

IGI

Istituto Grandi Infrastrutture

Audizione

dell'

11 novembre 2009

presso

**l'Autorità per la Vigilanza
sui contratti pubblici**



Istituto Grandi Infrastrutture

**Osservazioni e proposte
sull'**

ARTICOLO 38

(Requisiti di ordine generale)

Si tratta di una disposizione che ha dato luogo ad un contenzioso molto esteso, e ciò sostanzialmente per due motivi: a) l'indeterminatezza di molte delle lettere che compongono il comma 1; b) la mancata indicazione del periodo massimo di tempo durante il quale l'infrazione comporta l'esclusione dalla gara.

Al riguardo, è indicativo il disposto della lettera c), che riguarda le pronunce irrevocabili per gravi reati che incidono sulla moralità professionale. La norma non elenca i reati né stabilisce dopo quanto tempo il soggetto può rientrare nel circuito delle gare. A sua volta, il concetto di moralità professionale dà luogo ad incertezze applicative che non trovano nemmeno il supporto della giurisprudenza, essendosi questa formata sul testo dell'articolo 75 del D.P.R. 554/1999, il quale esprimeva un diverso concetto, in quanto si riferiva separatamente a moralità e a professionalità.



Istituto Grandi Infrastrutture

Nel documento-base per l'Audizione, l'Autorità rimette alle singole stazioni appaltanti di stabilire se il reato è idoneo ad integrare la causa di esclusione. Sennonché, la fluidificazione della gara esige da parte dell' AVCP, un elenco dettagliato di reati, tenendo presente che la norma riguarda non tutti i reati, ma soltanto quelli consumati nei riguardi dello Stato o dell'Unione Europea e quelli di partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio.

Ma, a proposito della lett. c), va segnalata anche la difficoltà applicativa dell'ultima prescrizione riguardante i soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio. L'impresa può fare la dichiarazione soltanto con riferimento al periodo di permanenza del soggetto presso l'impresa stessa, ma non è in condizione di dare conto dell'attività del soggetto dopo che ha lasciato l'impresa. Quanto ai reati in cui fosse incorso prima dell' "assunzione" nell'impresa, ebbene questa situazione appare incompatibile con il concetto di dissociazione, che presuppone un rapporto legale tra i soggetti. Inoltre, occorre coordinare tale norma con le previsioni del D.Lgs. 231, di cui alla successiva lett. m).

Considerazioni analoghe si possono formulare anche con riferimento alla **lettera e)**, a proposito della gravità delle infrazioni e del concetto di "debitamente accertate". A questo riguardo, dovrebbe



Istituto Grandi Infrastrutture

essere chiaro che il compito della stazione appaltante dovrebbe risolversi nella sola verifica dei dati riportati nell'Osservatorio (perché non sul Casellario?).

Nel Documento-base, si richiama la Determinazione 16/23 – 2001, che si riferiva ad *“un accertamento definitivo di tipo giurisdizionale o amministrativo”*, ma poi si menziona la successiva Determinazione 13/2003 nella quale vi è un cambiamento di posizione, che rende meno certo il comportamento che debbono tenere le Stazioni appaltanti.

A nostro avviso, quel che decide dell'esclusione è se vi sia oppure no un'annotazione sull'Osservatorio.

Non meno problematica è anche l'applicazione della **lettera f)**, che contempla due ipotesi, vale a dire la grave negligenza o malafede in precedenti rapporti con la medesima stazione appaltante che bandisce la gara, e il caso dell'errore grave commesso con altre stazioni appaltanti oppure per attività svolte in proprio.

La prima ipotesi prescinde da accertamenti giudiziali o arbitrari, essendo rimessa al potere cautelare della stessa stazione appaltante, e dunque andrebbe trovato un temperamento delle



Istituto Grandi Infrastrutture

opposte posizioni essendo immaginabile che l'impresa contesti la commissione della grave negligenza o della malafede.

Ancora più indeterminata è la seconda ipotesi relativa all'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale. Anche in questo caso occorre trovare un punto fermo in ordine all'espressione "*accertato con qualsiasi mezzo di prova*". Per assicurare una valutazione uniforme, dovrebbe spettare all'AVCP l'esame del caso concreto ai fini dell'annotazione nel Casellario e della conseguente esclusione dalle gare.

