

CONSIP S.p.A

Oggetto: problematiche applicative dell'art 38 D. lgs. 163/2006

Con riferimento alla questione indicata in oggetto e facendo seguito all'invio del Documento Base, si coglie l'occasione - preliminarmente - per ringraziare codesta Autorità per avere reso partecipe la nostra società su un tema di particolare rilievo, come quello della definizione di un atto generale volto a chiarire la previsione normativa dell'art. 38 del D.lgs 163/2006.

In linea generale l'esperienza della Consip in materia di applicazione pratica della disciplina dell'art. 38 porta a condividere integralmente le considerazioni espresse del citato Documento Base.

Di seguito saranno esposte alcune tematiche di taglio eminentemente pratico che questa Stazione Appaltante intende sottoporre a codesta Autorità nella speranza di potere fornire un utile contributo per la definizione dell'atto finale.

Con riferimento alla previsione di cui alla lettera c) ed al verificarsi della cessazione dell'effetto ostativo dei reati, si segnalano alcuni casi pratici di legali rappresentanti di O.E. che - ai fini della partecipazione ad una gara - dichiarano di aver subito condanne potenzialmente incidenti sulla moralità professionale e contestualmente dimostrano di aver presentato istanza di riabilitazione/estinzione al Tribunale competente prima della presentazione dell'offerta ed - eventualmente - atti acceleratori della procedura (es. istanza di sollecito affinché il Tribunale provveda).

Pur nella consapevolezza dell'orientamento giurisprudenziale che presuppone il necessario intervento ricognitivo del giudice, ci si domanda se sia opportuno che - nei casi ora citati - qualora la S.A. consideri i reati commessi come potenzialmente incidenti sulla moralità professionale (con conseguente necessità di esclusione del concorrente in questione), sia opportuno provvedere in tal senso ovvero rimanere in attesa della pronuncia di riabilitazione/estinzione, a tutela delle possibili ragioni dell'O.E. che si è attivato anteriormente alla procedura di gara ed in considerazione del fatto che il giudice dell'esecuzione è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento.

Inoltre, si richiede conferma del fatto che, in caso di esclusione di un O.E. per carenza del requisito di cui all'art. 38 lettera c), non in concorso con la falsa dichiarazione, la S.A. debba comunicare detta esclusione all'Autorità; si richiede infine se debba doverosamente provvedere alla escussione della cauzione provvisoria o se tale possibilità esista solo se prevista nella *lex specialis*.

Con riferimento alla previsione di cui alla lettera e) dell'art. 38, la determinazione n. 1 del 2008 - richiamata nel Documento Base - ha previsto l'obbligo di comunicazione, da parte delle S.A. delle notizie, acquisite nel corso della gara anche per effetto dell'autodichiarazione dell'operatore economico concorrente, relative a violazioni, anche non gravi, in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, che non abbiano comportato l'esclusione dalla gara.

In tale contesto si chiede conferma della circostanza che le notizie da segnalare siano solo quelle divenute note nella fase di gara e non nella fase di esecuzione contrattuale.

Come noto la Consip, in qualità di Centrale di Committenza, stipula convenzioni quadro per la fornitura di beni e servizi destinati alle Amministrazioni aderenti.

In un simile contesto la Consip è pertanto in condizioni di comunicare unicamente le violazioni rilevate nella fase di aggiudicazione della gara, lasciando eventualmente alle Amministrazioni aderenti alla Convenzione l'obbligo di comunicare tutte le violazioni individuate durante lo svolgimento dei singoli contratti esecutivi della Convenzione, analogamente a quanto avverrà sul sistema SIMOG per le informazioni relative alla fase esecutiva.

Con riferimento alla previsione di cui alla lettera g) dell'art 38 circa le violazioni degli obblighi fiscali definitivamente accertate, si segnala che la Consip, in riscontro alle dichiarazioni rese dall'O.E., riceve dagli Uffici locali dell'Agenzia delle Entrate i Certificati dei Carichi Pendenti risultanti al Sistema Informativo dell'Anagrafe Tributaria, che, frequentemente, non chiariscono la definitività delle violazioni stesse.

