

*Si ricorda che tutta la documentazione segnalata viene inserita sul sito
www.serviziparlamentari.eu*

- Normativa nazionale

- Ministero dell'Economia e delle Finanze – Decreto 18 giugno 2010 - Rilevazione dei tassi effettivi globali medi. Periodo di rilevazione: 1° gennaio-31 marzo 2010. Applicazione dal 1° luglio fino al 30 settembre 2010 (legge 7 marzo 1996, n. 108). (GU n. 150 del 30-6-2010). [\(Decreto\)](#)

- A cura dell'Avv. Giusy Violante

"Le cause di esclusione" degli operatori economici dagli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici -D.Lgs. n. 163/2006- e il complesso sistema delle aggiudicazioni. Legislazione, prassi e giurisprudenza a confronto. [\(Articolo\)](#)

- Giustamm.it

- Si Segnala:

- Contratti pubblici - "Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza"* del Prof. **Fabrizio Fracchia.**

- Consiglio dei Ministri

- Il Consiglio dei Ministri si è riunito oggi 30 Giugno 2010, alle ore 17,50 a Palazzo Chigi, sotto la presidenza del Ministro Altero Matteoli, a norma dell'art.8 della legge n.400 del 1988.

Segretario, il Sottosegretario di Stato alla Presidenza, Gianni Letta. Alle ore 18,40, allontanatosi il Ministro Matteoli, la Presidenza è stata assunta dal Ministro Umberto Bossi.

02/07/10

“Le cause di esclusione” degli operatori economici dagli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. L’articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici -D.Lgs. n. 163/2006- e il complesso sistema delle aggiudicazioni. Legislazione, prassi e giurisprudenza a confronto.

I requisiti di ordine generale disciplinati all’articolo 38 del Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (di seguito, Codice), sono stati oggetto di modifiche e integrazioni nei provvedimenti più disparati, a partire dal 12 aprile 2006 e sino alla recente Legge Comunitaria n. 166/2009.

Dopo i tre Decreti correttivi al Codice, ed a partire dal terzo D.Lgs. n. 152/2008, le ulteriori cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica non sembrano essersi semplificate, ma sono state integrate, in più occasioni, da altre ulteriori nuove cause disciplinate:

- all’articolo 2, comma 19, della Legge 15 luglio 2009, n. 94, con le lettere m-ter¹ del comma 1 e il comma 1-bis²;
- all’articolo 3, commi 1 e 2, della Legge 20 novembre 2009, n. 166, con la lettera m-quater³;

¹ Lettera m-ter Art. 38 D.Lgs. n. 163/2006: 1. *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:..... lettera m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo state vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all’autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall’articolo 4, primo comma, dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell’imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all’Autorità di cui all’articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell’Osservatorio”.*

² Comma 1-bis Art. 38 D.Lgs. n.163/2006: *“I casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell’articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario”.*

³ Lettera m-quater Art. 38 comma 1 D.Lgs. n. 163/2006: *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti lettera m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”. Lettera m-quater Art. 38 comma 2: “Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l’offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell’offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l’eventuale esclusione sono disposte dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica”.*

e successivamente rivisitate dai recenti provvedimenti dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, quali:

- la Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, pubblicata sulla G.U.R.I. del 20 marzo 2010, n. 66, recante i *"Requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi"*;
- la Delibera del 16 febbraio 2010, recante il *"Regolamento per la pubblicazione sul sito web degli atti dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*, pubblicata sulla G.U.R.I. del 20 marzo 2010, n. 66, in applicazione del Protocollo d'Intesa del 1 ottobre 2009 tra il Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e l'AVCP, in materia di rafforzamento del SPC per lo sviluppo e il completamento di tutte le funzionalità del sistema informatico dell'Osservatorio dell'AVCP per la raccolta e la gestione on line dei dati sui contratti di lavori, servizi e forniture, con l'implementazione e lo sviluppo di specifici servizi web di cooperazione applicativa, certificata e sicura, grazie ai quali si ridurranno i costi sia per le Stazioni Appaltanti che per le imprese, accrescendo la trasparenza del trattamento dei fascicoli di gara;
- la Deliberazione del 2 marzo 2010, pubblicata sulla G.U.R.I. del 20 marzo 2010 n. 66, recante il *"Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*.

Con la Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, l'AVCP ha riesaminato la contestata materia dei requisiti di ordine generale degli operatori economici, prendendo in considerazione tutti i quesiti e le problematiche connesse alla prassi applicativa nelle aggiudicazioni degli appalti pubblici, in rapporto a quella legislativa e giurisprudenziale in materia, prassi che vede, e alla luce della più recente giurisprudenza, in ciascuna lettera del comma 1 dell'articolo 38 del Codice, nonché del comma 2, innumerevoli casi di esclusione dei concorrenti per la partecipazione agli appalti pubblici.

Da un primo esame e confronto fra la prassi e la giurisprudenza, sembrerebbe che, pur in presenza di linee guida interpretative dell'articolo in commento, e interventi del Legislatore, questa delicata fase della partecipazione alle gare di appalto sia carente di una concreta semplificazione, trasparenza ed efficienza nei rapporti fra il mercato delle imprese e le amministrazioni pubbliche aggiudicatrici dei lavori, servizi e forniture.

Attraverso la prassi, le ricerche e i recenti orientamenti dei giudici sulle cause di esclusione verificatisi sino ad oggi, si evidenziano, per ciascuna lettera del comma 1, ben 15 casi di esclusione, -ed altri addentellati per ciascuno di essi- per i quali si avvertono tuttora esigenze di comparazione e raffronto fra il Codice dei Contratti Pubblici e le attuali normative- e orientamenti giurisprudenziali- nel diritto societario, previdenziale, fiscale, tributario, sicurezza sul lavoro, ambientale, fallimentare, concorsuale, penale, antimafia, anticorruzione e antiriciclaggio.

Ma cominciamo con l'esame e lo studio di ciascuna lettera del comma 1, e le conseguenze oggettive e soggettive che ogni operatore economico incontra durante le fasi di gara.

Caso 1. Lettera a) Fallimento e procedure concorsuali.

La lettera a) del comma 1 dell'articolo 38 recita che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti *"che si trovano in stato di fallimento, di*

liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

Dalla lettura della lettera a), esclusa la procedura concorsuale dell'amministrazione controllata, procedura soppressa in virtù dell'art. 147, comma 1, del D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, si evince che per tutti gli altri procedimenti su citati e non, disciplinati dalla Legge Fallimentare (r.d. del 16 marzo 1942, n. 267) è prevista l'esclusione.

Di recente, risulta esserci ancora qualche caso di esclusione illegittima di una società in stato di amministrazione controllata (cfr., CdS, Sez. V, n. 3222/2010)!

Dall'esame di tale caso esclusione e dalle Leggi complementari vigenti, si rileva che non tutti i detti procedimenti rientrano nella procedure fallimentari, ma soltanto quelle che possiedono i presupposti soggettivi e oggettivi per la dichiarazione di fallimento.

Il presupposto soggettivo fondamentale del fallimento è lo stato di insolvenza, consolidato dal protrarsi dello stato per cui le attività patrimoniali dell'imprenditore non sono sufficienti a soddisfare regolarmente le passività. L'art. 5 della L.F. dispone che è dichiarato fallito l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza, e, precisa inoltre, che è in stato di insolvenza chi non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

Tale stato di insolvenza determina, dunque, l'assoggettamento dell'imprenditore alla procedura fallimentare, che può essere evitata attraverso le altre procedure concorsuali disciplinate dal Legislatore, quale per l'appunto la restante procedura del concordato preventivo, che risulta rientrare fra le esclusioni di cui alla lettera a) dell'articolo 38.

In particolare, il concordato preventivo rappresenta un concordato di massa fra il debitore imprenditore e tutti i creditori, che si perfeziona con sentenza di omologazione, e viene attuato prima che intervenga la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, e anzi, non può aversi se non prima di tale dichiarazione. Di qui, la sua denominazione di *concordato preventivo*.

Dunque, tale procedura, essendo preventiva e preliminare alla dichiarazione di fallimento e ad una procedura fallimentare, non sarebbe da considerarsi preclusiva alla partecipazione agli appalti pubblici, potendo essere stralciata dalla lettera a) in esame, o quanto meno rivisitata alla luce del nuovo istituto del concordato di cui al D.Lgs. n. 5/2006.

Lo stesso dicasi per la procedura di liquidazione, -genericamente descritta alla lettera a), quale “liquidazione coatta”, e in particolare quella volontaria, non sussistendone il presupposto dello stato di insolvenza, e dunque, da non considerarsi una causa di esclusione, oggetto dell'orientamento positivo del giudice amministrativo di secondo grado (Cfr., CdS, Sez. VI. n. 1873 del 6 aprile 2006), secondo il quale, con la liquidazione volontaria è ammessa la continuazione, anche parziale, dell'attività di impresa.

Anche per l'amministrazione straordinaria (D.Lgs. n. 270/1999, art. 17, comma 1, lettera h) d.P.R. n. 34/2000) si avvertono perplessità sulla preclusione degli operatori economici alla partecipazione, essendo una procedura concorsuale di tentativo di risanamento, parziale o totale, dell'impresa, che potrebbe essere valutata caso per caso dalle amministrazioni aggiudicatrici, onde evitare cause di esclusioni di lieve entità e minore gravità. In sostanza, le grandi imprese vengono sottratte alla procedura fallimentare, e assoggettate alla nuova procedura di amministrazione straordinaria, anch'essa come la liquidazione coatta amministrativa, di natura essenzialmente amministrativa, allo scopo di evitare, se possibile, il disgregarsi dei loro apparati produttivi, e di tentare, invece, il loro salvataggio. L'apertura della procedura determina la continuazione dell'attività di

impresa per verificare e praticare soluzioni imprenditoriali e gestionali che realizzano un'adeguata salvaguardia dei patrimoni aziendali e dei livelli occupazionali.

Sembrerebbe dunque, che l'amministrazione straordinaria sia ben lontana dall'attivazione di una procedura fallimentare, che è rivolta esclusivamente a realizzare un'esecuzione forzata sulla generalità di beni costituenti il patrimonio dell'imprenditore insolvente.

