



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Documento base per l’Audizione

Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi

INDICE

| | |
|---|----------------|
| <i>Premessa</i> | <i>pag. 3</i> |
| 1. <i>Insussistenza di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, comma 1, lett. a).</i> | <i>pag. 4</i> |
| 2. <i>Insussistenza di misure di prevenzione o di cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (art. 38, comma 1, lett. b).</i> | <i>pag. 6</i> |
| 3. <i>Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazione criminale (art. 38, comma 1, lett. c).</i> | <i>pag. 9</i> |
| 4. <i>Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, comma 1, lett. d).</i> | <i>pag. 14</i> |
| 5. <i>Infrazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro (art. 38, comma 1, lett. e).</i> | <i>pag. 15</i> |
| 6. <i>Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f).</i> | <i>pag. 17</i> |
| 7. <i>Violazioni di obblighi fiscali (art. 38, comma 1, lett. g).</i> | <i>pag. 19</i> |
| 8. <i>False dichiarazioni in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati dell'Osservatorio (art. 38, comma 1, lett. h).</i> | <i>pag. 20</i> |
| 9. <i>Irregolarità contributiva (art. 38, comma 1, lett. i.).</i> | <i>pag. 27</i> |
| 10. <i>Mancata presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n.68 (art.38, comma 1, lett.l).</i> | <i>pag. 31</i> |
| 11. <i>Sanzioni interdittive (art.38, comma 1, lett.m).</i> | <i>pag. 32</i> |
| 12. <i>Sospensione o decadenza di attestato SOA per false dichiarazioni (art.38, comma 1, lett.m-bis.)</i> | <i>pag. 33</i> |
| 13. <i>Denuncia dei reati di concussione o estorsione (art. 38, comma 1, lett. m ter).</i> | <i>pag. 39</i> |
| 14. <i>Situazione di controllo ai sensi dell'art.2359 c.c. ed imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale (art.38, comma 1, lett. m-quater)</i> | <i>pag. 40</i> |
| 15. <i>Le annotazioni sul casellario.</i> | <i>pag. 41</i> |

Premessa

Questa Autorità, con le determinazioni n. 16/23 del 5 dicembre 2001, n. 10 del 29 maggio 2002 e n. 13 del 15 luglio 2003, ha fornito indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e di concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Alla luce del mutato assetto normativo introdotto dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, (d'ora innanzi "Codice"), nonché di significative indicazioni giurisprudenziali, l'Autorità ritiene opportuno riesaminare la materia per contribuire ad un'applicazione uniforme della disciplina vigente.

L'Autorità ha pertanto predisposto il presente documento per svolgere una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate sui requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici e successivamente adottare un atto a carattere generale e/o una segnalazione al Governo ed al Parlamento.

Si sottopongono, pertanto, all'attenzione dei soggetti invitati all'audizione gli aspetti maggiormente problematici segnalati all'Autorità in relazione alle cause di esclusione previste dal citato art. 38 del Codice, sui quali si chiede di formulare osservazioni, nonché di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative.

L'art. 38 del Codice disciplina i casi di esclusione degli operatori economici dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi e dei settori speciali, oltre che di diniego dell'affidamento dei subappalti, nonché di divieto di stipula dei relativi contratti, per difetto dei requisiti di ordine generale. La norma recepisce ed estende il contenuto dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, non distinguendo tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa operata dal legislatore comunitario, con la conseguenza che in presenza di una delle ipotesi ricomprese nell'art. 38, sussiste l'obbligo in capo alla stazione appaltante di escludere il concorrente, nonché l'impossibilità di stipulare il contratto ovvero il subappalto, essendo venuta meno l'affidabilità morale e l'elemento fiduciario dell'operatore economico.

La normativa in questione si applica sia agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia a quelli di importo inferiore alla soglia, in base all'art. 121 del Codice, con riferimento ai lavori, ed all'art. 124, comma 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture, ove l'individuazione dei criteri è

demandata all'emanando regolamento attuativo del Codice il quale, a propria volta, contiene un rinvio all'art. 38.

I requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette, e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto. Nel caso di subappalto, momento saliente è quello del rilascio dell'autorizzazione.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti, richiesti dall'art. 38 e dichiarati dagli operatori economici in autocertificazione, acquisendo *“d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti”*; si evidenzia che, ai sensi della legge n. 2 del 28 gennaio 2009, le stazioni appaltanti pubbliche devono acquisire d'ufficio il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) anche attraverso strumenti informatici.

Inoltre, si deve tenere presente che lo schema di regolamento in corso di emanazione stabilisce l'applicazione dei requisiti indicati all'art.38 in sede di qualificazione SOA. Peraltro, l'art. 253, comma 3 del Codice prevede che il DPR n.34/2000 continua ad applicarsi nei limiti di compatibilità con il Codice stesso.

Il presente documento si sofferma in modo più diffuso ed articolato sulle cause di esclusione che attengono ad un ambito discrezionale della stazione appaltante con riferimento ad aspetti sostanziali quali la gravità della violazione, l'incidenza sulla affidabilità professionale in relazione all'oggetto del contratto, la sospensione dalle gare, i mezzi di prova, in ragione della conseguente maggiore complessità e problematicità delle questioni emerse. Sono evidenziati, inoltre, gli aspetti applicativi con riferimento alla annotazione delle esclusioni sul casellario informatico istituito presso l'Autorità, come previsto dalla normativa vigente (cfr. determinazioni n. 1/2005 e n. 1/2008).

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

La disposizione fa riferimento a due distinte fattispecie, giustificate dall'esigenza di garantire l'affidabilità economica dell'offerente: (i) la prima attinente all'ipotesi di conclamato dissesto economico dell'interlocutore contrattuale dell'amministrazione, (ii) la seconda, invece,

concernente il caso in cui sia in corso un procedimento, ancorché non concluso, per l'accertamento di tale situazione.

(i) Come già nella previgente normativa, è disposta la piena assimilazione del concordato preventivo alla dichiarazione di fallimento. E' stato al riguardo rappresentato che con il processo di riforma delle legge fallimentare l'istituto del concordato preventivo (art.160 e ss. L.F.) sarebbe stato completamente rimodellato, quale istituto funzionale al risanamento ed alla continuità dell'attività aziendale. La modifica avrebbe l'obiettivo di garantire anche alle imprese che non raggiungono le dimensioni richieste dal d.lgs. n. 270/1999, di poter avviare un processo di ristrutturazione in presenza di situazioni di crisi. Secondo tale prospettiva, in presenza della medesima *ratio*, identico dovrebbe essere il trattamento riservato alle imprese soggette sia alla disciplina del nuovo concordato preventivo che all'amministrazione straordinaria, in relazione all'ammissione alle gare di appalto. Pertanto, se è vero, come si dirà oltre, che l'art.38 del codice non prevede tra le cause di esclusione dalle gare la fattispecie dell'amministrazione straordinaria, applicabile alle imprese di grandi dimensioni, analoga possibilità di partecipazione dovrebbe essere consentita, altresì, alle imprese di minori dimensioni che accedono al concordato preventivo, sulla base di un concreto piano di ristrutturazione, al fine di consentire loro una effettiva presenza sul mercato. Al riguardo si ritiene insuperabile la lettera della legge che prevede espressamente l'ipotesi di concordato preventivo, legge peraltro successiva alla riforma della legge fallimentare della quale il Codice ha tenuto conto con riguardo alla amministrazione controllata. Sembra permanere comunque una differenza sostanziale tra i due istituti che attiene alle conseguenze derivanti dall'ammissione alla relativa procedura, per cui – ferma restando la possibile prosecuzione dell'attività dell'impresa - questa è finalizzata al risanamento aziendale vero e proprio nel caso dell'amministrazione straordinaria , mentre è diretta ad una maggiore tutela dei creditori nell'ipotesi del concordato preventivo. Detta differenza, nell'ottica del buon esito dell'esecuzione del contratto di appalto, non sembra possa garantire per le imprese in concordato preventivo requisiti di solidità aziendale ed affidabilità equivalenti a quelli in capo alle imprese in amministrazione straordinaria, almeno a legislazione vigente.

Con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa, è da ricordare che essa può conseguire ad accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza con sentenza del tribunale, ai sensi dell'art. 195 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267).

Spicca l'assenza del riferimento al caso della amministrazione controllata, invece presente nell'art.

45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE come pure in tutta la previgente normativa in materia di appalti pubblici, a causa della soppressione dell'istituto nel frattempo intervenuta a mezzo dell'art. 147, comma 1, D.Lgs. 9/01/2006 n. 5 che, a decorrere dal 16 luglio 2006, ha abrogato il titolo IV *Dell'Amministrazione controllata*, artt. 187-193, della legge fallimentare.

Quanto alla sopra citata ipotesi dell'amministrazione straordinaria di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, si ritiene, in ciò confortati dalla prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4241 e da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727) che non rappresenti causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, anche considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni analoghe contenuto nell'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE.

Il problema del coordinamento con il D.P.R. 34/2000 che nell'art. 17, comma 1, lett. h), annovera l'inesistenza di una procedura di amministrazione straordinaria tra i requisiti generali ai fini della qualificazione risulta superato dal fatto che a norma dell'art. 40, comma 4, lett. d) del Codice, il Regolamento definisce i requisiti di ordine generale ai fini della qualificazione in conformità dell'art. 38 e che, pertanto, con l'entrata in vigore del Regolamento i requisiti generali necessari per ottenere l'attestazione saranno conformi a quelli necessari per la partecipazione alle procedure di affidamento.

ii) Riguardo alla sussistenza dei presupposti per ritenere verificata questa seconda ipotesi, si ritiene, sulla base della prevalente giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 giugno 1998, n. 1395; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 25 febbraio 1997, n. 480) che non sia sufficiente il mero deposito del ricorso di fallimento da parte di un creditore, potendo ciò aprire la via alla proposizione di istanze strumentalmente finalizzate ad escludere un operatore economico da una gara d'appalto, ma occorra un pronunciamento quanto meno istruttorio dell'autorità giudiziaria che accerti positivamente lo stato d'insolvenza.

