

Un anno di modifiche dei requisiti generali per le gare
18 Luglio 2012

Premessa

L'Autorità con la determinazione n. 1/2012 - pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 141 del 19-6-2012 - è tornata ad occuparsi dei requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. La determinazione propone alcune soluzioni interpretative rese necessarie a seguito dei numerosi interventi normativi, intervenuti sulla materia dopo la determinazione n. 1/2010 in cui la stessa Autorità aveva già affrontato l'argomento. In particolare, con la determinazione n. 1/2012, si forniscono chiarimenti con riguardo alle seguenti cause di esclusione:

1. misure di prevenzione (articolo 38, comma 1, lett. b)
2. moralità professionale (articolo 38, comma 1, lett. c)
3. divieto di intestazione fiduciaria (articolo 38, comma 1, lett. d)
4. irregolarità fiscali (articolo 38, comma 1, lett. g)
5. falsa dichiarazione (articolo 38, comma 1, lett. h)
6. irregolarità contributive (articolo 38, comma 1, lett. i)
7. sospensione o revoca dell'attestazione SOA (articolo 38, comma 1, lett. m-bis)
8. omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (articolo 38, comma 1, lett. m-ter)
9. rapporti di controllo e collegamento sostanziale (modifiche all'articolo 38, comma 2 del Codice, in riferimento all'articolo 38, comma 1, lettera m-quater)
10. modifiche apportate al comma 1-bis dell'articolo 38

1. Misure di prevenzione (articolo 38, comma 1, lett. b)

Con il D.L. n. 70/2011 è stato **ampliato il novero dei soggetti** interessati dalla disposizione concernente l'esclusione dalle procedure di affidamento di chi è sottoposto a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia (*cf.* anche – allegata - circolare Min. Giustizia del 9 dicembre 2011).

Al riguardo, l'Autorità opera un indubbio sforzo interpretativo, cercando di colmare le lacune di un testo normativo che ha, da subito, posto notevoli difficoltà con riferimento alla locuzione "*persona fisica*" e "*socio di maggioranza*". L'Autorità ritiene che:

- a. l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione vada circoscritto al "**socio persona fisica**" non soltanto nel caso del socio unico, ma anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci;
- b. la locuzione "**socio di maggioranza**" vada interpretata nel senso di soggetto che controlla la società, anche se con maggioranza relativa;
- c. nel caso di **società con due soli soci** i quali siano in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni devono essere rese da entrambi i suddetti soci.

Al riguardo, l'interpretazione fornita dall'Autorità appare condivisibile ed in linea con quanto sostenuto dall'Ance.

L'Autorità precisa, altresì, che il procedimento di prevenzione è considerato "pendente", e quindi ostativo ai fini della partecipazione alle gare, a seguito dell'iscrizione, nell'**apposito registro della cancelleria del Tribunale**, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della Repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore).

Le stazioni appaltanti devono, pertanto, **acquisire, presso le cancellerie dei Tribunali, i documenti comprovanti** quanto attestato dal concorrente interessato con **dichiarazione sostitutiva** (cfr. artt. 43 D.P.R. n. 445/2000 e 81, comma 2, del D.lgs. n. 159/2011, il c.d. Codice antimafia, ai cui artt. 6 e 67 devono anche essere riferiti i richiami previsti all'art. 38, comma 1, lett. "b").

2. Moralità professionale (articolo 38, comma 1, lett. c)

La causa di esclusione in esame relativa alle sentenze di condanna, è stata oggetto del medesimo intervento legislativo estensivo, con riguardo ai soggetti che devono rendere le dichiarazioni. Si rimanda, pertanto, ai punti a), b) e c) sopra riportati. Con l'occasione, l'Autorità ha, inoltre, chiarito che, ai fini della dimostrazione del requisito di moralità professionale, devono necessariamente rendere dichiarazione:

1. tutti gli **amministratori muniti di potere di rappresentanza**, essendo irrilevante la ripartizione interna dei compiti e delle deleghe;

2. i **procuratori speciali** della società soltanto se muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori generali ricavabili dalla procura, compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la Pubblica Amministrazione.

Quanto al contenuto della dichiarazione, superando una giurisprudenza molto controversa, l'Autorità ora chiarisce che **tutti i reati**, indipendentemente dalla loro natura o dal conseguimento del beneficio della non menzione nel Casellario giudiziale, **debbono essere oggetto di dichiarazione** in sede di gara, eccetto il caso in cui:

- sia stata pronunciata dal giudice di sorveglianza la **riabilitazione del condannato**, ex art. 178 c.p. (che estingue le pene accessorie ed ogni effetto penale della condanna);

- sia stato **dichiarato estinto il reato** dal Tribunale per il decorso del termine di 5 anni o 2 anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ex art. 445, comma 2, c.p.p.;

- sia stata pronunciata dal giudice dell'esecuzione la **revoca della sentenza di condanna** o del decreto penale, o sia intervenuto un provvedimento legislativo di depenalizzazione.