E' interessante ricordare, infine, che l'amministrazione straordinaria è una forma di "esenzione" dal fallimento. L'esplicito richiamo al D.Lgs. n. 270/1999 circoscrive l'ambito di applicazione agli esercenti di grandi dimensioni (incluse le imprese individuali), soggetti alle disposizioni sul fallimento che, secondo i parametri dettati dal Legislatore, sono quelli che occupano un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi alla Cig, non inferiore a 200 da almeno un anno, con debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi, tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio. Le due condizioni devono presentarsi congiuntamente.

Se ne evince, dunque, che a tale primo caso, sono collegati altre tre ipotesi di esclusione degli operatori economici.

Alla luce delle considerazioni suesposte, per la prima lettera a), gli istituti concorsuali citati potrebbero essere rivisitati caso per caso, e meglio coordinati con le altre leggi complementari e/o in eventuali prossimi regolamenti e decreti, e gli ultimi interventi del Ministero del Lavoro riguardanti la regolarità del D.U.R.C. delle imprese che vertono in situazioni rientranti in tale fattispecie di esclusione, ma che vedremo nelle successive lettere del comma 1 dell'articolo 38 del Codice.

Caso 2. Lett. b) Misure di prevenzione e le cause ostative.

La lettera b) del comma 1 dell'articolo 38 recita che sono esclusi i soggetti *"nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società"*.

La lettura della lettera b) annovera sia l'esclusione che il divieto dei soggetti alla partecipazione agli appalti pubblici. Per essi, sembrerebbe che le figure dei soggetti indicati non sarebbero esaustive, in quanto, nella prassi accade che anche la figura dei conviventi con le persone sottoposte alle misure di prevenzione rientrano nel menzionato articolo 10 della Legge n. 575/1965, nei confronti dei quali possono essere applicate le misure di prevenzione o le cause ostative.

Per i divieti, si legge, infatti, al comma 4 dell'articolo 10 si legge che *"Il Tribunale dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni"*.

Riguardo alle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423, è escluso il soggetto nei confronti del quale risulta pendente un procedimento per:

- l'applicazione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza,
- eventuale divieto di soggiorno in uno o più Comuni o in uno o più Province,
- obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale comune.

Nei confronti del soggetto al quale è stata applicata con provvedimento definitivo una delle predette misure di prevenzione, per le cause ostative di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, egli non può ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni, né concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

Si avverte, nella prassi del settore, l'applicazione dei divieti e le esclusioni di cui sopra anche ai conviventi dei soggetti concorrenti, previa pronuncia del Tribunale, data la nota disciplina in materia (L. n. 575/1965- art. 4 D.Lgs. n. 490/1994- art. 11 d.P.R. n. 252 del 3 giugno 1998-L. n. 726/1982) di informazioni interdittive. Esse, che impongono l'esclusione del concorrente dalla gara (art. 4 del citato decreto) impediscono qualsiasi diversa valutazione e contrattazione con la PA, la quale richiede al Prefetto circa la sussistenza, a carico dei soggetti responsabili dell'operatore economico, ovvero dei soggetti familiari, anche di fatto, conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di divieto o di sospensione dei procedimenti di cui all'art. 10 della Legge n. 575/1965, o da cui risultano eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa che possano determinare l'aggiudicazione degli affidamenti pubblici delle PA.

Al riguardo, l'applicazione delle norme vigenti dovrebbe essere esaminata in base anche alla gravità della causa ostativa, a non negare la possibilità di contrarre con gli operatori economici anche nei casi in cui non sia stata superata la soglia di gravità di cui all'articolo 4 del D.Lgs. n. 490/1994, per la stipula dei contratti pari o superiori alle soglie comunitaria, o per i subcontratti superiori a Euro 154.937,07, in forza dell'articolo 10 del d.P.R. n. 252/1998, qualora non vi siano gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato, o quando il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa non sia ritenuto maggiore, nel caso di partecipazione ai lavori.

Ed in particolare, mentre le informative interdittive prefettizie e quelle derivanti da tentativi di infiltrazione mafiosa sono obbligatorie per i contratti sopra soglia comunitaria, secondo i giudici di secondo grado (Sez. VI, n. 3484/2007, sez. V, n. 2828/2007) l'informativa supplementare atipica (fondata su elementi che non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994) trova fonte nel principio di collaborazione tra le PA ed è priva di efficacia automatica, ed è l'unica funzionale alla valutazione della PA, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, per i requisiti soggettivi del concorrente, che impone un obbligo di motivazione del provvedimento di esclusione.

E comunque, è considerata illegittima la clausola del bando di gara che imponga l'esclusione del partecipante alla gara a fronte di un'informativa supplementare atipica, espropriando la PA del potere di accertamento ed apprezzamento (CdS, Sez. VI, n. 1948/2007; CdS, n. 491/2008, Sez. VI, n. 2014/2008).

Dunque, per le misure di prevenzione, e salva l'eventuale riabilitazione dei soggetti concessa dal Tribunale di sorveglianza -che può essere richiesta decorsi tre o cinque anni (per gli indiziati di cui all'articolo 51 comma 3-bis, art. 416-bis, art. 630 del c.p.p., o dell'art. 12-quinquies, comma 1, Legge n. 356/1992) dalla cessazione della misura

stessa-, la causa di esclusione di cui alla seconda lettera b) del comma 1 dell'art. 38 potrebbe essere coordinata, non solo con il successivo comma 2⁴ del medesimo articolo, ma anche con le Leggi complementari su citate, oltre che quelle locali dei delegati e delle Autorità competenti, per la lotta alla criminalità e alle infiltrazioni di stampo mafioso negli affidamenti pubblici, ed al rafforzamento delle procedure dei sistemi di qualificazione e di selezione delle imprese in possesso di tutti i requisiti, soggettivi, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari per la partecipazione agli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Caso 3. Lett. c) La "gravità" dei reati, la "moralità professionale" e i soggetti "cessati" dalle cariche.

Una delle più delicate e complesse cause di esclusione è quella recata alla lettera c)⁵, di cui in nota, quale clausola di esclusione non automatica, spesso oggetto di annullamento dei bandi e avvisi di gara, sospensioni e aggiudicazioni degli appalti in capo agli operatori economici, sin dall'entrata in vigore del Codice (12 aprile 2006) ad oggi.

La disciplina codicistica distingue due categorie di condanne penali: a) quelle che precludono la partecipazione alle gare in forza di una valutazione discrezionale della PA, e b) quelle che impongono l'esclusione automatica. Come vedremo, anche per queste ultime, possono esserci casi di rimessione alla PA sulla valutazione del caso, tenuto conto delle modalità dei reati richiamati dalla disposizione normativa.

Ma vediamo in analisi, le problematiche e le perplessità nella prassi afferenti alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 38.

⁴ Comma 2, Art. 38: *"Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera m-quater, i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dei documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica".*

⁵ Lett. c) comma 1, Art. 38: *Sono esclusi i soggetti "nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti del titolare o del se si tratta di direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica del triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure in completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale".*

La prima esclusione dei soggetti che si incontra è l'assenza di uno dei requisiti di cui alla lettera a) per "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale".

Premesso che per "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità", secondo il recente orientamento dei giudici di secondo grado, debbano intendersi quelli commessi nella Comunità europea, in vista dell'unificazione delle economie e conformemente alla logica di allargamento dei mercati (cfr. CdS, Sez. V, n. 1736/2009), la generica interpretazione della gravità di un reato comporta l'esclusione del concorrente.

Sulla "gravità" di un reato che incide sulla moralità professionale, ci si chiede preliminarmente cosa si intende per "reati gravi", tali da poter escludere un soggetto dalla partecipazione agli appalti pubblici.

Secondo l'articolo 45, paragrafo 1, della Direttiva 2004/18/CE, l'esclusione opera ex se per "gli operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee o di riciclaggio dei proventi di attività illecite".

Con tale norma, la Comunità ha ritenuto i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio, come "gravi", per i quali le PA di ciascuno Stato non godono di alcuna valutazione discrezionale per i requisiti di cui alla lettera c) comma 1, dichiarati da un operatore economico.

Per ciascuno dei suddetti reati gravi, la giurisprudenza italiana⁶ più recente è ulteriormente intervenuta precisando che "per ciascuna fattispecie di reato, sono rilevanti tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto".

Solo in assenza di tali primi elementi predeterminati, la PA ha il potere discrezionale di valutare ciascun elemento del reato ascritto, che con un'adeguata motivazione, potrebbe incidere negativamente all'oggetto dell'appalto per cui l'operatore economico ha presentato offerta.

Alla gravità del reato segue la "moralità professionale" dell'operatore economico.

Con la "moralità professionale", secondo l'articolo 45 della Direttiva 2004/18/CE, è da intendersi il profilo personale dell'operatore economico in relazione alle sue competenze e attività svolte nell'esercizio dell'attività di impresa. Ed ancora, per la fattispecie di "reati che incidono sulla "moralità professionale", si dovrebbe far riferimento al profilo delle attività di impresa del soggetto che potrebbero aver dato luogo alla commissione di un reato ai danni dello Stato, e dunque, ad alcune tipologie di reato che abbiano comportato "l'incapacità di contrattare con la pa.", previste all'articolo 32quater⁷ del codice penale.

⁶ Cfr. CdS, Sez.V, n.1736/2009: "Nelle procedure di gara, ai fini della verifica del possesso del requisito della moralità professionale ex art. 38, co.1, l. c) del d.lgs. 163/2006, l'analisi dell'incidenza dei reati gravi in danno dello stato o della Comunità, non indicati testualmente dalla norma, attiene all'esercizio del potere discrezionale della p.a. e deve essere operata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato". Nello stesso senso, CdS, Sez. V, n. 1723/2007.

⁷ Art. 32quater del codice penale: Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 316bis, 316ter, 317, 318, 319, 319bis, 320, 321, 322, 322bis, 353, 355, 356, 416, 416bis, 437, 501, 501bis, 640 numero 1 del secondo comma, 640bis, 644 commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione". I delitti previsti sono rispettivamente: malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione

Per l'ordinamento interno, la prassi, le successive modifiche all'art. 38 del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici e gli orientamenti giurisprudenziali, hanno sollevato dubbi e perplessità in merito alla "gravità" delle figure di reato che incidono sulla "moralità professionale" dell'operatore economico, e soprattutto alla valutazione delle dichiarazioni rilasciate ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 per il possesso dei requisiti generali, che richiedono l'indicazione delle eventuali condanne per le quali i soggetti abbiano beneficiato della non menzione (comma 2 dell'art. 38).

Per le "eventuali condanne", i pronunciamenti riportati nella lettera c) riguardano la sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale.