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

La disposizione rappresenta una causa generale di esclusione relativa alla pericolosità sociale non contemplata nella normativa degli appalti pubblici di forniture e servizi, mentre era già prevista per i lavori nell'art. 75, comma 1, lett. b) del D.P.R. 554/1999. La formulazione della clausola si differenzia rispetto alla previgente normativa in materia di lavori per la precisazione che la

pericolosità sociale per le società in accomandita semplice, va accertata rispetto, oltre che al direttore tecnico, ai soli soci accomandatari (nel senso di quanto segnalato nella deliberazione dell'Autorità n. 52/2004) e non indistintamente a tutti i soci. Inoltre è stato previsto l'espresso riferimento alle cause ostative di cui all'art.10 della legge 31 maggio 1965, n.575, in merito al divieto di 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, determinato dal provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione.

In via generale, appare opportuno precisare che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione è autonomo e distinto rispetto al procedimento penale. Perciò la valutazione della pericolosità sociale, cui è subordinata l'applicazione della misura sanzionatoria, non implica necessariamente l'esistenza di un'eventuale condanna penale. La misura di prevenzione si può ritenere in corso al momento della richiesta al tribunale dell'applicazione della sorveglianza speciale da parte del questore, del procuratore nazionale antimafia o del procuratore della Repubblica, cui segue l'iscrizione nei registri istituiti presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso la cancelleria dei tribunali.

Ai fini della definizione dell'ambito di applicazione della causa di esclusione, emergono le seguenti problematiche (cfr. Determinazione n. 13 del 2003):

- il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55, nel quale è stabilito che presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali sono istituiti appositi registri per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione;
- una volta che la misura di prevenzione è stata irrogata, si applica la causa ostativa alla conclusione di contratti di appalto prevista nell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n.575, espressamente richiamato nella clausola in commento;
- l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione può estendersi ai conviventi e agli enti di cui il soggetto, sottoposto a misura di sicurezza, è rappresentante o gestore, ai sensi del comma 4 del citato art. 10 della legge n. 575/1965. Ai sensi della suddetta disposizione sembra potersi ritenere che l'estensione dell'incapacità in esame, con durata quinquennale, agli indicati ulteriori soggetti non operi automaticamente, ma necessiti di un'apposita pronuncia del tribunale;
- a norma dell'articolo 10, comma 5 ter della legge n. 575/1965, il divieto di concludere contratti di appalto con la pubblica amministrazione di cui al comma 2 dello stesso articolo si

applica anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale, ovvero per delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416 bis (associazione a delinquere di tipo mafioso) e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 del testo unico approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti).

Ad integrazione delle disposizioni commentate, va segnalato che ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti aggiudicatori devono acquisire informazioni prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti d'importo superiore alla soglia comunitaria ovvero, per i subcontratti d'importo superiore a 200 milioni di lire. La stessa norma prevede, poi, due tipi di informative c.d. interdittive, che impediscono la contrattazione: a) l'informazione prefettizia che comunica 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 indicate nell'allegato I (vale a dire cause di divieto, sospensione, decadenza, previste dall'art. 10 della indicata legge n. 575/1965); b) l'informazione prefettizia da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società od operatori economici interessati.

Si rileva, inoltre, che la prassi dell'amministrazione, sviluppatasi sulla base dell'esegesi delle norme vigenti e sostenuta dall'elaborazione giurisprudenziale, conosce anche un terzo tipo d'informativa prefettizia, la c.d. informativa supplementare atipica, fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamento tra l'operatore economico e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 per dar vita ad un effetto legale di divieto a contrarre. In breve, l'informativa supplementare o atipica non ha l'effetto interdittivo, non preclude assolutamente e inderogabilmente la stipula del contratto con l'aggiudicatario, ma consente all'amministrazione appaltante di negare l'approvazione sulla base di ragioni d'interesse pubblico.

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

La lettera c) detta una disciplina omogenea per tutte le categorie di appalti, superando le disarmonie e difficoltà interpretative che caratterizzavano la normativa previgente con riferimento alle differenti formulazioni utilizzate dalle norme in tema di lavori, da quelle in tema di forniture e servizi.

Due le novità di maggior rilievo che occorre analizzare rispetto a quanto disposto nell'art. 75, comma 1, lettera c), del D.P.R. n.554/1999:

- la ridefinizione dei reati rilevanti ai fini dell'esclusione, connotati per la gravità, l'incidenza sulla moralità professionale, come già per i servizi e le forniture (e non più sull'affidabilità morale e professionale), e il danno dello Stato o della Comunità europea;
- l'introduzione di una previsione di una categoria specifica di reati comunitari a fronte dei quali la stazione appaltante è tenuta a comminare in ogni caso l'esclusione, indipendentemente da qualsiasi valutazione in ordine alla gravità o all'incidenza sulla moralità professionale.

Quanto all'incidenza sulla moralità professionale, il richiamo a questo concetto, in luogo dell'affidabilità morale e professionale, comporta una restrizione del campo di applicazione della causa di esclusione limitando la rilevanza a quei fatti illeciti che, come sostenuto da consolidata giurisprudenza (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 25/11/2002, n. 6482; Cons. Stato, sez. V, 1/3/2003, n. 1145; TAR Lombardia Milano, sez. III, 7/6/2004, n. 2360) manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione. L'espressione "moralità professionale" deve intendersi riferita non solo alle competenze professionali ma, in senso più ampio ed articolato, alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale. La giurisprudenza ha precisato che *"l'espressione moralità deve essere riferita ... ad ogni reato commesso nell'esercizio di una attività professionale, da chiunque esercitata (dipendente pubblico o privato, libero professionista, imprenditore, amministratore pubblico, ecc), con il solo limite della sua riconducibilità eziologica ad una attività latu sensu "professionale", senza alcun obbligo di circoscriverne l'ambito al settore degli appalti pubblici, o più in generale, a quello dei contratti. Tale valutazione, quindi, va condotta non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma*

tenendo conto delle peculiarità del caso concreto. In tal senso, ad esempio, la pronuncia del TAR Toscana, sez. II, 17 marzo 2005, n. 1240, laddove ha ravvisato quale causa ostativa alla partecipazione di un operatore economico a una gara d'appalto di servizi anche la condanna per guida in stato di ebbrezza, trattandosi di gara avente ad oggetto un servizio di trasporto scolastico e rilevando l'attinenza tra il reato in questione e l'attività professionale svolta dal titolare di una ditta individuale di trasporto. Si veda anche TAR Lazio, sez. II, n. 3984/2009 nella quale si ribadisce che la moralità professionale va valutata tenendo conto del peso specifico dei reati ascritti e della incidenza sia con i principi deontologici della professione sia con riferimento all'attività che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria.

Quanto alla gravità del reato, si tratta di un ulteriore elemento che deve essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante rientrando, quindi, nell'ambito di quell'attività di "ponderazione circostanziata e selettiva" che la stessa è chiamata a svolgere a fronte della singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sulla fiducia contrattuale, quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene lesa dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

In assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto attiene dunque all'esercizio del potere discrezionale della p.a., che con adeguata e congrua motivazione valuta l'idoneità del reato ad integrare la causa di esclusione in esame (*Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n.1736; Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2007, n.1723; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 945*).

Nelle Determinazioni n. 56/2000, n. 16-23/2001, n. 13/2003 e n. 6/2004, l'Autorità ha altresì affermato, con ciò concordando con le indicazioni della circolare del Ministero dei lavori pubblici del 1° marzo 2000, n. 182/400/93, che *"influiscono sull'affidabilità morale e professionale del contraente i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica ed il patrimonio, e comunque relativi a fatti la cui natura e contenuto siano idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con le stazioni appaltanti per la loro inerenza alle specifiche obbligazioni dedotte in precedenti rapporti con le stesse"*.

Altrettanto interessante e significativa è l'analisi dei reati potenzialmente lesivi della moralità professionale indicati nel *Considerando 43* della direttiva 2004/18/CE, ove in particolare si fa riferimento a reati contro l'ambiente, quindi lesivi di un bene/interesse superindividuale e, a reati in materia di parità di trattamento dei lavoratori, ovvero a fattispecie incriminatrici poste a tutela di

un bene/interesse tipicamente individuale quale è quello dell'uguaglianza davanti alla legge e della protezione contro le discriminazioni.

Più problematica è la valutazione del significato giuridico e della portata da dare all'espressione "in danno dello Stato o della Comunità" con la quale, secondo l'orientamento giurisprudenziale amministrativo prevalente (cfr. *Cons. di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773*; *Cons. di Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1736*), il legislatore non ha inteso riferirsi a tipologie di reato qualificate, atteso che una simile restrizione non si evince dalle direttive comunitarie e non esiste nell'ordinamento penale italiano una categoria di reati in danno dello Stato o della Comunità. Occorre evidenziare che tale espressione, ove il termine "Stato" è da interpretarsi come Stato-comunità e non come Stato-apparato o Stato-persona, non va letta isolatamente ma nel più ampio contesto della fattispecie indicata alla lett.c); essa ha pertanto la finalità di allargare l'area territoriale dei reati rilevanti ai fini dei pubblici appalti, avendo riguardo sia a quelli compiuti sul territorio dello Stato italiano, sia a quelli compiuti nel territorio dell'Unione europea. In altri termini, ciò che rileva non è il soggetto passivo del reato, bensì l'idoneità dello stesso a determinare un *vulnus* alla moralità professionale e dunque all'affidabilità del concorrente.

In ogni caso, indipendentemente dallo specifico oggetto della singola norma incriminatrice, deve trattarsi di reati idonei a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica, quegli stessi interessi che dovrebbero essere perseguiti attraverso l'appalto.