In particolare questa S.A. si trova spesso ad esaminare Certificati di Carichi Pendenti che riportano delle evidenze non in linea con le indicazioni della circolare 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007; a titolo di esempio non sempre risulta l'indicazione separata delle violazioni non definitivamente accertate e delle violazioni definitivamente accertate. Tale perdurante situazione costringe la S.A. a richiedere ulteriori chiarimenti all'Agenzia delle Entrate e - nei casi in cui residuano dubbi - ad avviare procedimenti in contraddittorio con l'O.E. per la verifica delle concrete circostanze di fatto. A mero titolo informativo, si allegano alcuni esempi di Certificati ricevuti.

Con riferimento alla previsione di cui alla lettera i) dell'art. 38 per quanto riguarda le "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali" si sottopone alla valutazione di codesta Autorità, un residuo dubbio interpretativo circa la corretta modalità di valutazione della sussistenza di detto requisito.

Il D.M. del 24 ottobre 2007 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, citato nel Documento Base, statuisce che "...non osta al rilascio del D.U.R.C. uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto Previdenziale e a ciascuna Cassa Edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate...". Tale previa valutazione effettuata dagli istituti previdenziali in sede di rilascio del D.U.R.C. non sembra lasciare in capo alla S.A. una specifica attività di valutazione sulla gravità e definitività della violazione (CdS 23 gennaio 2008, n. 147, CdS 23 ottobre 2007, n. 5574).

Tuttavia, altra giurisprudenza (CdS 24 agosto 2004, n. 1961, CdS 27 febbraio 2008, n. 716) individua, nel caso di irregolarità risultanti dal D.U.R.C., una attività di valutazione in capo alla S.A. circa la ricorrenza degli elementi di gravità e definitività delle violazioni.

Non risulta chiaro però - in tale ultima ipotesi - sulla base di quali elementi (ad es. documentali) la S.A. possa svolgere una tale valutazione.

Come già accennato, in relazione alle previsioni dell'art. 38 comma 1 lett. a, b, d, f, l, m, m bis, m ter e m quater, le informazioni e le considerazioni contenute nel Documento Base per l'audizione appaiono esaustive e del tutto coerenti con le problematiche applicative che la Consip si trova ad affrontare nella sua attività di stazione appaltante.

Infine, si desidera cogliere l'occasione per sottoporre all'attenzione di codesta Autorità un quesito relativo ad una fattispecie non immediatamente ricollegabile alle previsioni contenute nel documento oggetto della presente comunicazione.

Si tratta del caso in cui viene richiesto, quale condizione per l'aggiudicazione e l'esecuzione di un appalto, l'esecuzione di un'obbligazione di fare rispetto alla quale il concorrente assume, in sede di

partecipazione alla gara, un preciso impegno. A titolo di esempio, si può citare la dichiarazione d'impegno alla costituzione di una rete di esercizi convenzionati (per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante gara buoni pasto) o di officine autorizzate per la manutenzione di veicoli (nelle gare di noleggio o acquisto di auto).

La compiuta esecuzione dell'obbligazione sopra indicata viene verificata dalla stazione appaltante decorso un termine prefissato dalla comunicazione di aggiudicazione provvisoria ed anteriormente alla aggiudicazione definitiva, per la quale è condizione necessaria.

Ove pertanto tale obbligazione non venga rispettata, la stazione appaltante procederà all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, con conseguente scorrimento della graduatoria.

Ci si domanda se si tratti di un evento da comunicare a codesta Autorità ed, in caso affermativo, in quale fattispecie debba essere ricondotto, non sembrando in prima battuta tale fattispecie rientrare né nella mancata dimostrazione del possesso dei requisiti speciali di cui all'art. 48 né nella grave negligenza di cui all'art. 38, comma 1, lett. f).

Si ringrazia codesta Autorità per la preziosa opportunità concessa a questa Stazione Appaltante di condividere la logica di un provvedimento finalizzato ad una trattazione uniforme della disciplina relativa ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del d.lgs 163/2006.