



Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti
Ufficio Legislativo

M_INF-GABINETTO
Ufficio Diretta Collaborazione Ministro
UFFLEGISL
REGISTRO UFFICIALE
Prot. 0044828-11/11/2009-USCITA

Alla Autorità per la Vigilanza sui contratti
Pubblici di lavori servizi e forniture

Oggetto: Audizione presso l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici sulle problematiche applicative dell'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Con riferimento alla nota n. prot. 61641 del 23.10.2009, e al contenuto del documento "base" predisposto da codesta Autorità in vista dell'audizione prevista per il giorno 11 novembre p.v. sull'argomento in oggetto, si richiama l'attenzione su alcune specifiche questioni, evidenziate nel prosieguo.

1. Con riferimento al comma 1, lett. b), dell'art. 38 (Insussistenza di misure di prevenzione o di cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575) si ritiene opportuno richiamare nel documento anche la normativa inerente l'informazione antimafia nel settore dei pubblici appalti di cui al d.P.R. n. 252 del 3.6.1998, recante "Regolamento per rilascio comunicazioni e informazioni antimafia".

2. Con riferimento al comma 1, lett. e), dell'art. 38 (Infrazioni in materia di sicurezza e di altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro) merita un approfondimento l'orientamento secondo il quale, nelle more dell'integrazione dei dati del Casellario, possono rilevare, ai fini dell'esclusione, le informazioni "comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante".

Al riguardo, sulla base del tenore letterale della norma, che non sembrerebbe lasciare spazio a diverse interpretazioni, si potrebbe ritenere che le violazioni da dichiarare debbano risultare unicamente dai dati in possesso dell'Osservatorio. In tal senso si è espressa in passato larga parte della giurisprudenza amministrativa. Nella sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 aprile 2003, n. 2401, si sostiene che "l'esclusione dalle procedure e il divieto di stipulare i contratti ex art. 75/1 e cit. sono subordinati alla

circostanza che le suddette gravi infrazioni risultino "dai dati in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici" (...) la circostanza (...) secondo la quale i dati in possesso dell'Osservatorio sarebbero scarsissimi, costituisce un inconveniente di mero fatto che potrà, semmai, indurre i soggetti interessati a formulare al Governo proposte di modifica dell'art. 75/15, ma che non appare idonea a giustificare un'interpretazione della norma diversa da quella che si ricava dall'esame letterale (ma non anche logico) della stessa, tanto più che trattasi di norma recante causa di esclusione da gare di appalto, come tale di stretta interpretazione". Dello stesso tenore è la sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. 1, 3 febbraio 2004, n. 120 che afferma che *"Per espresso disposto dell'art. 75 citato non qualsiasi inadempienza è sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara, in quanto deve trattarsi di gravi infrazioni agli obblighi di lavoro che siano state debitamente accertate, ed inoltre dette gravi infrazioni devono risultare dai dati comunque in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici (...) il chiaro disposto dell'art. 75 in parte de qua preclude che possa procedersi ad esclusione a fronte di qualsiasi inadempienza comunque accertata dal seggio di gara; la disposizione richiede infatti che le infrazioni risultino dai dati in possesso dell'Osservatorio presso l'Autorità di Vigilanza".*

Tuttavia, anche alla luce delle più recenti disposizioni normative in materia di tutela e sicurezza dei lavoratori, resta fermo che, nell'ipotesi in cui siano state accettate infrazioni in materia di sicurezza e di altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro, anche laddove non risultino iscritte nel casellario, le stesse costituiscono l'impossibilità di aggiudicazione del contratto ove rilevino ai fini del rilascio del DURC che tiene conto di tale tipologia di violazioni, oltre che delle violazioni in materia di regolarità contributiva e previdenziale.

3. Con riferimento al comma 1, lett. h), dell'art. 38 (False dichiarazioni), si segnala che la disposizione relativa all'esclusione per false dichiarazioni, in quanto prescinde da ogni valutazione sull'elemento soggettivo del falso, potrebbe porsi in contrasto con il diritto comunitario, che all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, sanziona con l'esclusione solo chi si è reso "gravemente colpevole" di false dichiarazioni.

Una parte della giurisprudenza italiana già valorizza l'elemento soggettivo della "falsa dichiarazione", atteso che è falso non tutto ciò che non è rispondente al vero, ma ciò che dolosamente o con grave colpa non risponde al vero. Tuttavia tale problematica potrebbe richiedere un chiarimento normativo volto ad evitare la procedura di infrazione comunitaria; in quella sede potrebbe trovare soluzione anche la questione strettamente connessa riguardante l'automatismo o meno dell'iscrizione nel casellario da parte dell'Autorità, a seguito della segnalazione della stazione appaltante di falsa dichiarazione, sulla quale la giurisprudenza non esprime un univoco orientamento, anche se sembrerebbe che la falsa dichiarazione, proprio perché il falso implica un apprezzamento, non potrebbe formare oggetto di una iscrizione automatica, come per altri dati che non implicano un apprezzamento,

ma sembrerebbe richiedere una valutazione previo contraddittorio, come peraltro prevede la delibera dell'Autorità istruttoria del casellario informatico per servizi e forniture.

Per quanto riguarda il contenuto del documento predisposto dall'Autorità, rispetto al contrasto giurisprudenziale circa la sussistenza o meno di falsa dichiarazione da parte del concorrente che in sede di gara non dichiara tutte le condanne e le violazioni, laddove il bando di gara richieda la generica dichiarazione di non aver commesso gravi violazioni o che non siano state pronunciate sentenze definitive per reati gravi, si ritiene necessario che alle stazioni appaltanti sia fornita chiara indicazione circa la necessità di prevedere espressamente nel bando che la dichiarazione del concorrente deve indicare in modo completo ed esaustivo tutte le condanne e le violazioni, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutarne la gravità ai fini dell'ammissione del concorrente alla gara.

Qualora nelle dichiarazioni sia omessa l'indicazione di condanne estinte o depenalizzate, si ritiene che tale omissione non rilevi ai fini della falsità della dichiarazione, in quanto elemento che non incide ai fini della partecipazione alle gare, condividendo l'orientamento espresso dal TAR Lazio Sez. II-quater, 22 settembre 2009, n. 7483, fondato sul tenore letterale della disposizione di cui all'articolo 38, comma 1, lett. c), laddove prevede che *"resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale"*.

4. Con riferimento al comma 1, lett. d), dell'art. 38 (irregolarità contributiva), per quel che concerne la questione della validità temporale del D.U.R.C., si ritengono condivisibili le motivazioni della sentenza del TAR Puglia, Lecce Sez. III -16 ottobre 2009 n. 2304, citata nel documento, che si pronuncia nel senso della validità trimestrale del D.U.R.C. negli appalti pubblici, derivante dalla statuizione in tal senso da parte di disposizione legislativa di rango primario.

5. Con riferimento al comma 1, lett. m-quater), dell'art. 38 (Situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. ed imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale), ai fini di una definitiva disamina della fattispecie, si ritiene opportuno attendere la conversione in legge del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135.

IL CAPO DELL'UFFICIO

(Cons. Gerardo Mastrandrea)