L'omessa dichiarazione di una condanna, al di fuori dei casi sopra indicati, **legittima l'esclusione** dalla gara, non sussistendo alcun obbligo della stazione appaltante di vagliare la gravità del precedente penale omesso e **non potendosi configurare alcun dovere di soccorso istruttorio**.

Alla luce di tale posizione, appare quanto mai necessario per gli operatori economici provvedere anticipatamente alla "**visura**" del **Casellario Giudiziale** (cfr. l'art. 33 del D.P.R. 313/2002, Testo Unico sul Casellario) per conoscere tutti i provvedimenti a proprio carico, ancorché soggetti al beneficio della non menzione. In questo modo sarà possibile evitare che le eventuali carenze delle dichiarazioni rese alla stazione appaltante possano essere ricondotte a dolo o colpa grave (in ragione della rilevanza o della gravità dei fatti), e, quindi, comportare l'iscrizione nel casellario informatico della causa di esclusione di cui dall'art. 38, comma 1, lett. h).

Altra importante modifica apportata consiste nella riduzione **da tre anni ad un anno del periodo rilevante** per le **dichiarazioni sui soggetti cessati dalla carica** all'interno della società. Questa disposizione, fortemente voluta dall'Ance, riduce l'alea dell'impresa che mantiene la responsabilità per vicende relative a soggetti, ormai esterni all'organizzazione dell'impresa, per un periodo più ridotto.

Riguardo al problema della dissociazione della condotta dei suddetti soggetti, l'Autorità valorizza il nuovo dato letterale della norma che sembra non richiedere più atti di completa **dissociazione** dalla condotta del soggetto. Tuttavia a parere dell'Autorità - pur non fornendo la stessa indicazioni definitive sul punto - l'onere di fornire la prova della dissociazione grava sull'impresa al fine di evitare l'esclusione dalla gara. La dissociazione potrà consistere in qualsiasi atto che **interrompa il nesso di collegamento tra soggetto e impresa**. In tal senso, oltre all'avvio di un'azione risarcitoria o alla denuncia penale, potrebbe essere risolutoria anche l'estromissione del soggetto dalla carica e l'interruzione di qualsiasi rapporto con lo stesso.

3. Divieto di intestazione fiduciaria (articolo 38, comma 1, lett. d)

Il divieto di intestazione fiduciaria (ex art. 17, comma 3, L. n. 55/1999), volto a prevenire infiltrazioni malavitose nell'esecuzione degli appalti, è ora meglio circoscritto, essendo sancito che *“l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa”*. A tale proposito, l'Autorità precisa che:

- l'espressione **“accertamento definitivo della violazione”** richiama l'ipotesi di accertamento definito con provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile,
- l'**anno di interdizione** dovrebbe decorrere dal momento in cui diviene inoppugnabile il provvedimento dell'amministrazione aggiudicatrice/committente con cui è stata accertata la violazione dell'intestazione fiduciaria.

4. Irregolarità fiscali (articolo 38, comma 1, lett. g)

E' stato introdotto l'aggettivo **«gravi»** per definire le violazioni rilevanti, relative agli obblighi di pagamento di imposte e tasse.

Al riguardo, non residua in capo alla **stazione appaltante alcun margine di discrezionalità**, poiché la valutazione è effettuata a monte dal legislatore (art. 38, comma 2, del codice) che considera grave l'omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore **a 10.000 euro**. Si ricorda che, tuttavia, tale soglia può essere, con decreto dal Ministro dell'economia, aumentata fino al doppio oppure diminuita, ai sensi dell'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, D.P.R. n. 602/1973.

Accogliendo la tesi della giurisprudenza non possono più essere esclusi i soggetti che siano **in regola con i pagamenti previsti da un piano di rateizzazione**; ciò a condizione che si provi di aver beneficiato di tale misura entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta. La formulazione della norma, infatti, prevede che *«costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili»*.

5. Falsa dichiarazione (articolo 38, comma 1, lett. h)

Recependo gli orientamenti di Autorità e giurisprudenza, è stata riformulata la causa di esclusione determinata dall'**iscrizione di un'annotazione nel casellario informatico dell'Osservatorio per aver presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni** in relazione a requisiti o condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti.

