

Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture - Art. 38 del D. Lgs. 163/06 e s.m.i.

Osservazioni al documento base per l'Audizione AVCP del 11 novembre 2009

A premessa delle osservazioni relative ai singoli requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 co. 1 D.Lgs. 163/2006 si vuole porre l'attenzione su due punti fondamentali:

- 1) L'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000 e ss. mm.ii., in materia di **controlli sulle dichiarazioni sostitutive**, prevede che *“Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47”*. Non sussiste, pertanto, alcun obbligo generale di controllo, obbligo che snaturerebbe la stessa funzione dell'istituto della dichiarazione sostitutiva. Queste essendo le regole generali in materia di documentazione amministrativa, non pare revocabile in dubbio che laddove la legge impone di verificare *“tutti i requisiti dell'impresa richiedente”*, quindi escludendo la possibilità di una verifica a campione, non ha alcun fondamento la richiesta di autocertificazione: in particolare, con riferimento ad esempio alle condanne penali od alla regolarità contributiva, il controllo obbligatorio su ogni soggetto e su ogni impresa comporta in re ipsa l'inapplicabilità e l'inutilità della relativa autocertificazione, che, al contrario, risulterebbe avere un puro intento persecutorio.
- 2) In merito al nulla osta antimafia od anche alla irregolarità fiscale : il rispettivo e relativo giudizio negativo sul possesso di tali requisiti deve senza dubbio provenire ed essere oggetto di esclusiva valutazione delle amministrazioni a ciò preposte senza che alla SOA possa essere lasciata ogni discrezionalità di giudizio in merito. Tale compito infatti non solo è escluso dalla legge (per.es. in materia di mancato pagamento di imposte e tasse si parla di violazioni senza riferimenti a valutazioni in termini di gravità) ma svilirebbe ancor di più il principio di certezza e parità di trattamento.

1. *Insussistenza di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, comma 1, lett. a)*

La disposizione in esame ed i commenti dell'Autorità non chiariscono i seguenti punti:

- 1) Quando è che il procedimento di fallimento deve ritenersi pendente, visti i rischi connessi dell'anticipazione di tale momento al mero deposito?
- 2) se la liquidazione volontaria possa costituire causa di esclusione dalla partecipazione alla gara o può ritenersi esclusa dal novero del comma in parola;
- 3) fino all'entrata in vigore del Nuovo Regolamento e quindi dell'applicazione del chiaro disposto in esame, le imprese in amministrazione straordinaria che intendano qualificarsi potranno farlo?

L'AVCP ha scritto: "Quanto alla sopra citata ipotesi dell'amministrazione straordinaria di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, si ritiene, in ciò confortati dalla prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4241 e da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727) che non rappresenti causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, anche considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni analoghe contenute nell'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE." . dunque perché . 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE." . Pertanto se tale ipotesi si ritenesse invece rilevante per la qualificazione si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento.

2. *Insussistenza di misure di prevenzione o di cause ostative previste dall'art.10 della legge 31 maggio 1965, n.575 (art. 38, comma 1, lett. b)*

Come noto, l'art. 38 comma 2, enuncia il principio generale che i requisiti di ordine generale possono essere attestati mediante dichiarazione sostitutiva in conformità al D.P.R. 445/2000. Pertanto si ritiene che tale principio possa essere applicato anche alla qualificazione e far sì che le imprese possano dichiarare la sussistenza di tale requisito – quando non trascritto sul Certificato della camera di Commercio - mediante autocertificazione, salvo l'obbligo delle SOA di verificarne l'effettivo possesso.

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

Poiché il documento tace invece il rapporto tra discrezionalità di S.A. o SOA e il potere di Vigilanza della Autorità, per non addivenire a valutazioni palesemente contrastanti, si ritiene che:

1) debba essere posto un limite temporale pari a tre o cinque anni, nel senso che debbano essere considerati rilevanti (e, quindi da sottoporre a valutazione) unicamente i decreti penali di condanna irrevocabili e le sentenze penali di condanna, pateggiate e non pateggiate, passate in giudicato emessi nel triennio o nel quinquennio antecedente la data di stipula del contratto con la SOA per il rilascio dell'attestazione di qualificazione;

2) tra gli elementi da tener presente per la valutazione della gravità del reato va considerato anche il tempo trascorso dalla commissione del reato medesimo, in quanto spesso, a causa dei vari gradi di giudizio, del notevole carico di lavoro dei magistrati e dei tempi tecnici necessari per eventuali perizie, le sentenze definitive vengono emesse molti anni dopo rispetto alla data di commissione del reato;

3) le disposizioni relative ai soggetti cessati dalla carica "nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara" non debbano interessare la qualificazione ed essere oggetto di valutazione da parte delle SOA, in quanto tali disposizioni sono rivolte unicamente alle Stazioni Appaltanti.

4) In considerazione dell'acquisizione diretta da parte delle SOA del Casellario Giudiziale Integrato per la verifica dell'assenza di reati incidenti sulla moralità professionale in capo a tutti i soggetti controllati, si ritiene superfluo che tali soggetti debbano rilasciare l'autodichiarazione (v. considerazioni in premessa).

5) Al fine di rendere il più uniforme possibile l'interpretazione sulla rilevanza o meno dei reati, sarebbe utile che l'Autorità, la quale raccoglie le informazioni di tutti gli operatori (SOA e S.A.) si facesse carico, anche annualmente, di rendere note le motivazioni adottate dagli stessi in caso di diniego del riconoscimento del requisito di moralità professionale.

4. *Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, comma 1, lett. e)*

Si ritiene che il requisito vada dimostrato solo in sede di gara e non in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione.