Per il decreto penale di condanna irrevocabile, l'effetto ostativo dei reati viene meno a seguito di pronunce del giudice di sorveglianza per la riabilitazione (art. 178 c.p.) e conseguente estinzione degli stessi con provvedimento ai sensi dell'art. 676 del c.p.p. (cfr. CdS. Sez. VI, n. 7740 del 10.12.2009).

Da tale primo provvedimento, sorgono difficoltà interpretative riguardo all'obbligo del rilascio delle autocertificazioni per il possesso dei requisiti (art. 38 comma 2), comprensive dei reati estinti a carico dell'operatore economico, nonostante sia venuta meno la rilevanza penale dei reati, e siano precedenti al triennio dalla data di pubblicazione del bando di gara, quasi spesso risalenti a oltre 10 anni!

Con la clausola di salvaguardia –per effetto della pronuncia giudiziale di riabilitazione e/o procedura di estinzione– di cui all'ultimo capoverso della lettera c) in cui si recita "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'art. 445, comma 2" del codice di procedura penale", alla PA è preclusa la valutazione negativa dei fatti inflitti sulla sentenza di condanna.

Dunque, secondo la lettura della norme –amministrativa e penale–, i soggetti hanno l'obbligo di dichiarare qualsiasi condanna o violazione di cui alla lettera c), eccezion fatta per le pronunce di riabilitazione ed estinzione dei reati, pena l'esclusione.

Nella prassi, l'operatore economico, prima della sottoscrizione della dichiarazione, ha la facoltà di avvalersi con proprie verifiche a mezzo del Casellario Giudiziale, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n. 313 del 14.11.2002, la cui visura, certificato generale e iscrizioni propri, –di non facile accesso ai privati– dovrebbe comprendere anche quelle condanne di cui non è fatta menzione, ai sensi degli artt. 24-25-26-27 e 31 dello stesso d.P.R. n. 313/2002.

Sebbene l'accesso dei privati ai certificati generici del Casellario Giudiziale, rilasciato ai sensi dell'art. 25 del predetto decreto, risulta essere diverso da quello esercitato dalle PA, nella prassi accade che gli operatori economici subiscono l'esclusione per falsità della dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 38 comma 2, per non aver indicato qualche

per un atto d'ufficio, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, circostanze aggravanti, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, pene per il corruttore, istigazione alla corruzione, peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, turbata libertà degli incanti, inadempimento di contratti di pubbliche forniture, frode nelle pubbliche forniture, associazione per delinquere, associazione di tipo mafioso, rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, manovre speculative di merci, truffa, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, usura.

condanna, che invece sarebbe nota alla sola autorità giudiziaria penale, al pubblico ministero e alle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 39 del d.P.R. n. 313/2002 attraverso i certificati integrali. Prima della riforma del Casellario Giudiziale, era prevista anche per le PA; tale ristrettezza all'accesso dell'amministrazione risulta essere stata giustificata per voler imporre il ricorso all'autodichiarazione del concorrente sulla insussistenza delle condanne con il beneficio della non menzione, da allegare alla dichiarazione di cui all'art. 38. Ma le PA hanno il potere di consultare, ai fini del controllo delle autodichiarazioni, il sistema informatico riguardante i certificati del Casellario Giudiziale, onde effettuare una preliminare valutazione della rilevanza di tali condanne sull'affidabilità morale e professionale dei partecipanti alle gare.

Solo per tale differente procedura e dichiarazione e/o eventuale autodichiarazione comporta per tutti i candidati e concorrenti, il rischio di esclusioni illegittime, delle correlate segnalazioni, sospensioni, annotazioni e sanzioni applicate dall'AVCP, per rilascio di una dichiarazione falsa, mendace o incompleta ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 (cfr., *ex multis*, CdS nn. 4905-4906/2009⁸, CdS n. 4244/2008, TAR RM, Sez. III n. 11068/2009, CdS, Sez. V, n. 3466/2004, CdS, Sez. V, n. 352/2003, TAR PA, Sez. I, n. 399/2008, TAR RM, n. 2313/2007).

Ed invero, secondo i giudici di primo⁹ e secondo grado le esclusioni sono illegittime qualora non venga operata una chiara e precisa valutazione e comparazione fra la gravità del reato, seppur estinto, e la moralità professionale del candidato o dei soggetti indicati alla lettera c) in commento.

Dunque, sembrerebbe che un eventuale difetto o erronea interpretazione del requisito della moralità professionale dovrebbe avere riguardo solo a quei reati in grado di incidere in concreto sull'interesse collettivo alla realizzazione delle opere pubbliche, e non su tutte le condanne inflitte al candidato, non gravi ed irrilevanti.

In una recentissima sentenza dei giudici di appello (Sez. IV, n. 1909/2010¹⁰; CdS, V,

⁸ Cfr., CdS VI, n. 4906/2009: *“La asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non può esser di per sé solo causa di esclusione, ma può essere causa di esclusione solo se viene compiuta una verifica di gravità delle violazioni”*.

⁹ Cfr., TAR Roma, Sez. II, n. 3984/2009: *“L'indagine a cura della stazione appaltante avente ad oggetto il rilievo di precedente penale ascritto al rappresentante legale della ditta concorrente sulla “moralità professionale” deve avvenire avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato con un determinato soggetto, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che in concreto inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel soggetto non debba essere costituito. Altrimenti detto le valutazioni della p.a. non vanno espresse su categorie astratte di reati, ma devono tener conto delle circostanze in cui il reato è stato commesso”*.

¹⁰ CdS, Sez. IV, n. 1909/2010: *“Va altresì considerato che per effetto del combinato disposto dell'art. 24, l. n. 675 del 1996, dell'art. 39, d.P.R. n. 313 del 2002 da un lato, è ben ammissibile il trattamento dei dati personali relativamente alle decisioni di patteggiamento, a favore dei soggetti pubblici, ai fini dell'accertamento dei requisiti di idoneità morale di coloro che intendono partecipare alle gare d'appalto, nelle ipotesi previste dalla legge, dall'altro, le pubbliche amministrazioni ed i gestori di pubblici servizi hanno il potere di consultare, ai fini di controllo delle autodichiarazioni, direttamente il sistema informatico riguardante detti certificati nel casellario giudiziale. Nella medesima sentenza, si evince altra motivazione sul punto: “poiché anche le sentenze di condanna con il beneficio della non menzione nel certificato del Casellario giudiziale o le sentenze patteggiate potrebbero incidere sulla moralità professionale e perciò potrebbero costituire un ostacolo all'ammissione ad un procedimento di evidenza pubblica, i concorrenti ad una gara di pubblico appalto devono attestare con apposita autodichiarazione, oltre alla mancanza delle sentenze di condanna definitiva che vengono indicate nel certificato del Casellario giudiziale a richiesta dei privati (cioè di una dichiarazione sostitutiva del certificato del Casellario giudiziale), anche l'assenza di*

n.1736/2009, CdS, Sez. V, n. 1723/2007; TAR Trento, n. 8/2008), il non aver indicato nella dichiarazione in esame, sebbene già richiesto nel bando di gara, una sentenza patteggiata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. afferente a un reato estinto nel 2001, non indicata nel certificato del Casellario e decorso il termine quinquennale di cui all'art. 445 c.p.p., ha dato luogo ad una esclusione successivamente all'aggiudicazione della gara in capo al ricorrente.

La sentenza ha riguardato in particolare, il diverso certificato del Casellario Giudiziale allegato alla dichiarazione, rilasciato dal concorrente, in cui non era indicata la sentenza di patteggiamento (cfr. CdS, Sez. IV, n. 2933/2005; Cass. Penale, Sez. III, n. 5735/2004¹¹).

La PA, attraverso il SIC del Casellario Giudiziale, a seguito di verifiche e controlli ai sensi degli articoli 43 e 71 del d.P.R. n. 445/2000, ha rilevato le risultanze di un certificato integrale che il Casellario rilascia alle stazioni appaltanti. Successivamente all'aggiudicazione della gara al ricorrente in esame, la PA ha provveduto alla sua esclusione dalla gara, alla segnalazione all'AVCP, escussione della cauzione e all'applicazione delle sanzioni previste per legge.

Nel frattempo, sono decorsi anni (bando di gara del 2003 e sentenza dello scorso aprile 2010) e tempo per dar corso alle infrastrutture di lavori, servizi e forniture, col rischio di vedersi comminare contemporaneamente anche, fra le tante, la sospensione dalla partecipazione alle gare pubbliche da 1 mese a 12 mesi!

Altro recente orientamento giurisprudenziale di primo grado ha ritenuto illegittima l'esclusione di un concorrente, -data l'assenza di parametri fissi e predeterminati nella *lex specialis* di gara- per l'irrelevanza delle condanne per un numero di 7 reati commessi negli anni 1994-1999, riabilitazione ed estinzione avvenute nel 2004, e dunque tre anni prima della pubblicazione del bando e della presentazione delle offerte. Per tali reati, oltre a quanto di seguito riportato alla nota n. 11, il TAR Lazio¹² ha così affermato:

sentenze definitive di condanna con il beneficio della non menzione, nonché, come nella specie, l'assenza di sentenze patteggiate (per le quali non è stata ottenuta l'amnistia, la riabilitazione o l'estinzione e artt. 167 o 445 c.p.p. per decorso del tempo senza aver commesso un altro reato) e l'assenza di reati puniti con la sola pena pecuniaria, attesochè deve essere consentita all'Amministrazione appaltante la possibilità di effettuare una valutazione anche della rilevanza di tali condanne sull'affidabilità morale e professionale di ogni partecipante ad un procedimento di evidenza pubblica. Per cui l'attestazione sui requisiti di moralità professionale, che non contenga il riferimento ad una sentenza di patteggiamento per omicidio colposo, va equiparata alla stregua di una falsa dichiarazione, che ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. m), DPR n. 34/2000 va sanzionata con l'esclusione della gara (cfr. da ultimo CdS. Sez. V, n. 1723 del 12.4.2007; TAR TO, Sez. I, n. 3147 del 19 dicembre 2008, TAR Trento n. 8 del 21.1.2008)".