La seconda novità di rilievo nella nuova formulazione del requisito dell'inesistenza dei reati ostativi è l'introduzione di una categoria di reati sottratti alla valutazione discrezionale della stazione appaltante in presenza dei quali l'esclusione opera ex se. Si tratta dei già menzionati reati comunitari di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti, appunto, dagli atti comunitari citati all'art.45, paragrafo 1, della Direttiva 2004/18/CE, rispetto ai quali il Legislatore comunitario ha già effettuato la valutazione della gravità e dell'incidenza sulla moralità professionale, ritenendoli rilevanti ai fini dell'esclusione e sottraendoli, pertanto, a qualsiasi valutazione da parte della stazione appaltante stante il chiaro tenore letterale della norma che non si presta ad interpretazioni restrittive: "*è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale ...*". L'effetto ostativo di questi reati viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione.

Occorre infatti considerare il disposto di cui alla parte finale della lett. c), che 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”: una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, di cui all’art. 178 c.p. (derivandone l’estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna) ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ai sensi dell’art. 445, comma 2, c.p.p., resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell’ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna.

Per quanto riguarda la cessazione dell’effetto ostativo dei reati, ovvero l’estinzione degli stessi, si richiama l’avviso della Cassazione secondo cui *la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell’intervento ricognitivo del giudice dell’esecuzione il quale è tenuto, nell’assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell’art. 676 c.p.p.* (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560), avviso costantemente accolto dalla giurisprudenza amministrativa.

L’insussistenza delle cause interdittive di cui alla lettera c) può essere autocertificata sulla base della previsione di cui all’art. 38, comma 2, ai sensi del quale “*il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione*”. In particolare l’articolo 47, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000, prevede che “*la dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà resa nell’interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*”.

Una questione discussa riguarda la sussistenza o meno dell’obbligo di dichiarare le sentenze “patteggiate” ai sensi dell’art.444 c.p.p. nel caso di estinzione del reato per effetto di specifica pronuncia del giudice dell’esecuzione penale, in applicazione dell’art.445, comma 2, c.p.p. Parte della giurisprudenza, considerata la clausola di salvaguardia inserita all’art.38, lett c), “resta salva in ogni caso l’applicazione dell’art.178 c.p. e dell’art.445, comma 2, c.p.p.”, ha ritenuto che i partecipanti alla gara sono sollevati l’obbligo di dichiarare sentenze di condanna la cui rilevanza penale è venuta meno (TAR Lazio, sez. II^{^-} quater, 22.7.2009, n.7483). Secondo un altro orientamento, qualora la stazione appaltante in ragione della preminente tutela dell’interesse

pubblico alla selezione di un concorrente moralmente e professionalmente affidabile, chieda ai partecipanti una dichiarazione sostitutiva, molto più ampia rispetto alla dichiarazione di insussistenza delle specifiche condizioni previste dal comma 1, lett. c) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, onerando i concorrenti ad una dettagliata elencazione di tutte le condanne subite, sussiste comunque l'obbligo di dichiarazione, senza eccezione alcuna, compresi i reati estinti e depenalizzati, con l'ulteriore specificazione delle condanne contenenti il beneficio della non menzione.

Si tornerà più diffusamente sulla questione della completezza della dichiarazione nell'ambito della trattazione della lett. h) dell'articolo 38.

Un'altra questione problematica riguarda il caso di partecipazione ad una gara di appalto di un'impresa che è stata oggetto di trasformazione societaria: ricade in tal caso sull'impresa trasformata l'obbligo di comunicare l'avvenuta trasformazione societaria, nonché i nominativi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, dal momento che, ai sensi dell'articolo 2498 cod. civ., con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

Per quanto attiene al profilo soggettivo, sono tenuti all'autodichiarazione dell'insussistenza delle cause di esclusione di cui alla lettera c), i soggetti specificamente individuati in relazione al tipo di società che partecipa alla gara, quali il titolare e il direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; il socio e il direttore tecnico, in caso di società in nome collettivo; i soci accomandatari e il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e il direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

E' irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione nell'incarico presso l'operatore economico partecipante alla gara, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesse o vantaggio dell'operatore stesso. Ciò in quanto la condanna penale dei titolari, amministratori o del direttore tecnico dell'impresa, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 costituisce circostanza incidente sull'affidabilità professionale dell'operatore economico nel suo complesso, nel senso che, dalla stessa, stante la rilevanza ed il ruolo del condannato nell'organizzazione aziendale e delle decisioni da esso assunte, deriva un'attenuazione della moralità complessiva

dell'impresa concorrente ed una limitazione della sua capacità di partecipare alle gare ed alla stipulazione dei contratti di appalto. Come rilevato dalla giurisprudenza, tale limitazione si protrae per i tre anni successivi alla cessazione della carica del soggetto condannato. Esiste tuttavia la possibilità, tuttavia, per l'operatore economico interessato e con riferimento a detto triennio, di interrompere il nesso di identificazione adottando "atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata". Ciò tenendo conto, in particolare, che il recupero dell'affidabilità dell'impresa non avviene automaticamente per effetto della semplice sostituzione del soggetto inquisito. E' ininfluenza la circostanza che l'operatore economico abbia cessato di avvalersi dell'amministratore o del direttore tecnico condannati, a meno che non dimostri di averli per tale ragione estromessi dall'incarico e di avere agito con un'azione di responsabilità nei loro confronti, dando così prova di dissociazione dalla relativa condotta criminosa. Occorre al riguardo anche una completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata al fine di evitare una considerazione negativa per il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara come precisato nella seconda parte dell'art.38, comma 1, lett. c) D.Lgs, 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2002, n. 5523).

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

La disposizione introduce una causa generale di esclusione del tutto nuova per gli appalti di servizi e forniture, mentre riproduce esattamente quanto già previsto dall'art. 75, comma 1, lett. d) del D.P.R. 554/1999, per i lavori pubblici, con il fine di contrastare il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose nell'esecuzione degli stessi.

La disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, le quali, a loro volta, abbiano comunicato all'amministrazione l'identità dei fiducianti, l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti. Con D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, è stato emanato l'apposito "regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche" al quale va fatto rinvio per quanto attiene agli obblighi specifici posti a carico delle società aggiudicatrici ed ai controlli sui relativi adempimenti. Si osserva inoltre che, per la configurazione dell'ipotesi in esame, come

ritenuto in giurisprudenza, non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante.

La disciplina introdotta lascia aperto il problema della possibile operatività *sine die* della preclusione, dal momento che non è indicato l'ambito temporale cui circoscrivere l'efficacia dell'infrazione.

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

La disposizione in argomento rimane riferita, in via residuale, ad ogni violazione di obblighi derivanti dai rapporti di lavoro diversi da quelli contributivi e assistenziali, questi ultimi riconosciuti dal legislatore, per la prima volta, in via autonoma alla lettera i). Lo scopo della previsione è, prevalentemente, quello di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto di quest'ultima.

Per infrazioni alle norme in materia di sicurezza ed ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro debbono intendersi infrazioni disciplinate da varie fonti normative, nell'ambito delle quali, con riferimento alle più importanti, possono segnalarsi: D.Lgs. n. 626/1994, modificato dal D.Lgs. n. 196/2003, D.Lgs. n. 494/1996 e D.Lgs. n. 528/1999, ormai confluiti nel D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, approvato in attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, e contenente il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, di recente modificato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n.106.

In via esemplificativa, ai fini dell'individuazione delle violazioni degli obblighi in materia di sicurezza o derivanti dai rapporti di lavoro, diversi da quelli contributivi e assistenziali, si potrebbe fare riferimento a quelle indicate dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale nell'allegato A al decreto 24 ottobre 2007 (pubblicato su Gazzetta Ufficiale n. 279 del 30 novembre 2007) sul Documento unico di regolarità contributiva, entrato in vigore il 30 dicembre 2007. Al riguardo, nell'art. 9, comma 1, del richiamato decreto, sono previste le irregolarità da parte del datore di lavoro alle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro, ostante al rilascio del DURC, per i periodi indicati nell'allegato A, con riferimento a ciascuna violazione ivi prevista. Su queste stesse violazioni, accertate con provvedimenti amministrativi o

giurisdizionali definitivi da parte degli organi competenti, le stazioni appaltanti sono chiamate ad esercitare la propria discrezionalità in merito alla gravità delle stesse, indipendentemente dai periodi di sospensione del rilascio del DURC indicati nel predetto allegato A.

Le infrazioni per essere rilevanti ai fini dell'esclusione devono essere "gravi" e "debitamente accertate". La valutazione della loro gravità è rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, secondo i criteri già individuati nel commento alla lettera c), e deve essere congruamente motivata.

La violazione deve poi essere debitamente accertata. Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto nella determinazione n.16/23-2001 che, ai fini dell'esclusione dalla gara, sia necessario un accertamento definitivo di tipo giurisdizionale o amministrativo (cfr. TAR Marche 12 aprile 2005, n.292); successivamente nella determinazione n.13/2003 ha affermato che l'espressione "debitamente accertata" non può essere letta nel senso di "definitivamente accertata", ma sta ad indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore.

La disposizione prevede inoltre che le violazioni devono risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Al fine di implementare il Casellario con i dati relativi a tale fattispecie, con il comunicato Presidenziale del 28 settembre 2006 le stazioni appaltanti sono state invitate a comunicare all'Autorità, le "gravi inosservanze" delle norme in materia di sicurezza e delle previsioni contenute nei piani di sicurezza rilevate dal coordinatore della sicurezza per la fase dell'esecuzione (CSE), nonché le "gravi inosservanze" rilevate nel quadro delle attività ispettive e di controllo degli organi deputati alla vigilanza nei cantieri. Inoltre con la recente determinazione n. 1 del 2008, è stato previsto l'obbligo di comunicazione, da parte delle stazioni appaltanti, al fine dell'iscrizione nel Casellario, delle notizie, acquisite nel corso della gara anche per effetto dell'autodichiarazione dell'operatore economico concorrente, relative a violazioni, anche non gravi, in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, che non abbiano comportato l'esclusione dalla gara.

Nelle more dell'integrazione del Casellario Informatico con i dati che debbono essere inviati dalle stazioni appaltanti nonché dai soggetti ed organismi istituzionalmente coinvolti in attività di vigilanza dei cantieri di lavori pubblici, si ritiene che possano rilevare ai fini dell'esclusione le informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante.