L'Autorità precisa che questa causa di esclusione opera anche quando le false dichiarazioni siano state **rese in gara dal concorrente**. In tal caso, la **stazione appaltante è obbligata ad escludere l'impresa sulla base del dato oggettivo della falsità** commessa.

L'inserimento nel casellario, invece, presuppone una verifica da parte dell'Autorità, **escludendo ogni automatismo nella sanzione**, ben più grave, consistente nella preclusione dalla partecipazione ad altre gare. Si prevede infatti:

-un'indagine dell'Autorità sulla sussistenza del **dolo** o della **colpa grave**;

-una **graduazione della conseguente interdizione** «*fino ad un anno*», in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa attestazione.

Tale assetto appare pienamente in linea con i principi di colpevolezza e proporzionalità della sanzione, più volte evidenziati da questa Associazione e rispondenti ai canoni dell'ordinamento giuridico in materia di sanzioni.

6. Irregolarità contributive (articolo 38, comma 1, lett. i)

Riguardo le violazioni definitivamente accertate delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, è ora chiarito che l'emissione di un **D.U.R.C. irregolare equivale alla sussistenza di una grave irregolarità**, senza che al riguardo residui alcun margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante (art. 38, comma 2, del Codice).

L'accertamento è, inoltre, definitivo qualora **alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione** alla gara:

a. sia **spirato il termine per l'impugnazione** dell'atto di accertamento in sede amministrativa, o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo,

b. **non sia stato proposto ricorso giurisdizionale**.

Rimane fermo che il concorrente deve presentare una **dichiarazione di non trovarsi nella situazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. i)**, spettando, poi, alla stazione appaltante la verifica della sua correttezza tramite acquisizione d'ufficio del D.U.R.C.

7. Sospensione o revoca dell'attestazione SOA (articolo 38, comma 1, lett. m-bis)

In analogia a quanto previsto per le dichiarazioni rese in gara, la rilevanza della **falsa dichiarazione o documentazione resa alla SOA è soggetta alla verifica dell'elemento soggettivo di dolo o colpa grave** dell'operatore economico, nonché dell'analisi della rilevanza o della gravità dei fatti. Tuttavia, in questa ipotesi non è prevista alcuna modulazione dell'interdizione, che è stabilita in un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

8. Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (articolo 38, comma 1, lett. m-ter)

Nella causa di esclusione con cui si sanzionano le vittime di concussione o estorsione con l'aggravante della finalità mafiosa che omettono di denunciare tali reati, scompare il riferimento al fatto che tali soggetti non siano sottoposti all'applicazione di misure di prevenzione o che per gli stessi si ravvisi una causa ostativa di cui alla lettera b).

Viene precisato che la causa di esclusione non opera ove:

-il fatto sia commesso in presenza di una **causa di giustificazione** (adempimento di un dovere, esercizio di una facoltà legittima, stato di necessità o legittima difesa);

-sia trascorso più di **un anno dalla pubblicazione del bando** di gara (precedentemente erano previsti tre anni).

9. Rapporti di controllo e collegamento sostanziale (modifiche all'articolo 38, comma 2 del Codice, in riferimento all'articolo 38, comma 1, lettera m-quater)

In merito al collegamento sostanziale tra più concorrenti alla medesima procedura di affidamento, le nuove disposizioni sono incentrate sull'**indipendenza di ogni singola offerta**. Pertanto, mentre il concorrente dovrà evidenziare, sulla base dei tre modelli di dichiarazione previsti dal codice, che l'offerta è stata formulata autonomamente, la stazione appaltante si accerterà che non vi sono due o più **offerte riconducibili ad un unico centro decisionale**.

Come evidenziato dall'Autorità, la valutazione dell'indipendenza è fatta **sulla base del contenuto sostanziale dell'offerta** (quindi dopo l'apertura delle buste), di conseguenza è venuto meno l'obbligo da parte del concorrente di presentare una busta con gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta stessa.

10. Modifiche apportate al comma 1-bis dell'articolo 38

Per favorire l'occupazione e non disperdere l'avviamento di un'impresa, il legislatore consente all'azienda sequestrata o confiscata, ed affidata ad un custode o ad un amministratore giudiziario, di partecipare alle gare pubbliche, ciò nonostante questa, a causa dell'attività pregressa, possa presentare una o più cause di esclusione.

Questa possibilità non esonera più queste imprese dal **rispettare le cause di esclusione che siano nel frattempo sopravvenute** (si pensi ad es. ad una irregolarità contributiva), come risultava invece dalla formulazione precedente.