¹¹ CdS, Sez. IV, 07 giugno 2005, n. 2933, "in proposito si è ritenuto che in tema di patteggiamento, il divieto di iscrizione della sentenza nei certificati del casellario richiesti dall'interessato e soggetti equiparati, non rende illegittimo il certificato penale integrale rilasciato all'esito della consultazione diretta del sistema da parte delle amministrazioni pubbliche, le quali, in virtù del disposto di cui all'art. 39 t.u. n. 313 del 2002 conservano la possibilità di procedere alle acquisizioni di ufficio e di svolgere controlli di cui agli art. 46 e 71 d.P.R. n. 445 del 2000"; Cassazione penale, sez. III, 21 dicembre 2004, n. 5735.

¹² Cfr., CdS, Sez. V, n. 5517/2001; TAR Lazio, RM, Sez. 2-Quater, n. 7483/2009, relativamente alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 178 c.p. e art. 445, comma 2, c.p.p.: "Ritiene il Collegio, dopo aver svolto i dovuti approfondimenti propri della sede di merito, che detta ultima disposizione costituisca una clausola di salvaguardia, introdotta dal Legislatore al fine di rendere irrilevanti le condanne che abbiano perso ormai effetto a causa di provvedimenti di riabilitazione o di estinzione pronunciati dal competente giudice penale. Lo stesso Legislatore, infatti, nel delineare l'ambito di rilevanza delle condanne ai fini dell'accertamento della moralità professionale dei

che per le suddette dichiarazioni sui requisiti generali da rendersi ai sensi dell'art. 38, comma 2, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero operare, nel rispetto dei limiti del potere discrezionale imposto dal Legislatore (art. 74 del Codice, art. 18 L. n. 241/90) e della UE (art. 45 comma 2 Dir. nn. 17-18/2004), in via del tutto prioritaria, ad effettuare, oltre che attraverso i parametri fissi e predeterminati nella *lex specialis* di gara e nelle successive risposte ai chiarimenti posti dagli operatori, una preliminare e congrua valutazione motivata di tutti gli elementi delle fattispecie di reato indicate nelle eventuali autodichiarazioni richieste e rilasciate degli operatori economici, e quelle non considerate gravi, che non avrebbero incidenza alcuna sulla moralità professionale del concorrente, affidabilità, contiguità e collegamento effettivo al tipo di appalto, oggetto e prestazione di cui è candidato¹⁴.

Si badi, infine, che le PA, prima di procedere all'esclusione di un concorrente, ben potrebbero, in virtù della previsione normativa di chiusura di cui all'art. 46¹⁵ del D.Lgs. n. 163/2006, nei limiti previsti, invitare i concorrenti a fornire i chiarimenti circa il contenuto delle dichiarazioni parzialmente rese o del tutto mancanti di una condanna o violazione commessa, anche nel rispetto del principio comunitario della massima partecipazione alle gare pubbliche. In merito, secondo i giudici di secondo grado (vedasi, CdS, IV, n. 7443/2009; assenza di contraddittorio, cfr., TAR RM III, n. 11068/2009) *"la richiesta di chiarimenti, mirata a favorire l'aggiustamento postumo di un'irregolarità non sanabile, si sarebbe risolta in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a tutti i concorrenti a pena di esclusione"*.

La seconda parte della lettera c) in esame attiene invece all'applicabilità soggettiva dell'esclusione, nei confronti di tutti i soggetti (titolari, soci/soci accomandatari, amministratori muniti di potere di rappresentanza, direttori tecnici, soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara), per incompletezza, falsa dichiarazione, e/o assenza della gravità dei reati non incidenti sulla moralità professionale.

Secondo la disposizione comunitaria (art. 45 Dir. n. 2004/18/CE), il rimedio dell'esclusione dalla gara è offerto solo in danno dei soggetti i quali si siano resi 'gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire le informazioni' rilevanti ai fini della partecipazione alla gara.

Dai recenti orientamenti giurisprudenziali (CdS, Sez. VI, n. 1017 del 22 febbraio 2010), *"una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera c), anche se radicalmente omessa, non comporta l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata quando non sussistono in concreto situazioni ostative alla partecipazione"*. Ed ancora, osservano i giudici che *"a conclusioni diverse potrebbe giungersi solo laddove l'Amministrazione (facendo un uso legittimo e comunque non irragionevole delle proprie facoltà*

¹⁴ CdS, Sez. V, n. 5517 del 18.10.2001, id. 25.11.2002 n. 6482, *"Se si eccettuano i reati relativi a condotte delittuose individuate dalla normativa antimafia, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere valutata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato"*.

¹⁵ Art. 46 D.Lgs. n. 163/2006: *"Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*.

discrezionali in tema di predeterminazione delle regole di gara) includesse nell'ambito della *lex specialis* di gara puntuali prescrizioni le quali comportino l'esclusione del partecipante come mera conseguenza di dichiarazioni in tema di requisiti di partecipazione non conformi alla situazione sottostante e non anche come conseguenza dell'obiettiva carenza di uno di tali requisiti".

Da tale orientamento, sembra che anche la *lex specialis* di gara non potrebbe indicare tutti i reati e condanne non gravi ai fini dell'ammissione di un concorrente, non potendo la PA sostituirsi al giudice nella valutazione di tutti gli elementi già cennati riguardanti il singolo appalto.

Per la Sezione Quinta del CdS (Sez. V, n. 829/2009), trattasi, "per mutuare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura ad evidenza pubblica, come tale non sanzionabile con l'esclusione".

Anche per tale ipotesi di esclusione soggettiva, la valutazione della incompletezza delle dichiarazioni dei rappresentanti delle società o la falsità delle medesime potrebbe essere esaminata di concerto con la prioritaria valutazione da parte delle PA dei reati e al *tempus commissi delicti* dei soggetti in carica o cessati, per meglio motivare la gravità/non gravità e la moralità professionale che incidono per lo specifico appalto a cui partecipa il concorrente, nonché l'eventuale esclusione.

Proseguendo nell'esame della lettera, si conclude che per gli eventuali pregiudiziali penali, ancorché non incidenti sulla moralità professionale, l'esclusione non opera per i predetti soggetti, secondo la lettera c) dell'art. 38, "qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata".

Stante l'irrelevanza, secondo la Determinazione n. 1/2010 dell'AVCP, per i soggetti cessati dalle cariche, dell'indicazione di condanne per fatti antecedenti all'assunzione dell'incarico e al triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, il problema si pone sia per il periodo di cessazione dalle cariche –alle volte, inferiori al triennio richiesto-, sia per il triennio successivo.

Al riguardo, per la dichiarazione dei cessati dalle cariche riferite al solo ultimo triennio, secondo l'AVCP, potrebbe ritenersi ammissibile la locuzione "per quanto a propria conoscenza" all'interno della dichiarazione art. 47 del d.P.R. n. 445/2000 del legale rappresentante, specificando le circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati.

Nella prassi, la predetta soluzione già applicata risolve in parte e non supporta le imprese dall'evitare i rischi di esclusione dalla gara. E ciò per il divario esistente fra le piccole e le grandi imprese, le riorganizzazioni aziendali, il numero infinito di procuratori sottoscrittori, il reperimento degli stessi già cessati, (per trasferimento, dimissioni, fusioni e altro) le difficoltà interpretative ed oggettive su detti soggetti e tutte le eventuali responsabilità connesse alla falsità delle dichiarazioni e al D.Lgs. n. 231/2001.

Ma vediamo in dettaglio le perplessità connesse ai soggetti cessati dalle cariche.

Preliminarmente, per la predetta dichiarazione del legale rappresentante sui "cessati" sarebbe opportuno chiarire quali soggetti dovrebbero renderla alle PA, in forza dei recenti orientamenti giurisprudenziali in merito.

Sebbene la lettera c) precisa i medesimi, quali per l'appunto i titolari, soci/soci accomandatari, amministratori muniti di poteri di rappresentanza, direttori tecnici,

all'interno di tali figure, secondo la costante giurisprudenza, vi rientra anche l'institore¹⁶, e dunque, tutti le persone fisiche, che essendo titolari di poteri di rappresentanza della persona giuridica, sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato.

Da tale alea soggettiva tenuta a rendere la dichiarazione ex art. 47 d.P.R. n. 445/2000, resta da esaminare la figura dei cessati dalle cariche, in ragione delle eventuali condanne per determinati reati incidenti sulla moralità professionale e che possono considerarsi rilevanti in una gara d'appalto nel significativo ruolo decisionale e gestionale societario dell'azienda concorrente.

In merito alla dichiarazione del legale rappresentante per i cessati, e secondo l'orientamento dell'AVCP -relativamente al criterio, già utilizzato nella prassi, con la su citata espressione "*per quanto a propria conoscenza*", accade che il soggetto che sottoscrive tale dichiarazione non avrebbe conoscenza immediata e diretta sia dal Casellario, sia per l'assenza delle situazioni oggettive aziendali dei direttori tecnici e altri, che, nel frattempo sono dipendenti di altra società, o per dimissioni, o a fronte di operazioni societarie straordinarie (fusione, scissioni, trasformazione, ecc.) svolte dall'azienda. Quest'ultima, non avrebbe non solo accesso ai dati del cessato, ex amministratore e/o direttore tecnico a mezzo del Casellario giudiziale, ma avrebbe anche difficoltà oggettive ad ottenere la dichiarazione di assenza delle cause di cui alla lettera in commento, pena l'esclusione della società dalla gara.

Le prescrizioni spesso inserite in un bando di gara per i soggetti cessati, con correlato periodo in carica, dovrebbero essere interpretate, a mio avviso, nell'ottica di limitare la dichiarazione al periodo nel quale i soggetti abbiano rivestito cariche e ruoli operativi nella società, e ciò, sia in vista della sua funzione di garantire la correttezza professionale dei soggetti e della società che dell'impossibilità di rendere dichiarazioni in ordine a fatti o circostanze non note, in quanto relative a periodi nei quali i rapporti sono già cessati al triennio richiesto dalla PA.

Di contro, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁷, la dichiarazione da rendersi per i cessati deve riguardare, ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 554/99, modificato e integrato all'art. 2 del d.P.R. n. 412/2000, "*tutti i soggetti in carica, ovvero cessati, durante l'intero triennio antecedente la pubblicazione del bando*".

Dall'esame della seconda parte della lettera c), tale esclusione e divieto opererebbero nei confronti dei cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del

¹⁶ Cfr., TAR RM, Sez. I, n. 9132/2010: "*L'institore è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve essere annoverato tra i soggetti tenuti alla dichiarazione*". Cfr., *ex multis*, CdS, V, n. 3325/2010, Sez. VI, n. 7380/2009, n. 523/2007, CdS Sez. V, n. 36/2008, TAR BA, n. 2372/2008.