In questo senso, la giurisprudenza, con riguardo alle modalità con le quali può essere accertata la pregressa violazione da parte del concorrente, ha affermato che la previsione dell'art. 75 D.P.R. n. 554/1999, secondo cui le infrazioni in oggetto devono risultare "*dai dati in possesso*

dell'Osservatorio dei lavori pubblici”, non comporta che le stazioni appaltanti debbano necessariamente trarre le proprie informazioni dalla visura del Casellario informatico (Tar Lazio, sez. III, 28 novembre 2003, n. 11213).

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

La disposizione è il risultato di una sintesi tra quanto previsto alla lettera f) dell'art. 75 D.P.R. 554/1999 per i lavori pubblici (“grave negligenza o malafede”) e quanto disposto dall'art. 11 del D.Lgs. 358/1992 per le forniture e dall'art. 12 del D.Lgs. 157/1995 per i servizi (errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova) di modo che ciascun settore, lavori da una parte e forniture e servizi dall'altra, risulta arricchito da quanto previsto nella previgente normativa per l'altro settore.

Ai fini dell'integrazione delle ipotesi in esame, non basta che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa.

Non si ritiene, come del resto pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza (cfr, tra le ultime, Cons. Stato, sez.IV, 12 giugno 2007, n. 3092), che la grave negligenza e la malafede debbano essere accertate in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall'impresa che intende partecipare alla nuova procedura di affidamento. Tale linea interpretativa poggia, oltre che sul dato testuale - dal momento che, ove il legislatore ha ritenuto necessario l'accertamento definitivo o il passaggio in giudicato della sentenza, lo ha richiesto espressamente - sulla considerazione che la clausola di esclusione di cui alla lettera f) non ha carattere sanzionatorio ma si pone l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario, che deve necessariamente essere presente nei confronti dell'impresa e che è stato evidentemente compromesso in presenza di un giudizio formulato dalla stessa stazione appaltante circa la grave negligenza commessa dall'aspirante partecipante.

Alla stazione appaltante è quindi rimessa la valutazione discrezionale della rilevanza della grave negligenza e della malafede ai fini dell'esclusione dell'esito della quale è tenuta a fornire idonea ed analitica motivazione.

Riguardo la corretta individuazione della “stessa stazione appaltante”, come già sostenuto nella Determinazione n.8/2004 nella vigenza del D.P.R. 554/1999 e peraltro suffragato da consolidata giurisprudenza (cfr, tra le ultime, Cons. Stato, sez.IV, 12 giugno 2007, n. 3092), si ritiene che debba farsi riferimento alla Amministrazione considerata come soggetto dotato di una personalità giuridica autonoma e non alle sue articolazioni, anche territoriali. Conseguentemente sono da considerarsi commesse nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara la grave negligenza o la malafede compiute nell’ambito di un rapporto negoziale intercorso con un soggetto che è una mera articolazione interna, priva di personalità giuridica autonoma, della stazione appaltante stessa.

Un’ultima considerazione va dedicata alla possibilità delle stazioni appaltanti di estendere, tramite apposita clausola inserita nella *lex specialis*, la rilevanza ai fini dell’esclusione ai casi di grave negligenza o malafede intervenuti nell’ambito di rapporti negoziali intrattenuti con altre stazioni appaltanti, qualora siano reiterati e particolarmente seri e vengano denunciati da uno o più committenti pubblici e conosciuti attraverso la consultazione del Casellario Informatico dell’Autorità. Una siffatta facoltà era stata riconosciuta dall’Autorità alle stazioni appaltanti nella citata Determinazione n. 8/2004 sulla base della considerazione che fatti di grave negligenza e malafede costituiscono un indice di inaffidabilità professionale e che, in quanto tali, dovrebbero avere rilievo per tutte le stazioni appaltanti e argomentando dalla circostanza che il Legislatore nazionale aveva solo parzialmente recepito la disposizione comunitaria recata dall’articolo 24, primo comma, lett. d), della direttiva 93/37/CEE, ai sensi del quale “può essere escluso” dalle gare l’imprenditore che in materia professionale “abbia commesso un errore grave accertato mediante qualsiasi mezzo di prova addotto dall’amministrazione aggiudicatrice”.

La nuova formulazione della lettera f) del comma 1 dell’art. 38 del D.Lgs. 163/2006 che, recependo quanto disposto dall’art. 45, comma 2, lettera d), della Direttiva n. 2004/18/, a norma del quale può essere escluso l’operatore economico “che, nell’esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave accertato con qualsiasi mezzo di prova dall’amministrazione aggiudicatrice”, prevede espressamente, quale causa di esclusione, l’errore grave nell’esercizio di attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova, determina il superamento del precedente avallo interpretativo.

Infatti, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza (cfr, fra le ultime, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2245) con riferimento alla normativa in materia di servizi e forniture, la

rilevanza dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue. Alla luce di ciò, si ritiene che l'autonoma causa di esclusione dell'errore grave completi ed integri la causa della grave negligenza e della malafede consentendo alla stazione appaltante di valutare l'affidabilità e la capacità professionale dell'impresa con riferimento, non solo ai propri intercorsi rapporti con la stessa, ma a tutta la vita professionale dell'aspirante partecipante e, pertanto, che non sia più necessario che la stazione appaltante preveda tale possibilità con specifica clausola della *lex specialis*.

Anche con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da congrua motivazione.

L'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.

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

Occorre rilevare che, alla stregua di recenti pronunce giurisprudenziali (*ex multis* TAR Lazio Latina 19 gennaio 2007, n. 45 e TAR Puglia Lecce 30 dicembre 2006, n. 6104) e sulla scorta di principi espressi dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (cfr. sentenza I sezione, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04), il requisito della definitività dell'accertamento della violazione di obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse non si ritiene soddisfatto, e non integra quindi la fattispecie in argomento, qualora l'operatore economico si sia avvalso di ricorsi giurisdizionali o amministrativi contro atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o di sanatorie o, in forza di un concordato, abbia ottenuto la rateizzazione o la riduzione del debito.

L'operatore economico deve dimostrare di avere beneficiato di tali misure o di avere presentato i predetti ricorsi entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione in caso di procedure ristrette. Tale condizione è essenziale, in quanto il requisito

della regolarità tributaria, costituendo presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, deve sussistere al momento della scadenza del termine di partecipazione ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (TAR Puglia Bari, sez. I, 12 giugno 2008, 1479; TAR Lazio, sez. III, 5 marzo 2009, n.2279). Pertanto, così come sarebbe irrilevante un adempimento tardivo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288) per converso, ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve parimenti sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

Al riguardo, si precisa che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità tributaria consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile (si veda anche la circolare n. 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007).

Infine, per quanto concerne la durata dell'efficacia ostativa delle violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, tenuto conto che il rapporto tra il fisco e i contribuenti è di tipo continuativo ed è pertanto suscettibile, nel corso della sua durata, di essere sanato a seguito di accordi transattivi o di adempimenti soddisfattivi, ciò che rileva ai fini della partecipazione ad una gara di appalto è che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata. L'eventuale violazione di obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, definitivamente accertata, perde la sua efficacia ostativa alla partecipazione alle gare di appalto se, e quando, l'operatore economico regolarizza completamente la propria posizione.

8. False dichiarazioni in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati dell'Osservatorio (art. 38, comma 1, lett. h).

La disposizione ripropone esattamente quanto già previsto dal D.P.R. 554/1999 per i lavori pubblici mentre, per il settore dei servizi e delle forniture, la previgente normativa richiedeva espressamente, ai fini dell'esclusione, l'elemento soggettivo della grave colpevolezza della falsa dichiarazione e non prevedeva la sanzione dell'esclusione per un anno dalla partecipazione alle gare d'appalto.

La disposizione in parola non attiene alla mancanza di un requisito come avviene per le altre cause di esclusione. Al contrario la lett. h) determina una vera e propria sanzione, a tempo definito, nei confronti dell'impresa responsabile di avere rilasciato una falsa dichiarazione.

L'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti si configura quindi come causa autonoma di esclusione dalla gara: tale circostanza, come si dirà oltre, comporta molteplici problemi applicativi, già esaminati dall'Autorità, con riferimento alla previgente normativa per i lavori pubblici, nelle determinazioni n. 16/23 del 2001, n. 13 del 2003, n. 1 del 2005 e n. 1 del 2008.

La fattispecie si correla all'art. 27, comma 2, lett. r) e s) del D.P.R. 34/2000 – riprodotte all'art.8 dello schema di regolamento *ex art.5 del Codice*, con estensione ai servizi e forniture in conformità alla modifica introdotta dal terzo correttivo concernente l'istituzione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - che, con riferimento ai lavori pubblici, prevede l'inserimento nel "*casellario informatico delle imprese qualificate*" degli "*eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 8, comma 7, della legge adottati dalla stazione appaltante*" e delle "*eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alle procedure di cui all'art. 10, comma 1 quater, della legge*".

Alla luce della disposizione, le stazioni appaltanti dovranno segnalare alla Autorità tutti i casi di non corrispondenza, con riferimento ai requisiti e condizioni per la partecipazione alle gare, tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la successiva acquisita documentazione; l'Autorità, a sua volta, provvederà alla diretta iscrizione del dato nel Casellario informatico (cfr. determinazioni n. 1/2005 e n. 1/2008).

Nel caso in cui la stazione appaltante riscontri sul casellario la presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è quindi automatica (per l'anno previsto dalla norma), vale a dire che costituisce un'attività vincolata, senza possibilità di esercitare alcuna discrezionalità.

La genericità ed onnicomprensività della formulazione della norma in questione fa ritenere che l'obbligo in capo alla stazione appaltante di segnalare al casellario la falsità della dichiarazione non sia da intendersi limitatamente ai requisiti oggettivi, di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, ma anche a quelli soggettivi di moralità professionale e di ordine pubblico. La giurisprudenza ha confermato tale interpretazione, in merito alle cause di esclusione ex art. 38 lett. h), e cioè che anche le falsità aventi ad oggetto tali ultimi requisiti vanno comunicati all'Osservatorio. La legittimità della segnalazione estesa al caso di difetto dei requisiti di ordine generale è stata di recente ribadita dal giudice amministrativo con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4906/2009.