Neppure la **lettera g)** si sottrae a rilievi critici di difficoltà interpretativa, con riferimento ai casi di infrazioni modeste oppure di infrazioni sanate. Anche in questa fattispecie andrebbe inserito il concetto di gravità. Soprattutto, è necessario che sia l'Agenzia delle entrate a fornire indicazioni in tal senso essendosi riscontrato un comportamento non uniforme da parte delle sedi periferiche dell'Amministrazione fiscale.

In merito poi alla **lettera h)** suscita perplessità innanzitutto la circostanza che sia prevista una sanzione aggiuntiva qual è l'esclusione dalle gare per un anno, quando l'articolo 45 della Direttiva 18 contempla la sola esclusione e per di più a seguito di comportamento "*gravemente colpevole*".



Istituto Grandi Infrastrutture

Inoltre, la norma non è coordinata con il successivo art. 48 del Codice, il quale prevede che l'Autorità possa sanzionare la falsa dichiarazione relativa ai requisiti speciali con una sospensione dalle gare che può andare da un mese ad un anno.

La stessa applicabilità ai **subappalti** presenta aspetti problematici dal momento che la falsa dichiarazione resa al privato (appaltatore) non ha la stessa rilevanza esterna di quella compiuta nei confronti della pubblica amministrazione.

Infine, non si comprende se il dies a quo della decorrenza dell'anno coincida con la data della falsa dichiarazione in sede di gara oppure con l'annotazione nel casellario informatico.

A quest'ultimo proposito, desta perplessità l'orientamento che accolla alle stazioni appaltanti l'onere dell'istruttoria (e quindi della decisione) in ordine all'annotazione nel casellario.

Con riferimento alla **lettera m-bis**, andrebbe chiarito se l'interdizione dalle gare riguardi: 1) soltanto i lavori, e quindi l'impresa potrebbe operare senza impedimenti nelle forniture e nei servizi; 2) soltanto le gare relative alla categoria in relazione alla quale vi è stata la falsa dichiarazione; 3) soltanto i rapporti con le



Istituto Grandi Infrastrutture

Stazioni appaltanti e non anche quelli con gli appaltatori, ovviamente nelle categorie diverse da quella oggetto di sospensione o decadenza; se cioè l'impresa possa continuare a rendersi subappaltatore.

Quanto alla lettera m-ter), pur con tutte le riserve sulla sua costituzionalità in rapporto all'articolo 41 Cost., non si comprende il motivo per il quale la pubblicazione avvenga sul sito dell'osservatorio anziché sul casellario informatico.

A proposito della lettera m-quater), andrebbe chiarito se la violazione della relativa prescrizione comporti l'esclusione dalla gara o anche la sanzione della falsa dichiarazione di cui alla lettera h).

Resta il problema della difficoltà che le stazioni appaltanti incontreranno al fine di appurare le intese fraudolente tra soggetti legati da vincoli societari, atteso che molti dei sintomi di collegamento sostanziale individuati dalla giurisprudenza potrebbero non attagliarsi allorché le imprese, facendo capo ad un unico plesso societario, si avvalgono dello stesso mezzo di recapito dell'offerta o dello stesso fideiussore, e ciò per esigenze di risparmio. Piuttosto, v'è da domandarsi se non sia un sintomo di intesa vietata la circostanza che l'impresa dichiarante sappia che alla medesima gara concorre altra impresa ad essa legata da rapporto societario.



Istituto Grandi Infrastrutture

PROPOSTE

Alla luce delle riflessioni che precedono, l'IGI è del parere che potrebbe contribuire in maniera determinante alla fluidificazione delle gare **una soluzione** che affidasse all'Autorità per la Vigilanza il compito di valutare se annotare la circostanza nel casellario e la decisione di graduare anche in termini di tempo la sanzione. A tale ultimo riguardo, occorre considerare la possibilità di introdurre, per i casi di cui alle **lettere h) ed m-bis)** meccanismi alternativi quali l'applicazione di sanzioni pecuniarie oppure la sospensione dalle gare per periodi rapportati alla gravità dell'infrazione.