¹⁷ TAR Sicilia, Sez. I, n. 399/2008: "*In tema di requisiti morali e di produzione documentale per la partecipazione a gare d'appalto, le certificazioni penali devono riguardare –in base all'art. 75, comma 1, lettera c), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (come modificato e integrato dal d.P.R. 30 agosto 2000 n. 412)- tutti i soggetti, amministratori e direttori tecnici delle società partecipanti, in carica ovvero cessati, durante l'intero triennio antecedente la pubblicazione del bando; con ciò, si pone a carico delle ditte stesse un onere di documentazione ossia la ricostruzione "storica" delle cariche sociali, nell'arco dell'ultimo triennio*". Vedasi anche, CdS, Sez. VI, n. 523/2007, CdS, Sez. V, n. 5523/2002, CGA, n. 55/2006, n. 674/2005, n. 936/2005, TAR Sicilia, n. 525/2007, n. 23/2008.

bando di gara, "qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata".

Dalla lettura della norma sembrerebbe che, l'impresa, avendo adottato tutte le misure ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, attraverso i Modelli Etici, possa avere un collegamento "temporale" e "funzionale" tra la condotta tenuta dal cessato e la sfera degli interessi dell'impresa stessa, che, magari, in quel periodo non intratteneva alcun tipo di rapporto con l'autore di quel fatto illecito.

In mancanza di un criterio o linea guida da adottare in merito, ci si chiede se e come un'impresa possa essere considerata responsabile per comportamenti assunti da persone prive, in quel periodo, di alcun rapporto organico e/o funzionale e/o di dipendenza con essa", data l'esclusione dell'impresa persona giuridica dalla responsabilità amministrativa di cui all'art. 5 del citato decreto, e dalle "cause esimenti" di cui al successivo art. 6¹⁸.

Ne consegue che, in ragione di tali perplessità ed assenza della concordanza delle norme del Codice con il predetto D.Lgs. n. 231/2001, all'assenza di parametri congrui motivati sulla gravità dei reati, probabilmente un intervento del Legislatore sui chiarimenti e/o modifiche alla lettera c) risponderebbe meglio ad una semplificazione amministrativa, celerità degli affidamenti degli appalti e annullamento delle procedure dei ricorsi giurisdizionali, principi e obiettivi già presenti nelle ultime Leggi (Riforma della PA, D.lgs. n. 53/2010 ed altri in corso di esame).

¹⁸ Art. 5 D.Lgs. n. 231/2001: *Responsabilità dell'ente. 1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".*

Art. 6 D.Lgs. n. 231/2001: *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente. 1. "Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). 2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevenire specifici controlli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; d) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. 3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati. 4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente. 5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente".*

Caso 4. Lettera d) Il divieto di intestazione fiduciaria.

Secondo la lettera d) del comma 1 dell'art. 38, sono esclusi i soggetti *“che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55”*.

Premesso che l'intestazione fiduciaria riguarda le società autorizzate dalla Legge n. 1966 del 23 novembre 1939, la *ratio* della lettera della norma è diretta al contrasto del rischio di infiltrazione mafiosa da parte dei fiducianti concorrenti alla gara.

Nella prassi, con la dichiarazione da rendersi per gli obblighi e la compagine azionaria del concorrente, il legale rappresentante dichiara il suo capitale e l'esistenza delle quote aventi pari diritto. Ciò sembra rispondere al rispetto della normativa e regolamenti vigenti (D.P.C.M. n. 187/1991), Determinazioni dell'AVCP, e agli eventuali controlli effettuati dalla PA per le composizioni azionarie dei soggetti concorrenti.

Caso 5. Lettera e) “Infrazioni in materia di sicurezza e obblighi di lavoro”.

Alla lettera e) del comma 1 dell'art. 38, sono esclusi i soggetti *“che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

Dalla lettura della lettera, si evince, per la seconda volta, il termine *“gravi”*.

La ragione di tale primo esame è dovuta ai frequenti ed illegittimi casi di esclusione, laddove la gravità di un reato inflitto al concorrente tende a confluire anche le violazioni gravi sulla sicurezza sul lavoro, non aventi alcun termine e rilievo di natura penale come invece recato alla lettera c).

La normativa sulla sicurezza sui luoghi di lavoro è disciplinata dal d.Lgs. n. 8/2008, modificato dal d.Lgs. n. 106 del 3 agosto 2009. Le violazioni sono regolate all'Allegato del d.Lgs. n. 81/2008 e all'Allegato A del D.M. del 24.10.2007¹⁹ recante le irregolarità e disposizioni penali e amministrative ostative al rilascio del D.U.R.C. (Documento Unico di Regolarità Contributiva).

¹⁹ Decreto e Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24.10.2007, art 9. *Irregolarità in materia di tutela delle condizioni di lavoro non ostative al rilascio del DURC. “1.La violazione, da parte del datore di lavoro o del dirigente responsabile, delle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro indicate nell'allegato A al presente decreto, accertata con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi, e' causa ostativa al rilascio del DURC per i periodi indicati, con riferimento a ciascuna violazione prevista dallo stesso allegato. A tal fine non rileva l'eventuale successiva sostituzione dell'autore dell'illecito. 2. La causa ostativa di cui al comma 1 non sussiste qualora il procedimento penale sia estinto a seguito di prescrizione obbligatoria ai sensi degli articoli 20 e seguenti del decreto legislativo n. 758/1994 e dell'art. 15 del decreto legislativo n. 124/2004 ovvero di oblazione ai sensi degli articoli 162 e 162-bis del codice penale. 3. Ai fini della procedura di rilascio del DURC l'interessato e' tenuto ad autocertificare l'inesistenza a suo carico di provvedimenti, amministrativi o giurisdizionali, definitivi in ordine alla ommissione delle violazioni di cui all'allegato A ovvero il decorso del periodo indicato dallo stesso allegato relativo a ciascun illecito. 4. Nelle ipotesi in cui il DURC sia richiesto dalle stazioni appaltanti o dalle SOA le stesse provvedono alla verifica della autocertificazione rilasciata dall'interessato relativamente alla non sussistenza delle condizioni ostative di cui al comma 1. 5. Le cause ostative al rilascio del DURC di cui al presente articolo sono riferite esclusivamente a fatti commessi successivamente all'entrata in vigore del presente decreto. 6. Nell'ambito degli appalti pubblici le cause ostative di cui al presente articolo non rilevano ai fini del rilascio del DURC finalizzato al pagamento delle prestazioni già rese alla data dell'accertamento definitivo dell'illecito”*.

Secondo la Determinazione n. 1/2010, le infrazioni devono essere “gravi” e “debitamente accertate” in modo definitivo. La valutazione delle medesime è rimessa alla PA secondo i criteri già fissati alla precedente lettera c), congruamente motivata.

Se il profilo interpretativo e applicativo fosse quello già commentato alla lettera esaminata, la valutazione e il potere discrezionale della PA potrebbero essere svolti secondo le norme del Codice, stante, nella prassi, l’assenza, parzialità e mancanza delle motivazioni, contraddittorio delle parti, annotazioni al Casellario informatico²⁰ e quanto altro afferente a tale caso di esclusione.

Premesso che raramente si evincono casi di contraddittorio fra le parti relativamente all’accertamento delle infrazioni, ed in particolare alla valutazione della “gravità” e richiesta informazioni di cui all’art. 46 del Codice, si auspica un approfondimento delle parti integrative sin d’ora commentate sulla gravità, estinzione dei reati e delle sentenze passate in giudicato o provvedimenti in caso di illeciti amministrativi.

Secondo la precitata lettera, le “*gravi infrazioni devono risultare dai dati in possesso dell’Osservatorio*”. Nelle more dell’integrazione del Casellario informatico, secondo l’AVCP, si ritiene che possano rilevare ai fini dell’esclusione le informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante (!!!).

Dalla genericità dell’orientamento interpretativo, non si comprende quali dati e informazioni possano essere considerate rilevanti, quelli trasmessi dalle PA, ai fini dell’inserimento nel Casellario per l’eventuale esclusione di un’impresa. Come già precisato, la mancanza di richieste di informazioni di cui all’art. 46 del Codice e l’assenza di contraddittorio fra le parti con l’AVCP recano, nella prassi, innumerevoli casi di esclusione illegittimi per reati e infrazioni non ritenuti gravi per l’interesse pubblico, né per la collettività, ai fini dell’aggiudicazione degli appalti pubblici.

E la giurisprudenza su descritta (cfr., CdS, VI, n. 4905-4906/2009, TAR Piemonte, Sez. I, n. 1886/2008) e le successive per le lettere g), h), i), l), confermano l’esigenza di effettuare una verifica, congruamente motivata, della gravità/non gravità delle violazioni, debitamente accertate, apertura di un procedimento in contraddittorio, anche in pendenza di un contenzioso amministrativo, di lavoro, fiscale, tributario, i cui termini processuali sono differenti rispetto a quelli penali previsti per i reati, ancorchè non gravi, o prescritti ed estinti.

A ciò si aggiunge la difficoltà interpretativa circa i dati e le comunicazioni in possesso dell’Osservatorio dell’AVCP, o le motivazioni inserite che risultano essere pregiudizievoli per l’ammissione dei concorrenti alle gare, sia per i casi di falsa documentazione che di dichiarazioni mendaci. Queste ultime sarebbero quelle che accorpano in sé tutte le cause di esclusione, dalle condanne, divieti, le norme sulla sicurezza, lavoro, imposte e tasse, affidamento dei subappalti, previdenziali e assistenziali, disabili, sino alla sospensione o decadenza delle attestazioni SOA, dati tutti rientranti nel sito dell’Osservatorio.

Caso 6. Lettera f) “Grave negligenza, malafede, errore grave nell’esercizio dell’attività professionale”.

Secondo la lettera f), sono esclusi i soggetti “*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione*”

²⁰ Cfr., TAR RM, Sez. III, n. 11068/2009, CdS, VI, n. 1414/2009.

delle prestazioni affidate alla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Premesso che con la lettera f) riscontriamo per la terza e quarta volta, il concetto di "gravità" per la negligenza o malafede, e l'errore, si ribadisce quanto già in precedenza commentato sulla necessità e priorità della PA e organi competenti, stante la necessità di una preliminare valutazione congrua della gravità/non gravità per ogni caso ed elemento afferente ad una gara.