Il termine annuale entro il quale è operante l'esaminata preclusione decorre dalla data di inserimento nel casellario informatico dell'informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese

dall'operatore economico (analogamente per la sospensione ex art. 48, da uno a dodici mesi, disposta dal Consiglio dell'Autorità); ciò in quanto, diversamente argomentando, l'efficacia concreta della preclusione finirebbe con l'essere legata unicamente ad un elemento accidentale quale la tempestività della comunicazione eseguita dalla stazione appaltante in merito all'operatore economico che ha reso la falsa dichiarazione (cfr. determinazione n. 1/2005).

Data la rilevanza degli effetti prodotti dall'esclusione per falsa dichiarazione che comportano la preclusione annuale alla partecipazione alla gara, occorre individuare sul piano applicativo quando una dichiarazione possa considerarsi "falsa".

Con la determinazione n. 16/23 l'Autorità ha avuto modo di precisare che *"quanto, poi, all'ipotesi di falsa dichiarazione, sorgono due problemi. Il primo concerne il significato dell'espressione "falsa". Essa può essere intesa come riferimento ad un fatto costituente reato oppure intesa come espressione che riguardi la difformità tra dichiarazione e attestazioni documentali successivamente acquisite, non determinata da quell'errore scusabile che, proprio in quanto tale, tende ad escludere l'intenzionalità della difforme dichiarazione. Pertanto, ove si accerti che vi è difformità e non vi è stato errore scusabile, deve considerarsi verificato ogni elemento che attiene alla cosiddetta falsità della dichiarazione"*.

Nella determinazione n. 1 del 2005 l'Autorità ha affermato che *"sulla base dell'indicato indirizzo giurisprudenziale sono, quindi, le stazioni appaltanti a dover verificare l'esistenza di circostanze esimenti e a provvedere alla segnalazione all'Autorità sia dei casi di relativa insussistenza e per i quali ricorrano, pertanto, tutte le condizioni per l'applicazione della sanzione dell'interdizione per un anno dalle gare, sia di quelli per i quali ha rilevato sussistenti le circostanze esimenti."*

La giurisprudenza ha affrontato più volte la questione, ponendo l'attenzione sulla possibilità di considerare falsa una dichiarazione del concorrente, con cui si afferma di non aver riportato condanne per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, laddove sussistano condanne, ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva, laddove sussistano condanne o violazioni in materia contributiva, ma esse si prestino a una valutazione opinabile di gravità/non gravità.

Un orientamento del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945) che viene ribadito con le recenti sentenze Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, ha ritenuto che laddove *"il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 del codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta"*

dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate". Secondo tale orientamento, in tale ipotesi, la dichiarazione del concorrente non potrà quindi ritenersi falsa.

Diverso discorso, sempre secondo il predetto orientamento, deve essere fatto quando *"il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione. In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omissa una dichiarazione prescritta dal bando"*. In tal caso la difformità tra quanto dichiarato e quanto accertato dalla stazione appaltante potrà invece integrare gli estremi del mendacio.

Tale indirizzo giurisprudenziale, motivato dalla necessità di ovviare alle criticità della formulazione della norma, potrebbe comportare alcune conseguenze sul piano applicativo: nel caso di bando con dichiarazione "generica" un concorrente che non abbia dichiarato un evidente reato grave che incide sulla moralità professionale viene sì escluso dalla gara per mancato possesso del requisito, ma non è sottoposto alla sanzione annuale perché non ricorrerebbe la falsa dichiarazione; viceversa, qualora il disciplinare di gara preveda una dichiarazione più puntuale, il concorrente è escluso per falsa dichiarazione (e quindi sottoposto all'interdizione annuale) anche qualora ometta una informazione non rilevante, in buona fede, mentre è in possesso del requisito.

Secondo un diverso orientamento, si ritiene che le imprese partecipanti abbiano comunque l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate dai soggetti indicati nella seconda parte della lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del Codice, ivi comprese quelle per le quali abbiano beneficiato della non menzione, come del resto precisato nel secondo comma dell'art. 38. L'impresa partecipante, infatti, non è tenuta a formulare alcun giudizio ma deve limitarsi a fornire alla stazione appaltante tutti gli elementi, *rectius* tutte le condanne definitive, al fine di consentirle di effettuare la valutazione discrezionale di incidenza sulla moralità professionale, con la conseguenza che in caso contrario, ovvero in caso di dichiarazione incompleta, ricorre una ipotesi di dichiarazione non veritiera e, quindi, di legittima causa di esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez.V, 18 settembre 2003, n.5321; Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2007, n. 5053, TAR Lazio Roma

sez.III quater 27/8/2009 n. 8304). Secondo tale orientamento, nelle gare di appalto pubblico la mancata dichiarazione dell'esistenza di condanne penali costituisce una circostanza che ha valore autonomo e che incide sulla moralità professionale del soggetto, a prescindere da ogni valutazione circa la rilevanza del reato non dichiarato. L'impresa concorrente ad un pubblico appalto non può quindi sindacare essa stessa l'incidenza effettiva del reato compiuto sulla propria moralità professionale, avendo invece l'onere di dichiarare alla stazione appaltante tutte le condanne subite dal legale rappresentante.

Anche in questo caso, vi sono rilevanti conseguenze applicative, poiché il concorrente viene escluso per falsa dichiarazione e quindi automaticamente sanzionato per un anno a prescindere da ogni valutazione sull'elemento soggettivo. Peraltro, il DPR 445/2000, in caso di falsa dichiarazione, prevede la perdita automatica del beneficio derivante dalla stessa autodichiarazione. Come affermato da giurisprudenza costante, la segnalazione della falsa dichiarazione all'Autorità è strettamente consequenziale alla esclusione dalla gara, pertanto l'Autorità ha un vero e proprio dovere di annotazione della informazione ricevuta da parte della stazione appaltante, fatto salvo il caso di una inconferenza di fatto di quanto segnalato.

A seguito dell'istituzione del casellario informatico delle imprese qualificate previsto dal regolamento sulla qualificazione, l'Autorità con la determinazione n. 16/23 del 2001 aveva instaurato un vero e proprio procedimento che iniziava con una formale contestazione all'impresa della falsità della dichiarazione resa in una singola gara e comunicata dalla stazione appaltante, seguita da un contraddittorio che si concludeva con un provvedimento motivato relativo all'inserimento o meno nel casellario informatico. L'Autorità aveva quindi adottato un procedimento consistente in una valutazione preventiva del mancato possesso dei requisiti prima dell'adozione della prescritta pubblicità delle situazioni impeditive.

Tale procedimento era stato instaurato in una prospettiva esclusivamente garantista, tesa alla valorizzazione del contraddittorio, previsto tra l'altro dalla legge n.241/90 per l'adozione in trasparenza dei provvedimenti amministrativi.

La giurisprudenza amministrativa, alla quale l'Autorità si è dovuta uniformare, ha negato la sussistenza di un potere sanzionatorio. Compito dell'Autorità sarebbe la sola formazione del casellario sulla base delle attestazioni provenienti dalle SOA e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti. In particolare, il giudice amministrativo ha affermato che l'Autorità, ove sia posta a conoscenza di atti riguardanti le imprese qualificate è tenuta - salvo il caso che consti l'inesistenza, in punto di fatto, dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia contenuta nei predetti atti - a procedere all'annotazione nel Casellario Informatico dei relativi contenuti, considerato che

costituisce dovere dell’Autorità procedere alla puntuale e tempestiva annotazione di atti e notizie riguardanti le imprese qualificate, così come pervenuti, di modo che le stazioni appaltanti, che sono gli unici soggetti a cui è riservato il potere di esclusione dalle gare, siano messe in grado, altrettanto tempestivamente, di operare le valutazioni di competenza.

L’Autorità ha quindi il dovere di annotare come falsa dichiarazione, con la conseguente sanzione “automatica” di un anno di interdizione dalla partecipazione alle gare, tutte le comunicazioni pervenute dalle stazioni appaltanti, senza poter graduare la sanzione in relazione ad un’erronea valutazione della fattispecie od alla sua gravità.

L’automatismo della interdizione annuale, a prescindere da ogni valutazione circa i fatti oggetto della dichiarazione mendace e la loro effettiva rilevanza ai fini dell’esclusione, sembra difficilmente compatibile con i principi generali di diritto comunitario applicabili in materia di appalti pubblici, ed in particolare con il principio di proporzionalità.

A garanzia delle imprese e delle stazioni appaltanti sarebbe auspicabile una modifica normativa che riconoscesse all’Autorità espressamente la possibilità di effettuare una graduazione della sanzione, come è previsto dall’articolo 48 del Codice a seguito della verifica a campione dei requisiti speciali.

Tra l’altro, il Codice prevede che l’Autorità irroghi una sanzione pecuniaria (art. 6, comma 11), per la stessa fattispecie di falsa dichiarazione sul requisito di carattere generale che ha determinato la sospensione disposta dalla stazione appaltante e resa pubblica dall’Osservatorio dei contratti pubblici attraverso l’annotazione nel casellario informatico. Di conseguenza, la stessa dichiarazione viene sottoposta a sanzione da parte di due diversi soggetti, la stazione appaltante e l’Autorità; con la differenza che, paradossalmente, mentre il primo di essi può prescindere da una valutazione sull’eventuale buona fede del dichiarante, e sulla gravità del falso, pur comminando la gravissima sanzione dell’interdizione per un anno dalla partecipazione alle gare per l’affidamento di contratti pubblici, il secondo, al fine di irrogare sanzione pecuniaria di entità commisurata al valore del contratto pubblico cui la dichiarazione si riferisce e comunque non superiore a € 51.545, entra nel merito del fatto segnalato e valuta in contraddittorio con l’impresa la gravità della fattispecie, al fine di apprezzare eventuali circostanze esimenti, sussistendo le quali, al termine del procedimento, può anche concludere con l’archiviazione dello stesso.

