, quindi, a livello teorico, se ancora il documento va acquisito sempre e comunque anche per gli appalti il cui valore risulta inferiore alla soglia comunitaria.

Altre problematiche operative collegate al DURC riguardano la circostanza in base alla quale l'acquisizione d'ufficio del DURC va richiesta attraverso le modalità offerte dal portale messo a disposizione dallo "Sportello Unico Previdenziale", previa acquisizione del codice PIN di accesso, da parte della Stazione Appaltante. Tuttavia, tenuto conto che come specificato a pagina 4 del Documento base per l'audizione "i requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette" si deve valutare che fino alla presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione ovvero, se del caso, fino alla pre-qualificazione la Stazione Appaltante non è in possesso dei dati minimi per richiedere d'ufficio il DURC riguardo alle imprese offerenti (ad esempio, numero di posizione previdenziale ed assicurativa, contratto collettivo applicato, etc.). Tale verifica, del resto, non può essere anticipata ad un momento anteriore all'apertura delle offerte, con la conseguenza che nell'espletamento della gara si dovrà attendere i tempi di rilascio del DURC, che, pur essendo abbastanza celeri (una decina di giorni), non consentono comunque il rilascio in tempo reale, potendo addirittura arrivare ai trenta giorni.

Articolo 38, comma 1, lett. m): 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.

Tale disposizione meriterebbe qualche chiarimento aggiuntivo sulle modalità applicative della stessa specie con riferimento a tutte quelle sanzioni interdittive

e/o amministrative che non siano applicate dall'Autorità e come tali dalla stessa segnalate. Così ad esempio, con riferimento alle sanzioni interdittive ex d.lgs. 231/01, esse, pur collegate e conseguenti ad una responsabilità penale dell'autore del reato, si riferiscono alla società/ente con conseguenti difficoltà, per la stazione appaltante, nel reperimento delle informazioni necessarie alla verifica di cui alla lettera in esame. Si richiede, pertanto, all'Autorità di fornire indicazioni in merito alle modalità con cui procedere a tale verifica nei confronti delle persone giuridiche.

***Articolo 38, comma 1, lett. m-quater):** situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o 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.*

Come noto, tale previsione è stata oggetto di recenti interventi in attuazione dei principi dell'ordinamento sovranazionale e delle pronunce della giurisprudenza comunitaria.

La Consultazione avviata può costituire l'occasione affinché l'Autorità fornisca i primi indirizzi interpretativi in merito alla modifica (ad opera del D.L. 135/2009 di prossima conversione) apportata alla norma, che ora impone il divieto per società in situazione di controllo di partecipare alle gare a meno che non allegghino documenti idonei a dimostrare che, nonostante il controllo, le offerte sono state redatte in modo autonomo, indipendente e tale da escludere la loro attribuibilità ad un unico centro di interessi.

In particolare si richiede di fornire dei criteri atti ad individuare nella pratica, a livello di *lex specialis*, la documentazione idonea a comprovare la legittimità della partecipazione pur in presenza di una situazione definita a livello normativo di controllo.

***Articolo 38, comma 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.

La disposizione prevede ancora che "resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva" e, pertanto, si chiede di voler precisare se tale obbligo in capo all'affidatario sia venuto meno, dovendosi intendere tale periodo implicitamente abrogato dall'entrata in vigore della L. 2/2009 che ha convertito con modificazioni il D.L. 185/2008 (c.d. Decreto Anti-crisi), che per l'appunto prevedeva all'art. 16, comma 10, quale "Riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese" l'acquisizione d'ufficio del DURC.

In conclusione, il sistema dalle aziende associate a Confservizi ritiene necessaria la definizione delle problematiche portate all'attenzione di Codesta Autorità, e riassunte nel presente documento.

Le altre questioni affrontate nel Documento di Consultazione presentano una completezza tale da non richiedere ulteriori osservazioni.

In considerazione della complessità e della delicatezza del tema trattato, si manifesta la disponibilità incondizionata della Confederazione ad affiancare l'Autorità in un cammino che presenta sicuramente non pochi ostacoli, ostacoli che, tuttavia, possono essere superati anche attraverso uno sforzo ed un impegno comuni.