Sulla "motivata valutazione della stazione appaltante", a mio avviso, ciò non trova riscontro sia dal recente orientamento giurisprudenziale che dalla prassi, laddove i frequenti casi di esclusione non sono corredati da motivazioni congrue e/o da preliminari esami, valutazioni e contraddittorio fra le parti.

Ed infine, stante la genericità della lettera, anche qui, mancandovi un termine, un'impresa potrebbe essere esclusa, in quanto, secondo l'AVCP, la negligenza, malafede o l'errore grave comprenderebbero tutta la vita professionale espletata da un'impresa, anche se riferito a un periodo precedente al triennio della pubblicazione del bando di gara, o magari dalla sua costituzione ed iscrizione alla CCIAA.

Dunque, anche un'annotazione e dato nell'Osservatorio, potrebbe dar luogo ad una sospensione da 1 a 12 mesi dalle gare, per una dichiarazione incompleta o falsa, o un fatto non grave svoltosi nel periodo precedente al triennio precedente alla pubblicazione della gara, per tutti i casi a partire dalla lettera a) alla lettera c) e rientranti nella lettera f), e che, secondo motivata valutazione della s.a., il concorrente potrebbe essere escluso, comunque, da una singola gara!

L'AVCP precisa infine, che l'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova, e dunque, anche nelle sedi amministrative o giurisdizionali, o ancora, attraverso altre modalità.

Per sintesi di lettura ed esame della lettera f), sono state riscontrati 4 casi correlati al concetto di "gravità", e circa 8 casi, ed eventuali altri conseguenti, di "esclusione".

Ma proseguiamo con l'esame e lo studio delle successive lettere del comma 1 dell'art. 38 del Codice.

Caso 7. Lett. g) Violazioni per imposte e tasse.

Alla lettera g) si legge che sono esclusi i soggetti "*che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*".

Con la sentenza della Corte di Giustizia europea (cfr., Sez. I, 9.2.2006 C-226/04 e C-228/04), se l'impresa ha presentato ricorso giurisdizionale o amministrativo, ai termini su citati, avverso atti di accertamento definitivo del debito, o usufruito di condono fiscale o previdenziale, o abbia scelto la rateizzazione del debito, è da considerarsi in regola con la lettera in esame.

Per la giurisprudenza italiana, le violazioni, definitivamente accertate, sarebbero quelle sanate dai candidati alla data di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, in caso di procedure ristrette. La sanatoria deve essere mantenuta per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (TAR BA, Sez. I, n. 1479-2008, TAR RM, Sez. III, n. 2279-2009). Lo stesso termine di efficacia deve sussistere per il certificato dei carichi pendenti risultante all'Anagrafe Tributaria, secondo quanto disposto

dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 25 maggio 2007²¹, definitivamente accertato.

Tuttavia, non sono rari i casi di esclusione illegittima di un concorrente che ha usufruito o abbia proceduto ad una rateizzazione della sua posizione fiscale e tributaria, come si vedrà in commento con le successive lettere del comma 1.

Caso 8. Lett. h) Le false dichiarazioni risultanti dai dati dell'Osservatorio.

Secondo la lettera h), sono esclusi i soggetti *“che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e per gli affidamenti dei subappalti risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”*.

Dalla lettura della lettera h), l'esclusione dei soggetti opera per una sola annualità, per le false dichiarazioni rese, sia per i requisiti generali che per le condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti. Per queste ultime, sembrerebbe si faccia riferimento ai requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, resi, ad esempio, a seguito del controllo a campione di cui all'art. 48, comma 1 del Codice.

Con la lettera in esame, entrano in gioco innumerevoli casi di esclusione strettamente collegati alle precedenti lettere, e soprattutto alla lettera c), che hanno, a mio avviso, quel denominatore comune rappresentato dalla mancanza della preliminare valutazione della gravità/non gravità della PA di ogni atto e/o dichiarazione rilasciata da un concorrente.

Si badi, inoltre, che, le violazioni comminate ai concorrenti, non sempre, nella prassi, trovano diretta applicazione di tutte le normative riguardanti gli appalti pubblici, che ben potrebbero evitare contenziosi amministrativi avverso, ad esempio, le procedure L. n. 241/90 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) ed il mancato contraddittorio fra le parti, prima di procedere ad un'esclusione e all'eventuale illegittima annotazione al Casellario informatico dell'AVCP. Al riguardo, l'Autorità ritiene che *“l'iscrizione nel Casellario informatico dell'esclusione ai*

²¹ Circ. n. 34/E Agenzia Entrate, stralcio parte documento: *.....“Dal disposto della norma richiamata si desume che la regolarità fiscale richiesta dal Codice dei contratti pubblici possa essere certificata, in riferimento alla data o al periodo indicati dal richiedente, dall'Ufficio locale competente secondo il domicilio fiscale del soggetto d'imposta quando risulti, in base alle informazioni ed ai documenti di cui dispone, che l'Amministrazione finanziaria non abbia contestato al contribuente una qualsiasi violazione di obblighi in materia di tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate, mediante atto che si sia reso definitivo per effetto del decorso del termine di impugnazione ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, del passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale (cfr. ris. n. 2/E del 3 gennaio 2005). Si ritiene, inoltre, che l'irregolarità fiscale viene meno qualora, alla data rispetto alla quale viene richiesta la certificazione, la pretesa dell'Amministrazione finanziaria sia stata integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata. Ciò premesso, si conferma l'attualità del citato provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 25 giugno 2001 cui, in via generale, occorre fare riferimento in tutte le ipotesi in cui l'Agenzia delle entrate è tenuta a certificare i c.d. carichi pendenti. In conformità al predetto provvedimento, gli Uffici indicheranno separatamente, nel richiesto certificato, anche le violazioni che non risultano ancora definitivamente accertate. Ciò in quanto la valutazione della sussistenza del requisito della regolarità fiscale di cui, in particolare, al Codice dei contratti pubblici spetta comunque alla stazione appaltante, alla quale l'Agenzia delle entrate deve fornire tutte le informazioni utili alla verifica dello stesso, sia in relazione alla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti, nonché dei subappalti, sia in relazione alla successiva stipula dei relativi contratti”*.

sensi della lettera h) è da essa effettuata previo contraddittorio con le parti interessate e secondo quanto previsto nell'allegato alla presente determinazione".

Dunque, per la lettera h) è previsto il contraddittorio fra le parti, ma che, secondo l'orientamento più recente del CdS (n. 4905-4906-4907/2009) l'assenza dell'amministrazione pubblica alla valutazione di gravità/non gravità della violazione contributiva che ha dato luogo all'esclusione per una diversa motivazione, ovvero per asserita falsità della dichiarazione che ha omesso di indicare tutte le irregolarità contributive, il giudice non può compiere alcuna valutazione di gravità/non gravità.

Merita, a tal fine, particolare esame il concetto di falsità o "false dichiarazioni" e/o "dichiarazioni mendaci" di cui alla lettera in esame e alla lettera m-bis del comma 1, riguardo alla sospensione e revoca dell'attestazione SOA.

Secondo il Legislatore comunitario (art. 45, par. 2, lettera g), Dir. 18/2004), non basta la "falsità" o l'"incompletezza" della dichiarazione del rappresentante per condurre all'esclusione, dovendo tale elemento oggettivo essere accompagnato dall'elemento soggettivo della colpa grave.

Per il Legislatore italiano, la lettera h), invece, rileva la "falsa dichiarazione" in sé, a prescindere da qualunque elemento soggettivo.

Di fronte a tale diversa impostazione normativa, la PA ha l'alternativa di configurare *sic et simpliciter* la "falsa dichiarazione" come causa di esclusione, oppure di disapplicare la normativa stessa per contrasto con il diritto comunitario.

Epperò, la norma sulla causa di esclusione prevista per le dichiarazioni non veritiere rese per l'iscrizione negli elenchi ufficiali degli operatori economici disciplinati all'art. 52 della Dir. n. 18/2004, che è stata applicata nel nostro ordinamento all'art. 17 del d.P.R. n. 34/2000, comma 1, lettera m), nel pieno rispetto dell'impianto della CE.

Lo stesso dicasi per la veridicità delle certificazioni e della documentazione dei soggetti ai fini del rilascio dell'attestato SOA, afferente all'esistenza e alle informazioni trasmesse dalle PA, ed inseriti nel Casellario informatico e ai successivi controlli effettuati dall'Autorità per la Vigilanza.

Considerate le conseguenze derivanti dalla mancata o falsa dichiarazione rilasciata, sia ai fini dell'iscrizione negli elenchi, sia per la partecipazione, ed infine, per il rilascio dell'attestato SOA, quali per l'appunto, le sanzioni, sospensioni e decadenza, si ritiene a tale fine, che la valutazione di una falsità, dichiarazione mendace e altro affine vada svolta partendo dalle predette informazioni, avvio del procedimento e contraddittorio fra le parti, per una valutazione prioritaria della falsità di atti e dichiarazioni, onde evitare annotazioni errate, sanzioni, sospensioni e ricorsi per l'illegittimità di procedure amministrative e di esclusione di un concorrente dalla gara.

Nella sentenza citata (n. 4905/2009), i giudici hanno ritenuto che nei confronti dell'operatore economico escluso, anche per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di affidamento, viene instaurato un procedimento in contraddittorio. Il provvedimento di esclusione può ritenersi anche equipollente dell'avviso dell'avvio del procedimento di iscrizione nel Casellario. Lo stesso dicasi per il provvedimento di qualificazione SOA.

Diverso discorso va fatto per le comunicazioni derivanti da episodi di grave negligenza, grave inadempimento e di false dichiarazioni. In tali casi, la PA, per effettuare la segnalazione, dovrebbe valutare la presenza o meno di tali episodi, senza avviso di procedimento alcuno al concorrente in merito, onde evitare dati non definitivi, incompleti o errati inseriti nel Casellario informatico.

Caso 9. Lett. i) Le gravi violazioni dei contributi previdenziali e assistenziali.

Alla lettera i) si legge che sono esclusi i soggetti *“che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legge italiana o dello Stato in cui sono stabiliti”*.

Con il quinto caso di “gravità”, si rileva, sia nella prassi che per la costante giurisprudenza, la necessità e la priorità di indicare e prescrivere nei bandi di gara, solo ed esclusivamente le violazioni, definitivamente accertate, afferenti ad ogni lettera di riferimento del comma 1, oltre a limitare l’indicazione delle medesime solo al triennio precedente la pubblicazione del bando di gara.