Da ricordare alcune recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sentenze n. 4906, 4905, 4907 del 2009, citate) nelle quali si è affermato che *“dell’avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l’Autorità deve essere notiziato l’interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale*

iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni. Invero, né dalla l. n. 241/1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, si desume una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio". Più specificamente rileva il Consiglio di Stato, desumendo ciò dalla determinazione n. 1 del 2008, che l'Autorità, posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel casellario informatico, salvo il caso che constati l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante. "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".

In alcuni casi, tuttavia, si può ritenere che quando *"la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione"*.

Viceversa, quando la segnalazione discende da *"valutazioni della stazione appaltante su dati opinabili"* in tali casi *"dell'avvio del procedimento di iscrizione nel Casellario va dato avviso all'interessato, salvo individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo"*. Appartengono a tale categoria le segnalazioni aventi ad oggetto episodi di grave negligenza od inadempimento ovvero le false dichiarazioni.

Si rileva infine che la modifica introdotta dal d.l.vo n.152/2008 (*cd. terzo decreto correttivo*), attraverso l'espreso riferimento all'affidamento dei subappalti, ha chiarito che gli effetti correlati alla disposizione sono estesi anche alle dichiarazioni dei subappaltatori risultate mendaci a seguito dei controlli effettuati dalla stazione appaltante, superando le perplessità sorte in passato al riguardo.

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

La lettera i) è stata introdotta dal legislatore come una autonoma causa di esclusione rappresentata dall'aver commesso violazioni gravi definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, già prevista nella previgente normativa in materia di servizi e forniture. La regolarità contributiva dell'impresa quanto agli obblighi nei confronti dell' INPS, dell'INAIL e della Cassa edile può essere dimostrata solo attraverso la produzione del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC).

Il procedimento di rilascio del documento è stato recentemente semplificato attraverso l'introduzione al comma 10 dell'articolo 16-bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito nella legge n. 2 del 28 gennaio 2009, dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il DURC dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

Nell'ambito delle procedure di acquisizione in economia di beni, servizi e lavori ex art. 125 del Codice il DURC sarà richiesto solo nel caso di cottimo fiduciario attraverso il quale le prestazioni avvengono mediante affidamento a terzi e non anche nel caso di ricorso all'amministrazione diretta, ove le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione(cfr. interpello n.10/2009 del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali).

Il decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale emanato in data 24 ottobre 2007, citato al punto 5, nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del DURC, definisce i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento e limitando, di fatto, la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla attività di verifica alle stesse demandata in merito alla sussistenza del requisito. In particolare, il d.m. ha previsto all'art. 8, comma 3, che, ai soli fini della partecipazione a gare di appalto, non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale e a ciascuna Cassa edile. Scostamento non grave è considerato quello inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad 100,00 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC.

Sembra quindi che la stazione appaltante in una siffatta situazione non debba far altro che prendere atto della certificazione senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze (come avviene del resto

con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per comprovare requisiti, il cui accertamento è affidato ad altre amministrazioni). Conseguenza di quanto evidenziato è, inoltre, che il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 2008 n. 147).

Linee interpretative del decreto sono state fornite dalla circolare n. 5 del 30 gennaio 2008 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale nella quale sono contenuti chiarimenti in merito ai contenuti del documento, ai soggetti obbligati ed indicate le tipologie di irregolarità pregresse di natura previdenziale e in materia di condizioni di lavoro in presenza delle quali il DURC potrà essere rilasciato per gli appalti pubblici.

In merito alla definitività dell'accertamento, in caso di mancata correttezza contributiva, essa è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepite dai lavoratori occupati, ha l'obbligo di versare, quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza. Analoga circostanza sussiste nel caso di ingiustificata sospensione della rateizzazione di un debito contributivo pregresso autorizzato dall'Istituto competente. Per contro, come chiarito agli artt. 5 e 8 del richiamato d.m. 24 ottobre 2007, nel caso in cui l'operatore economico si sia avvalso di rimedi giudiziari, avverso atti di accertamento del debito, o abbia usufruito di condono previdenziale o abbia ottenuto "formalmente" una rateizzazione di detto debito, lo stesso può essere considerato in regola con gli obblighi previdenziali.

Ulteriori indicazioni sono state fornite dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali con interpello n.64 del 31 luglio 2009, ove fra l'altro si fa presente che il decorso del termine assegnato per la decisione di un ricorso amministrativo è considerato quale silenzio-rigetto, con conseguente impossibilità di rilasciare il DURC, in assenza di pendenza di ricorso giudiziario. Il Ministero richiama inoltre quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n.4273/2007 in ordine alla gravità delle violazioni, assumendo rilievo - in assenza di ragionevoli motivi per non effettuare il pagamento - non l'entità dell'importo dovuto, bensì l'atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali.

Diverso è il caso della tipologia di violazione alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, che concerne pregresse irregolarità di natura previdenziale, accertate con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi. In tal caso, potrebbe sussistere uno

spazio per una valutazione discrezionale della stazione appaltante in occasione dell'espletamento della gara (o della SOA in sede di attestazione) dei singoli casi con riguardo alla "gravità" della violazione. D'altra parte, come espressamente previsto dall'art. 9, comma 2, del menzionato DM, la causa ostativa non sussiste qualora il procedimento penale sia estinto a seguito di prescrizione obbligatoria, ovvero, per quanto concerne le violazioni amministrative, attraverso il pagamento in misura ridotta ex art. 162 e 162-bis del codice penale.

Sempre in base ai chiarimenti forniti dalla circolare ministeriale, solo nei casi diversi dalla partecipazione a gare d'appalto o dalla verifica dell'autodichiarazione, in mancanza dei requisiti di regolarità contributiva, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento di un DURC già rilasciato, l'azienda viene invitata dagli Istituti preposti a regolarizzare la propria posizione entro il termine massimo di 15 giorni. Ciò in quanto, per la verifica dell'autocertificazione in sede di partecipazione a gare di appalto, è necessario che la regolarità sussista alla data in cui l'azienda ha dichiarato la propria situazione, essendo irrilevanti eventuali regolarizzazioni avvenute successivamente. Inoltre, l'utilizzo di un DURC non più rispondente a verità equivale ad uso di atto falso ed è punito ai sensi del codice penale.

Sulla base della normativa di settore e della giurisprudenza amministrativa, l'impresa che partecipa ad una gara d'appalto deve dimostrare la sussistenza e la persistenza del possesso del requisito di regolarità contributiva fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione, essendo irrilevanti eventuali adempimenti tardivi. Il requisito di regolarità contributiva, peraltro, deve continuare a sussistere per tutta la durata della procedura di gara, fino alla aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8215). Al riguardo, si rileva che secondo la giurisprudenza amministrativa (TAR Sardegna n.1449/2009, Cons. Stato, sez. VI, n.4906/2009 cit.) la integrale regolarità contributiva deve essere dimostrata in sede di stipula del contratto, tenuto anche conto che l'eventuale violazione non grave ai sensi dell' art. 8, comma 3, del citato DM 24 ottobre 2007, deve essere sanata mediante versamento dell'importo dovuto entro i 30 giorni successivi al rilascio del DURC.

Occorre poi affrontare la questione della validità temporale del D.U.R.C. negli appalti pubblici. Occorre innanzitutto precisare che la norma primaria di cui all'art. 39-septies del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni in legge 23 febbraio 2006, n. 51, secondo la quale "*il documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, ha validità di tre mesi*" fa espresso riferimento al solo settore dei lavori nei cantieri edili e non opera alcuna distinzione tra appalti privati ed appalti pubblici.

Successivamente, in applicazione di un'altra norma primaria contenuta nell'art. 1, comma 1176 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), il citato DM 24 ottobre 2007 ha esteso il campo di applicazione del D.U.R.C. a tutti i settori di attività produttiva, richiedendolo, tra l'altro, "...nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia" ed ha, altresì, precisato nell'art. 7, riguardo alla validità di detto certificato, che "1. Ai fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive di cui all'art. 1 il DURC ha validità mensile. 2. Nel solo settore degli appalti privati di cui all'art. 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modifiche, il DURC ha validità trimestrale, ai sensi dell'art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51".

Con specifico riferimento a tale disposizione, la successiva Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 30 gennaio 2008, n. 5 ha chiarito che "Il DURC utilizzato nell'ambito degli appalti pubblici ed ai fini della erogazione di benefici ha una validità mensile, mentre ai fini degli appalti privati in edilizia ha una validità trimestrale, come previsto dall'art. 39-septies del D.L. n. 273/2005 (conv. da L. n. 51/2006)."

La successiva Circolare I.N.A.I.L. del 5 febbraio 2008 n. 7, precisa che "per i lavori privati in edilizia, il certificato ha validità trimestrale; per le agevolazioni normative e contributive in materia di lavoro e legislazione sociale e per i finanziamenti e le sovvenzioni previste dalla normativa comunitaria, il certificato ha validità mensile. Negli altri casi, la validità del DURC è correlata alla specifica normativa di riferimento e quindi: per tutti gli appalti pubblici, è legata allo specifico appalto ed è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto (es. stipula contratto, pagamento SAL, ecc.)...".

Tale disposizione di dettaglio, interpretata in coerenza con la normativa primaria e secondaria sopra richiamata, può indurre ad includere l'utilizzo del DURC negli appalti pubblici tra le ipotesi di validità mensile, con l'ulteriore precisazione che tale certificazione di validità mensile è comunque legata allo specifico appalto ed è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto, per cui lo stesso non è spendibile in altri appalti o per altre fasi dello stesso appalto pubblico.