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

Dal documento si evince che le violazioni de quibus devono risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Dovrà esser precisato con maggior chiarezza che siffatte infrazioni, una volta pubblicate, costituiscono motivo di esclusione e/o di diniego della qualificazione, senza valutazioni discrezionali da parte delle SOA e delle S.A.. Altrimenti sarà opportuno che venga posto un limite temporale pari a tre o cinque anni, nel senso che debbano essere considerati rilevanti (e, quindi da sottoporre a valutazione) unicamente le gravi infrazioni debitamente accertate nel triennio o nel quinquennio antecedente la data di stipula del contratto con la SOA per il rilascio dell'attestazione di qualificazione.

6. *Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f). pag 17*

Si ritiene che tale requisito sia di difficile applicazione per le SOA posto che queste non possono essere chiamate a valutare sulla base di un rapporto fiduciario diretto con l'impresa per un singolo lavoro bensì per tutti i lavori di una determinata categoria a cui l'impresa aspira.

In particolare, tale requisito, che comunque per le SOA dovrebbe essere limitato al solo caso di "errore grave" , risulta facilmente apprezzabile dalla S.A. che può utilizzare infatti qualsiasi mezzo di prova mentre la stessa valutazione risulta piuttosto complessa se non addirittura impossibile per la SOA che si troverebbe ad approfondire nel merito ogni singolo caso con un'istruttoria coinvolgente non solo l'impresa ma anche la S.A. interessata.

Occorre trovare congiuntamente una soluzione.

7. *Violazioni di obblighi fiscali (art. 38, comma 1, lett. g). pag. 19*

Per i motivi già indicati in premessa sarebbe auspicabile che l'Amministrazione Fiscale indichi l'irregolarità a carico dell'impresa tenendo conto esclusivamente delle violazioni definitivamente accertate e, quindi, senza lasciare alcun margine di valutazione alla SOA (come d'altronde stabilito al punto g) co.1 dell'art. 38 D.Lgs cit.) Inoltre, per una maggior celerità nell'istruttoria, viste le innumerevoli difficoltà riscontrate dalle SOA nell'ottenere risposta dalle Amministrazioni finanziarie, si potrebbe far acquisire il documento direttamente all'impresa e, in caso di dubbi sulla sua autenticità, la SOA potrebbe chiederne la verifica.

8. *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 (art. 38, comma 1, lett. h.).*

La sussistenza di annotazioni inerenti false dichiarazioni integra un requisito ostativo al rilascio della qualificazione anche se trattasi di mere variazioni.

Tuttavia, trattandosi di una sanzione inflitta all'impresa a tempo definito, si ritiene non possa essere trasmessa anche ad eventuali aventi causa, vale a dire che in caso di cessione di azienda (o di un suo ramo) l'impresa cessionaria possa sempre richiedere il rilascio dell'Attestazione di Qualificazione (utilizzando i requisiti della cedente) anche se non è decorso il termine di 1 anno dall'inserimento, nel Casellario delle Imprese presso l'Osservatorio, dell'annotazione relativa all'impresa cedente.

9. Irregolarità contributiva (art. 38, comma 1, lett. i.) pag. 27

La tesi 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", indipendentemente dalla quantità o dalla conoscibilità della irregolarità, dovuto al diverso accertamento che consegue alla richiesta del DURC da parte dell'impresa stessa, rischia di avere pesantissime conseguenze sulle imprese che possono essere colpite con l'interdizione annuale di cui alla lett. h) dell'art. 38 anche in caso ritardo nel pagamento di una sola rata o per la mancata accettazione "formale" di una rateizzazione di detto debito. Non solo, è esplicitamente escluso che l'impresa possa sanare la propria irregolarità, ciò non superando la falsa dichiarazione iniziale.

Si ritiene pertanto opportuno che la valutazione di "violazione grave" venga parametrata al complesso aziendale e non ad un valore percentuale astratto.

In merito alla inutilità dell'autocertificazione, dato che trattasi di verifica da effettuarsi per tutte le imprese da qualificare, si richiama quanto detto in premessa.

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

Si accoglie con grande favore il principio secondo cui l'indagine circa l'elemento soggettivo della imputabilità del falso debba essere impostata dall'Autorità, nella veste di organo terzo e imparziale, e non dalle SOA e si auspica che l'Autorità assuma in suo potere anche l'irrogazione del provvedimento di decadenza.

Si ritiene, inoltre, che debba essere individuato un termine (ad esempio 1 anno dall'inserimento della relativa annotazione nel Casellario Informativo delle Imprese) oltre il quale la dichiarazione di decadenza dell'Attestato SOA per falsa documentazione/false dichiarazioni non abbia più rilevanza.

Si insiste nel sostenere che l'impostazione logico-sistematica alla base della Determinazione n. 16-23/2001 (applicazione analogica alla fattispecie di cui all'art. 17 comma 1 lettera m) del D.P.R. n. 34/2000 del termine di 1 anno previsto dall'art. 75 comma 1 lettera h) del D.P.R. n. 554/1999) debba oggi essere applicata anche con riferimento all'art. 38 comma 1 lettera m-bis, in quanto una interdizione a vita alla partecipazione alle gare d'appalto ed

all'ottenimento di una nuova attestazione sembra essere una sanzione abnorme (ed presumibilmente lesiva dei diritti costituzionali – es. proporzionalità della pena).

Infine si ritiene che l'estensione sine die della sanzione della decadenza non possa riflettersi anche sulle operazioni di trasferimento dell'azienda colpita dalla sanzione medesima. Pertanto, fintantoché anche la sanzione non venga riportata nell'alveo di una durata massima di 12 mesi, appare ragionevole e fondato ritenere che anche il riconoscimento dei requisiti della cedente, alla quale è stata applicata la sanzione in oggetto, potrà essere effettuato in favore della cessionaria una volta decorso il termine annuale.