Riguardo ai contributi previdenziali e assistenziali, premesso quanto già disposto dalla D.M. del 24.10.2007 citato in nota n. 19 e alla Circolare dell’Agenzia delle Entrate, ai fini della stipula del contratto di appalto con la PA, quest’ultima dovrebbe motivare l’eventuale gravità e violazione eventuale risultante dalla certificazione di regolarità contributiva (INPS-INAIL e Casse Edili) acquisita, prima di disporre un provvedimento di esclusione. Si tiene presente, inoltre, che detta certificazione, avente validità trimestrale per i settori edili, secondo l’art. 39-septies del DL. n. 273/2005 (convertito in Legge n. 51/2006), sarebbe sempre richiesta ed acquisita sia alla data di aggiudicazione della gara, sia durante l’intero periodo di esecuzione del contratto con l’affidatario, e di conseguenza, con l’eventuale subappaltatore, stante la responsabilità solidale nei confronti della PA.

Il procedimento di rilascio del D.U.R.C. è stato modificato dall’articolo 16-bis, comma 10 del d.l. n. 185/2009, che ha trasferito l’obbligo in capo alle PA di acquisire d’ufficio il documento dagli istituti ed enti competenti.

Nella prassi, come negli innumerevoli casi di impugnazione delle aggiudicazioni, le lettere i) e g) risultano essere quasi spesso oggetto di incompletezza dei dati sulle contribuzioni previdenziali e assistenziali, oltre che di frequente ritardo nel disporre la conclusione delle fasi di gara, annullamento dei bandi e altro.

Da ultimo, per l’ipotesi di cessione di ramo di azienda, ed in presenza di debiti pendenti della società cedente con l’INPS, i giudici di primo grado (TAR BA, n. 77/2009²²) hanno ritenuto illegittima l’esclusione dell’impresa cessionaria concorrente ad una gara.

²²TAR BA, n. 77/2009, lettera i) comma 1, art. 38: *“Se la norma proibisce di contrarre con le imprese che risultino debitorie nei confronti degli enti previdenziali, la sussistenza della situazione debitoria non può che essere accertata in stretta osservanza delle regole poste dal diritto privato. In tema di cessione d’azienda e passaggio dei debiti contributivi, la giurisprudenza ha indicato con chiarezza la portata applicativa dell’art. 2560, comma secondo, cod. civ.: “(...) in caso di trasferimento di azienda i debiti contratti dall’alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l’omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, costituiscono debiti inerenti all’esercizio dell’azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall’art. 2560 cod. civ., senza che possa operare l’automatica estensione di responsabilità dell’acquirente ex art. 2112, comma secondo, cod. civ., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l’omesso versamento dei contributi obbligatori (...), restando estraneo al cosiddetto rapporto contributivo, che intercorre fra l’ente previdenziale e il datore di lavoro. (...) nessun rilievo può avere la dedotta conoscenza che l’INPS attribuisce alla società resistente circa l’esistenza dei debiti previdenziali in esame già da prima del trasferimento dell’azienda. Si deve infatti osservare che l’iscrizione dei debiti, inerenti all’esercizio dell’azienda ceduta, nei libri contabili obbligatori è elemento costitutivo della responsabilità dell’acquirente dell’azienda e non può essere surrogata dalla prova che la conoscenza dell’esistenza dei debiti sussisteva comunque in capo all’acquirente medesimo” (Cassaz. civ., sez. lav., 3 aprile 2002 n. 4726; nello stesso senso Id., 16 giugno 2001 n. 8179). Non è possibile rinvenire, nella vigente*

Sembra dunque, che alla lettera in commento vadano contestualmente applicate le altre norme e leggi in vigore per i contributi previdenziali e assistenziali²³, ai fini di una valutazione complessiva prioritaria della posizione del concorrente, sia soggettiva che oggettiva, oltre che tecnico e finanziario del prodotto/servizio/lavoro finale offerto.

A ciò si aggiunge anche l'applicabilità delle leggi in vigore da parte degli enti preposti in ragione della previsione normativa contenuta nell'art. 8, comma 2 del DM 24 ottobre 2007, in nota n. 22. Secondo la recente nota del Ministero del Lavoro del 18.6.2010 n. 10849, prot. n. 25 "è riconosciuta la possibilità per l'INPS di attestare la regolarità contributiva, ai fini del rilascio del DURC, fino alla adozione del provvedimento formale di decisione da parte dell'Organo competente a pronunciarsi ai sensi della legge n. 88/1989".

Inoltre, il Ministero del Lavoro è intervenuto, con nota n. 10382/2010 anche per le grandi imprese commerciali in stato di amministrazione straordinaria, che non hanno versato i contributi e i premi. Al riguardo, ed in ragione delle precedenti considerazioni poste alla lettera a) del comma 1, "gli enti previdenziali, nella qualità di eventuali creditori privilegiati, devono aver presentato domanda, nei termini di 90/120 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza, per il recupero del credito. Il rispetto di tali termini determina la sospensione dei pagamenti. Il DURC dovrà essere rilasciato proprio in relazione alle somme vantate dagli enti, che, dopo aver eseguito la procedura di verifica del passivo, potranno essere coperte dalle attività dell'impresa. Nella nota, si pone in rilievo l'amministrazione straordinaria quale procedimento amministrativo che deve tutelare le finalità pubbliche, vale a dire la salvaguardia dei posti di lavoro, il possibile risanamento aziendale, comparandole con le esigenze del mercato e la tutela dei creditori.

Ne consegue, dunque, che i casi di esclusione di cui alle lettere i) ed a) andrebbero rivisitate e valutate alla luce di tutte le leggi per gli adempimenti opportuni da parte delle PA per l'applicabilità delle norme del Codice.

Caso 10. Lett. l) Normativa dei soggetti disabili.

L'esclusione della lettera l) è comminata ai soggetti "che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2".

legislazione sugli appalti pubblici, una norma che consenta di sanzionare le pratiche elusive attuate dagli operatori economici attraverso lo strumento della cessione di ramo d'azienda, che talvolta può effettivamente rivelarsi idonea ad aggirare i divieti di partecipazione in cui incorrerebbe l'impresa cedente. Ne discende che non può essere esclusa da una pubblica gara, ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, l'impresa cessionaria del ramo d'azienda, quando in capo all'impresa cedente risultino debiti previdenziali non iscritti nelle scritture contabili, viepiù qualora le parti abbiano espressamente escluso l'accollo dei debiti pregressi da parte della cessionaria".

²³ Art. 8, commi 1 e 2 D.M. del 24.10.2007: Cause non ostative al rilascio del DURC": 1. Il DURC è rilasciato anche qualora vi siano crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario. 2. Relativamente ai crediti non ancora iscritti a ruolo: a) in pendenza di contenzioso amministrativo, la regolarità può essere dichiarata sino alla decisione che respinge il ricorso; b) in pendenza di contenzioso giudiziario, la regolarità è dichiarata sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.

Anche per tale caso di esclusione, ai fini della partecipazione alla gara (art. 17, e s.m.i. art. 40, co. 5, D.L. n. 112/2008, conv. con L. n. 133/2008), è prevista la certificazione del legale rappresentante attestante la regolarità alla normativa del lavoro sui disabili. Inoltre, all'autocertificazione, già richiesta con la Circolare n. 10/2003 del Ministero del Lavoro, seguono gli accertamenti delle PA per la verifica del requisito presso i servizi provinciali di collocamento.

Tale ulteriore comminatoria, riservata alla normativa sui disabili, comporta nella prassi motivo di impugnazione dei bandi, per incompletezza e chiarezza degli stessi, e che, per giurisprudenza costante (cfr., *ex multis*, TAR RM, Sez. III-Bis, n. 9793/2010, TAR RM, Sez. III-Bis, n. 11405/2008, CdS, V, n. 256/2007) "la mancata indicazione della Legge sui disabili e di detta lettera l)" nel bando di gara e documenti complementari, non osta ai concorrenti di dichiarare la regolarità sui disabili con l'autocertificazione".

Al riguardo, sebbene i soccorsi istruttori di cui alla Legge n. 241/90 siano inammissibili, tale mera irregolarità potrebbe, a mio avviso, anche essere sanata attraverso l'art. 46 del Codice più volte citato, ai fini delle informazioni e chiarimenti da parte delle PA, piuttosto che dar luogo ad esclusioni dagli appalti pubblici per la mancata indicazione dell'articolo e della legge, soprattutto se hanno riguardo a servizi di particolare rilievo per l'interesse della collettività e delle imprese.

Caso 11. Lett. m) Sanzioni interdittive D.Lgs. n.231/2001 e la normative sulla sicurezza dei lavoratori.

Secondo la lettera m) del comma 1, sono esclusi i soggetti *"nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248"*.

La prima sanzione disciplinata alla predetta lettera riguarda i soggetti enti responsabili ai quali è fatto divieto "di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio".

La successiva sanzione ha riguardo alla normativa sulla sicurezza dei lavoratori di cui al D.Lgs. n. 81/2008 e s.m.i., modificato dal d.Lgs. n. 106/2009, estesa a tutte le attività imprenditoriali, e non più solo per i cantieri edili, in caso di violazione dell'impiego di personale pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori di un'impresa. In tal caso, potrebbero essere adottati, su segnalazione delle PA, provvedimenti sospensivi dell'attività imprenditoriale specifica e interessata dalle violazioni, per una durata parametrata alle diverse percentuali di irregolarità, e comunque non superiore a due anni.

Secondo l'AVCP, tali provvedimenti decorrerebbero dalla data di notifica all'operatore economico, non essendo sufficiente la pendenza di un procedimento di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008 su citato.

Con la locuzione *"altra sanzione"*, secondo l'AVCP, è da intendersi riferita anche a tutti quei reati, già citati all'art. 32-quater, nota n. 7, se commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale.

Per le misure interdittive di cui al D.Lgs. n. 231/2001, si precisa che per la recente giurisprudenza penale (cfr., Cass. Pen. n. 20560/2010) è intervenuta sostenendo che la

“misura interdittiva va limitata alla specifica attività o al settore cui si riferisce l’illecito accertato”.

Caso 12. Lett. m-bis) Sospensione o decadenza dell’attestazione SOA. Falsa documentazione e dichiarazioni mendaci.

Con la lettera m-bis, sono esclusi i soggetti *“nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell’attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”*.

Con la suddetta fattispecie di esclusione, ritroviamo un ulteriore caso di “falsa” documentazione e di “dichiarazioni mendaci” relativamente all’attestazione SOA rilasciata dalle società deputate al rilascio dello stesso.