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale (TAR Puglia, Lecce SEZ. III - sentenza 16 ottobre 2009 n. 2304), invece, emerge "dalla lettura della norma e che pertanto può ritenersi incontestabile è, in primo luogo, che esclusivamente per la fruizione delle agevolazioni normative e contributive il DURC abbia validità mensile (essendo questo il campo di applicazione espressamente circoscritto) e, in secondo luogo, che nel solo settore degli appalti privati lo stesso abbia una validità trimestrale. Nulla è detto con riferimento alla validità generale nel settore degli

appalti pubblici (posto che la partecipazione agli stessi non rientra nelle agevolazioni normative e contributive di cui all'art.1).Premesso che tale normativa è stata emanata in esecuzione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 che prevede l'adozione di un decreto ministeriale per la definizione delle modalita' di rilascio e dei contenuti analitici del Documento Unico di Regolarita' Contributiva (DURC), nell'ipotesi di manifesta lacuna disciplinare di secondo grado trova applicazione, con ciò garantendo anche le esigenze di una disciplina uniforme nei settori pubblico e privato, la norma di carattere generale e di fonte primaria. In particolare, l'art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, dispone: "1. Il documento unico di regolarità contributiva di cui all' articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 ha validità di tre mesi".

Si è posta infine la questione relativa all'obbligo di iscrizione alla cassa edile per le imprese che eseguono appalti di lavori pubblici che applicano altri contratti collettivi di lavoro, come ad esempio quello di "metalmecanica industria". Al riguardo, si può ritenere che l'esecuzione di lavori prevalentemente edili (ad esempio quelli appartenenti alle categorie OG1, OG3, OG 4, OG 5 e OG 12) presuppone l'impiego di operai per i quali viene applicato il CCNL edile; conseguentemente l'iscrizione alla Cassa Edile è propedeutica alla fase esecutiva dei lavori di natura edile nel senso che l'impresa deve comunque risultare iscritta prima di dare avvio alle lavorazioni e specificatamente prima della stipula del contratto.

10. *Mancata presentazione della certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n.68 (art.38, comma 1, lett. l).*

La disposizione fa riferimento al rispetto della disciplina in materia di lavoro dei disabili, già operante nella vigenza della precedente normativa ma non ricompresa tra i requisiti generali di partecipazione. L'art. 17 della legge n. 68/1999 è stato di recente modificato dall'art. 40, comma 5, D.L. 25 giugno 2008, n. 112 il quale ha previsto che le imprese partecipanti a gare di appalto devono presentare preventivamente alle pubbliche amministrazioni la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

La previsione ha un chiaro contenuto di ordine pubblico, e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole

gare, con la conseguenza che il bando, che non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256).

11. Sanzioni interdittive (art.38, comma 1, lett.m).

La disposizione si riferisce a casi di esclusione dalla partecipazione alle gare che derivano dall'applicazione di specifiche norme di legge. Si tratta di ipotesi che sono sottratte al sindacato della stazione appaltante e che per la prima volta compaiono in una norma di carattere generale.

Il primo riferimento è alla esclusione dalla gara derivante dall'applicazione del D.Lgs. 231/01, che disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi, nel proprio interesse o a proprio vantaggio, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli stessi o da dipendenti. L'art. 9 del D.Lgs. 231/01 indica, tra le sanzioni amministrative che il giudice può applicare nel caso venga accertata la responsabilità dell'ente, il *“divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio”*.

In relazione a tale disposizione si pone il problema dell'ambito oggettivo di applicazione della misura interdittiva del divieto di contrattare con la PA, ovvero se essa sia applicabile anche a quegli ambiti di attività svolte in un determinato settore specificamente individuato che non costituiscono l'oggetto principale della gara d'appalto, bensì una particolare componente del medesimo.

Al riguardo si può ritenere che la misura cautelare del divieto di contrattare con la PA trovi applicazione esclusivamente per l'attività specificamente interdetta e non possa pertanto essere oggetto di estensione applicativa ad attività che solo indirettamente sono connesse a quelle precluse.

Viene poi citata una ipotesi specifica di violazione delle norme di sicurezza disciplinata all'art.14 del testo unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al D.L.vo n.81/2008, ove è confluita la disposizione all'art.36-bis del D.L. 223/06, convertito nella legge 448/06, non più limitata ai cantieri edili bensì estesa a tutte le attività imprenditoriali. In particolare, a seguito anche delle modifiche introdotte al testo unico dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n.106, al comma 1 è previsto che *“...ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'art.92, comma 1, lett.e), gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro..., anche su segnalazione di amministrazioni pubbliche..., possono adottare provvedimenti di sospensione ...dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del*

totale dei lavoratori presenti sul luogo del lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza...individuate con decreto del Ministero del lavoro...In attesa dell'adozione del decreto, le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono quelle individuate nell'allegato I." Al cit. comma 1 dell'art.14 – ove fra l'altro viene definita la reiterazione - è altresì stabilito, in continuità con il previgente testo contenuto nel decreto legislativo n.81/2008, che la sospensione è comunicata all'Autorità e al Ministero delle Infrastrutture e trasporti, per quanto di competenza; è anche chiarito che spetta al medesimo Ministero l'adozione del provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni e di partecipazione a gare pubbliche per la durata individuata in relazione alle diverse percentuali dei lavoratori irregolari e comunque non superiore a due anni. Si evidenzia che nel testo risultano recepite alcune indicazioni fornite dal Ministero delle infrastrutture con la circolare n.1733 del 3 novembre 2006, seppure riferita al settore edile (in conformità al soppresso art.36bis del d.l. n.223/2006). Viene inoltre confermata, in relazione ai provvedimenti previsti al cit. art.14, l'esclusione delle garanzie partecipative disposte dalla legge n.241/1990.

Dal tenore della richiamata normativa si evince che, affinché possa determinarsi l'esclusione dalla procedura di gara, non è sufficiente la pendenza del procedimento di cui all'art. 14 del d.lgs 81/2008 citato, ma è necessario che vi sia stata l'adozione, nei confronti del concorrente, di un provvedimento interdittivo da parte del Ministero delle Infrastrutture.

La disposizione di cui alla lett.m) contiene infine una norma di chiusura del sistema che prevede che gli effetti preclusivi ivi previsti sono conseguenti ad ogni *“altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione”*. Si rammenta quanto stabilito all'art. 32 *quater* del codice penale che riconnette, quale conseguenza della condanna definitiva per alcuni reati particolarmente gravi (malversazione, corruzione, associazione a delinquere di stampo mafioso,etc.), se commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, l'*“incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”*.

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

Il decreto legislativo n. 113/2007, secondo correttivo del Codice, ha inserito nell'art. 38 un'ulteriore causa di esclusione (comma 1, lettera m-bis) per i soggetti *“nei cui confronti sia stata*

applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico". Il terzo correttivo del Codice, adottato con decreto legislativo n. 152 dell'11.09.2008, ha modificato la previsione della lettera m-bis), eliminando il riferimento alla sospensione o decadenza dell'attestazione da parte della sola Autorità, in quanto non in linea con la previsione in materia di compiti dell'Autorità, recata dall'art. 6, comma 7, lett. m), del Codice, e con la disposizione di cui all'art. 40, comma 9-ter, dello stesso Codice.

L'introduzione della causa di esclusione di cui alla lett. m-bis) presenta notevoli riflessi non solo in fase di partecipazione alle gare ma anche ricadute operative sull'intero sistema di qualificazione delle imprese di lavori pubblici. Il problema è oggetto di attenzione e di approfondimento da parte dell'Autorità, tenuto conto delle gravi conseguenze per le imprese derivanti dall'applicazione di tale previsione.

Occorre analizzare il rapporto tra le preclusioni alla partecipazione alle gare previste dall'articolo 38, comma 1 lett. h) e lett. m-bis) del Codice e quella all'ottenimento dell'attestazione di qualificazione per falsa dichiarazione disposta dall'articolo 17, comma 1, lett. m) del DPR 34/2000, distinguendo i casi trattati in relazione alla diversa sede in cui le situazioni impeditive emergono: nel corso della gara, ovvero in sede di rilascio dell'attestazione SOA.

A) Per quanto riguarda le preclusioni alla partecipazione alle gare disposte dalle stazioni appaltanti, mentre l'esclusione per falsa dichiarazione in gara, prevista all'articolo 38, comma 1, lett. h) del Codice, comporta l'interdizione per un anno dalla data di iscrizione della falsa dichiarazione nel casellario informatico, la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, prevista all'art. 38 lett. m-bis), non pone alcuna limitazione alla durata dell'interdizione alla partecipazione alle gare, configurando una autentica novità rispetto alla disciplina recata dalla legge n. 109/94 e dal relativo regolamento di attuazione, DPR n. 554/99. Dalla norma pare discendere un effetto interdittivo *sine die* alla partecipazione alle gare di appalto, disposta dalle stazioni appaltanti; occorre rilevare che, per altro verso, la preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto di lavori di importo superiore a 150.000 euro interviene comunque a causa dell'assenza del titolo abilitante comportando le false dichiarazioni l'impossibilità di attestazione SOA per l'impresa responsabile. L'art. 38, lett. m-bis) pone, peraltro, quale ulteriore conseguenza, nonché novità rispetto alla precedente disciplina in materia di cause di esclusione, che la decadenza dell'attestazione SOA, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, comporta l'esclusione dalla gara ove l'attestazione SOA

non occorre, vale a dire per gli appalti di importo pari o inferiore a € 150.000 e per gli appalti di servizi e forniture.

In concreto, tenuto conto della formulazione della disposizione, ove si fa riferimento alla decadenza dell'attestato e non alla commissione del fatto (le false dichiarazioni rese o la documentazione contraffatta), le imprese, la cui attestazione di qualificazione sia stata dichiarata decaduta dopo l'entrata in vigore dell'articolo 38, lett. m bis (1 agosto 2007) per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, non possono, senza limiti di tempo, partecipare a gare d'appalto, fatto salvo l'accertamento della non imputabilità o meglio, non riferibilità, che acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione. Per le imprese la cui attestazione sia stata dichiarata decaduta prima di tale data, invece, la preclusione dalla partecipazione alle gare non opera in quanto prima di tale data non era prevista la causa di esclusione in argomento.