Secondo l’AVCP il *dies a quo* decorre dalla data di inserimento nel Casellario informatico del provvedimento di decadenza dell’attestato.

Se ne deduce quindi, che da un provvedimento di decadenza SOA, nel Casellario saranno indicate sia le eventuali annotazioni ed informazioni in caso di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci addebitate all’operatore economico (cfr. CdS, Sez. VI, n. 2126/2008²⁴), sia l’eventuale nuovo attestato rilasciato alla medesima impresa che riprende il corso delle attività della partecipazione agli appalti pubblici.

Ci si chiede al riguardo, se e come, a seguito di una sospensione dalla partecipazione agli appalti pubblici, la medesima impresa possa essere in possesso dei certificati di lavori eseguiti ai fini del conseguimento della nuova attestazione di qualificazione ai sensi dell’art. 17, lettera m), del d.P.R. n. 34/2000.

Si pensi alla medesima società che ha cessato l’attività, con conseguente apertura di una nuova azienda, unica strada per poter riprendere *ex novo* l’iter normale procedurale per la partecipazione alle gare pubbliche, svolgere le attività con i relativi certificati di lavori eseguiti, evitando così rischi e altro per le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di cui all’art. 38 del Codice.

Anche per tale lettera del comma 1, sarebbe preferibile procedere, prima della dichiarazione di sospensione e decadenza dell’attestato SOA, con il contraddittorio delle parti, con il contestuale esame dei documenti e dichiarazioni trasmesse dalla PA, per la valutazione complessiva del profilo soggettivo dell’operatore economico e della eventuale “falsità” e/o dichiarazioni “mendaci” rilasciate.

Caso 13. Lettera m-ter) Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione.

Con la lettera m-ter sono esclusi i soggetti *“di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di*

²⁴ CdS, Sez. VI, n. 2126 dell’8 maggio 2008: *“E’ illegittimo considerare l’assenza di riscontro oggettivo delle certificazioni elemento di per sé idoneo a giustificare la revoca, ma che, in presenza di certificati disconosciuti dalle stazioni appaltanti, si doveva tener conto che si trattava di certificati irrilevanti per il rilascio dell’attestazione, che non vi era quindi alcun interesse alla falsificazione da parte dell’impresa, che la stessa Autorità non ha sostenuto l’imputabilità del falso in capo all’appellante, che dalla documentazione prodotta da quest’ultima è emerso che i lavori oggetto delle certificazioni sono stati regolarmente eseguiti”*. Successivamente a detta pronuncia, il TAR (RM, Sez. III, n. 1468 del 16.2.2009) ha annullato anche la revoca dell’attestazione successivamente ottenuta dalla stessa impresa, pronunciata senza alcuna indagine sull’imputabilità o meno del fatto, e solo perché il secondo attestato era stato ottenuto prima di un anno dalla revoca del primo.

prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo state vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alla generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio".

Per la fattispecie in esame, tutti i soggetti, titolari, direttori tecnici, i soci/soci accomandatari, amministratori, procuratori ed institori, sono esclusi dalla partecipazione ad una gara se non hanno denunciato all'autorità giudiziaria fatti afferenti ai reati di concussione ed estorsione aggravata. L'esclusione non opera se il fatto -o la mancata denuncia- è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

La mancata denuncia del soggetto, e gli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio formulata nel triennio precedente alla pubblicazione del bando, viene inserita nel Casellario informatico, con contestuale comunicazione dell'AVCP all'operatore economico. In tal modo, il soggetto può effettuare una sua prima verifica nei dati dell'Osservatorio, al fine di evitare rilasci di dichiarazioni non veritiere.

Nella prassi, accade che in attesa di una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, a partire dalla data di richiesta di rinvio a giudizio e per i tre anni successivi, l'operatore non è in grado di conoscere l'esito dell'accertamento delle circostanze esimenti svolte dal Procuratore della Repubblica, e per tale situazione di pendenza, e stante le difficoltà di accesso ai dati dell'Osservatorio, altro non può fare che rilasciare una dichiarazione con la nota espressione "per quanto risulti a propria conoscenza". Se il processo penale si conclude entro i tre anni, l'operatore non può essere escluso, e l'annotazione al Casellario verrebbe cancellata.

Come è evidente, anche in tale lettera vi è il caso di un procedimento pendente, già formulato alla lettera b) del comma 1, che non consente all'operatore economico di essere a conoscenza delle circostanze e dei rischi che potrebbe incontrare durante la sua partecipazione alla gara, con conseguenze gravi per l'attività di impresa per gli anni successivi.

Data la natura complessa del comma 1, compresa tale ultima lettera, sembrerebbe che i divieti e le esclusioni inserite in tale articolo non siano rispondenti ad una celerità e semplificazione amministrativa delle procedure degli appalti pubblici. E il continuo susseguirsi di norme e leggi in materia rendono il settore farraginoso e difficoltoso anche per una nuova impresa che intraprende le attività con la Pubblica Amministrazione.

Ritengo che anche tale lettera m-ter possa essere rivisitata e riesaminata, anche in considerazione della precedente lettera b), o che possa far parte di un altro contesto normativo penale-processuale, come antimafia, anticorruzione, riciclaggio e altro allo studio del Legislatore.

Casi 14 e 15. Lettera m-quater) e comma 2: Rapporti di controllo e collegamento sostanziale, e imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale.

Con l'ultima lettera *m-quater* sono esclusi i soggetti "che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Inoltre, ai fini della lettera *m-quater*, al comma 2) dell'articolo 38 è richiesto al concorrente di allegare, *alternativamente*: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa".

L'inserimento di tale ultima esclusione nel comma 1 deriva dall'adeguamento del Legislatore nazionale a quello comunitario e orientamento giurisprudenziale (Corte di Giustizia C-538/07) per l'integrazione dell'elenco delle cause di esclusione concernenti la moralità professionale e l'affidabilità dell'operatore economico anche per quanto riguarda la dimostrazione della prova contraria circa la documentazione utile giustificativa dell'autonomia dell'offerta presentata.

In tal modo, le imprese hanno la possibilità di provare l'insussistenza dell'offerta imputabile ad un unico centro decisionale. L'AVCP precisa inoltre che, per entrambe le ipotesi di assenza o presenza di controllo di cui alle lettere a) e b) del comma 2, l'impresa potrebbe autocertificare la piena autonomia nella elaborazione dell'offerta, attraverso visure storiche, statuti e documenti riguardanti l'organizzazione aziendale.

Sia nella prassi che nella recente giurisprudenza di seguito riportata, le conseguenze riguardanti il concetto del "collegamento e controllo sostanziale" e dell'"unico centro decisionale" motivato a mezzo dei predetti documenti sono notevoli, data la dovuta iscrizione, annotazione e pubblicazione nel Casellario informatico²⁵, oltre che non esaustive per la redazione dell'offerta gli operatori economici, in quanto gli atti indicati (visure storiche, statuti, quote azionarie, soci e diritti su azioni) sono parte integrante della documentazione amministrativa, e non di quella successiva economica.

Si badi, inoltre, che, per la giurisprudenza (cfr., TAR RM, Sez. III-Bis n. 3594/2008, TAR RM, Sez. III, n.4096/2007, TAR MI, Sez. III, n. 896/2006) "l'esclusione può ritenersi ammissibile soltanto in presenza di una fattispecie presuntiva fondata sull'accertamento di una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti". In via esemplificativa, si fa riferimento, ad esempio, ai medesimi indirizzi e sedi, spedizione dei plichi, alle identiche

²⁵ TAR. RM SEZ, III n. 10697/2008: "L'iscrizione nel casellario informatico di una situazione di collegamento sostanziale tra due o più imprese partecipanti alla medesima gara è legittimata dall'art. 27, lett. t) del DPR 34/2000, il quale introduce un'ipotesi di iscrizione innominata relativa ad ogni altra notizia riguardante le imprese, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, che sia ritenuta utile ai fini della tenuta del casellario. Di conseguenza, l'imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale merita di essere annotata e pubblicata mediante la sua iscrizione nel casellario informatico, trattandosi di notizia di estrema rilevanza per la conduzione corretta delle gare. Nelle procedure di gara, ai fini della valutazione della sussistenza di un collegamento sostanziale tra imprese, devono essere valutati i singoli elementi riscontrati dall'Amministrazione - nella specie l'ubicazione delle sedi nel medesimo indirizzo, la partecipazione allo stesso consorzio stabile - nella loro valenza complessiva, essendo irrilevante il fatto che tali elementi, atomisticamente considerati, possano essere ritenuti privi di rilevanza probatoria". Nello stesso senso, CdS, Sez. V, n. 554/2007, Sez. VI, n. 3500/2006.

polizze fideiussorie e ai rapporti di parentela tra gli amministratori unici delle società e gli intrecci azionari esistenti e facenti capo stessi soggetti.

Al riguardo, nella prassi, gli unici elementi a corredo dell'offerta economica e giustificativa del comma 2 sarebbero la spedizione del plico, la polizza fidejussoria, gli elaborati di sintesi dell'offerta presentata, con autocertificazione dell'autonomia dell'offerta sottoscritta dal procuratore o legale rappresentante dell'impresa.

Alla luce dell'esame delle lettere di cui al comma 1, delle innumerevoli clausole e cause di esclusione correlate, e del comma 2, degli operatori economici dagli affidamenti pubblici, e a seguito dei recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, una cooperazione e collaborazione reciproca fra le amministrazioni aggiudicatrici, centrali e locali, Enti, Istituzioni e Autorità competenti con gli operatori economici sarebbe di utilità per le imprese e il nostro Paese per i fini già recati in diverse recenti leggi e decreti emanati per la semplificazione amministrativa, gli obiettivi del piano *e-government* e la celerità di tutte le procedure previste per l'aggiudicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Attesi i provvedimenti necessari alla lotta alla corruzione, frode, riciclaggio e antimafia, e all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, il complesso impianto normativo vigente potrebbe essere semplificato ed applicato attraverso il confronto, scambio e aggiornamento delle informazioni inserite in tutti i sistemi informativi presenti, a partire dai Casellari e Banche Dati completi ed aggiornati (anagrafici, fiscali, tributari, previdenziali, informatici e giudiziari), e sino al previo contraddittorio con tutte le parti interessate, per prevenire fenomeni distorsivi della legislazione, infiltrazioni mafiose e condizionamenti illeciti sul mercato.

Avv. Giusy Violante
Foro di Roma