Inoltre, è da chiarire la decorrenza della suddetta fattispecie di esclusione dalle gare d'appalto: al riguardo, il *dies a quo* può essere individuato dalla data di inserimento da parte dell'Autorità del provvedimento di decadenza dell'attestazione nel casellario informatico, tenuto conto che la norma si riferisce a decadenze dell'attestato SOA "*risultanti dal casellario informatico*" e di quanto dedotto nella determinazione n. 1/2005.

Pertanto, in concreto, le stazioni appaltanti, in sede di gara, allorché riscontrino che un operatore economico ha subito, perché così risulta dal contenuto del Casellario informatico, una decadenza dell'attestazione per falso, dovranno non ammettere il soggetto, per carenza del requisito di cui all'art. 38, lett. m-bis). Se, tuttavia, risulti ulteriore annotazione in capo all'impresa partecipante alla gara, da cui emerga la non imputabilità del falso che ha dato luogo alla decadenza dell'attestazione, le stazioni appaltanti dovranno ritenere non rilevante l'annotazione relativa alla decadenza dell'attestato per falso, considerando venuta meno l'efficacia della relativa sanzione, e quindi ammettere in gara la predetta impresa.

La norma prevede anche l'ipotesi di sospensione dell'attestato. Al riguardo, si osserva che essa può essere cautelare o di natura sanzionatoria.

La sospensione, in via cautelare, delle attestazioni, per come previsto dall'art. 6, comma 7, lett. m), del codice è dichiarata esclusivamente dalla Autorità, tenuto conto che "*nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può ... sospendere, in via cautelare, dette attestazioni*". Tale misura è rivolta ad evitare, in via provvisoria, prima della conclusione del procedimento di decadenza avviato dalla SOA o dalla Autorità, che l'impresa possa farsi attestare da altra o dalla stessa SOA che ha emesso l'attestato sotto procedimento, dopo essersi "ripulita" ossia dopo avere eliminato i documenti falsi oggetto di accertamento, con irrimediabile pregiudizio della coerenza e correttezza dell'intero

sistema di qualificazione. La durata della sospensione è strumentalmente collegata alla pronuncia di merito nel procedimento di decadenza dell'attestazione, proprio perché la tutela cautelare è volta a porre rimedio ai rischi che derivano dalla durata del procedimento.

La sospensione, nel periodo in cui sussiste, determina non solo l'impedimento all'accoglimento di una eventuale richiesta di nuova attestazione da parte dell'impresa, risultando pregiudiziale, ai fini del rilascio di una nuova attestazione, valutare il permanere del requisito generale di cui all'art. 17, lett. m), ma anche, in base alla lett. m-bis, il divieto alla partecipazione a gare pubbliche.

All'art. 74, comma 2, dello schema di regolamento ex art.5 è prevista anche la sospensione di natura sanzionatoria che sarà dichiarata dall'Autorità, per un periodo di un anno, per violazione da parte delle imprese dell'obbligo d'informazione alle richieste della stessa, ai sensi dell'articolo 6, comma 9, del codice. La sospensione viene meno qualora l'impresa adempia, ovvero comporta la decadenza dell'attestazione qualora l'impresa continui ad essere inadempiente. La procedura ora descritta si applicherà, in base al comma 4, della citata norma anche nel caso di mancato riscontro dell'impresa alle richieste della SOA attestante.

B) Per quanto riguarda le preclusioni all'ottenimento dell'attestazione di qualificazione, la lettera m) dell'articolo 17 del D.P.R. n. 34/2000 non pone alcun limite temporale alla rilevanza delle dichiarazioni rese. L'Autorità, in base ad una interpretazione logico-sistematica delle due fattispecie, ha ritenuto che il termine annuale fosse operante anche per la qualificazione di cui all'art. 17 indicato (cfr. determinazione n. 16/23 del 2001).

La durata annuale dell'interdizione all'attestazione, in caso di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione, non è quindi prevista dal legislatore, giacché l'art. 17, comma 1, lett. m) del DPR n. 34/2000 nulla dice in proposito, ma è frutto di una interpretazione proposta dall'Autorità e avallata dalla giurisprudenza, fondata sull'applicazione in via analogica di quanto disposto in fase di partecipazione alle gare dall'art. 75, comma 1, lett. h) del DPR n. 554/99 (ora articolo 38, comma 1, lett m-bis del Codice).

Si evidenzia che l'interpretazione dell'articolo 17 del DPR n. 34/2000, proposta con le Determinazioni n. 6/2004 e n. 1/2005 secondo cui *“il divieto – previsto dall'art. 17, comma 1, lettera m), del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 in merito al rilascio dell'attestazione di qualificazione, nonché in merito al considerare positiva l'effettuazione della verifica triennale – è pari ad un anno e decorre dalla data di inserimento nel casellario informatico dell'informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa”* si sostanzia, secondo il TAR Lazio,

Sez. III, che, con la sentenza n. 6622/06 ha riconosciuto la legittimità di tale interpretazione, “*in un regime di favore per le imprese operanti sul mercato*” in quanto l’Autorità “*si è limitata a fissare un termine a favore della ricorrente a fronte di una preclusione illimitata prevista dalla norma regolamentare*”.

A seguito dell’introduzione della lettera m-bis) nel comma 1 dell’articolo 38, dal momento che il legislatore pare aver attribuito un particolare disvalore alle false dichiarazioni rese in fase di qualificazione che hanno determinato la decadenza dell’attestazione, si può ritenere che non sia più giustificabile nei confronti di tali false dichiarazioni, perché non più coerente con il sistema, la sopra menzionata interpretazione della durata annuale dell’interdizione alla qualificazione e, che, pertanto, sempre limitatamente a detta fattispecie, debba ripristinarsi una lettura dell’art. 17 del DPR n. 34/2000, comma 1, lett. m) che faccia riferimento al suo significato letterale che, secondo la giurisprudenza, prevedrebbe comunque una preclusione illimitata alla qualificazione SOA.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene, pertanto, sulla base di quanto previsto dall’art. 17 del dPR n. 34/2000, comma 1, lett. m), che dopo l’entrata in vigore dell’art. 38, comma 1, lett. m bis), l’interdizione alla qualificazione derivante dalla decadenza dell’attestazione per false dichiarazioni abbia una durata *sine die*, fatta salva l’ipotesi di non imputabilità del falso.

Di conseguenza, per come è formulata la norma che fa riferimento alla decadenza dell’attestato e non alla commissione del fatto (le false dichiarazioni rese o la documentazione contraffatta), le imprese, la cui attestazione di qualificazione sia stata dichiarata decaduta dopo l’entrata in vigore dell’articolo 38, lett. m bis (1 agosto 2007) per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, non possono, senza limiti di tempo, conseguire una nuova attestazione. Per le imprese la cui attestazione sia stata dichiarata decaduta prima di tale data, invece, la preclusione ha la durata di un anno, come già affermato dall’Autorità, da ultimo, nella determinazione n. 1 del 2005.

Il divieto – previsto dall’art. 17, comma 1, lettera m), del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34- in merito al rilascio dell’attestazione di qualificazione decorre dalla data di inserimento nel Casellario informatico presso l’Autorità del provvedimento di decadenza dell’attestazione.

L’unica eccezione alla preclusione illimitata è costituita, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla accertata non imputabilità che acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione; ciò in base alla assorbente considerazione secondo cui in caso di falso non imputabile, ai sensi dell’art. 17, lett. m), D.P.R. n. 34 del 2000, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l’ammissione agli appalti e per il conseguimento dell’attestazione di qualificazione (Consiglio di Stato, sent. 129/2005).

In sede di istanza di riattestazione, l'Autorità imposta l'indagine circa l'elemento soggettivo sulla base della nozione civilistica di imputabilità, intesa come riferibilità oggettiva e soggettiva del fatto all'impresa che ha compiuto l'azione con dolo o colpa, ossia con violazione degli ordinari parametri dei doveri di diligenza. In sostanza, l'imputabilità va esclusa solo laddove il falso sia ragionevolmente riconducibile a soggetti terzi, totalmente estranei all'impresa, e fuori da ogni possibilità di controllo di quest'ultima.

Ulteriori e diverse interpretazioni del concetto di imputabilità rischiano di produrre effetti distorsivi della norma. In particolare, la tesi favorevole ad esprimere l'imputabilità dell'impresa in termini esclusivamente penali, facendo coincidere la responsabilità effettiva con la pronuncia di una sentenza di condanna definitiva da parte del giudice penale (dovendo, nella maggior parte dei casi, attendere la definizione del processo addirittura in terzo grado, da parte della Cassazione), condurrebbe, dopo diversi anni di lungaggini giudiziarie, ad integrare gli estremi di cui all'art. 38, lett. c) [sentenza passata in giudicato o decreto penale di condanna per reati incidenti sulla moralità professionale dell'impresa], che configura diversa ed ulteriore ipotesi di preclusione alla partecipazione alle gare nonché al conseguimento dell'attestato di qualificazione. Inoltre, l'attesa dell'accertamento in via definitiva del falso e della colpevolezza dell'autore della dichiarazione da parte dell'autorità penale trova il suo limite nell'assenza di una previsione, nel procedimento amministrativo, circa la pregiudizialità necessaria dell'azione penale rispetto a quella amministrativa. Lungi dal dover attendere i tempi dell'accertamento penale, l'azione amministrativa deve salvaguardare con immediatezza l'interesse pubblico.

L'istanza di riattestazione dà luogo ad un procedimento "di secondo grado" diretto a valutare l'imputabilità all'impresa della precedente falsità di documenti e/o dichiarazioni; procedimento che deve necessariamente essere compiuto dall'Autorità nella sua veste di organo terzo e imparziale, in contraddittorio sia con l'impresa interessata sia con la SOA che ha rilasciato l'attestazione poi decaduta e nel pieno rispetto delle norme sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990.

Naturalmente, laddove il procedimento avviato dall'Autorità si concluda con l'insussistenza dell'imputabilità, la stessa Autorità darà pubblicità di ciò nel casellario informatico, al fine di "neutralizzare" gli effetti, rappresentati nei precedenti punti A) e B), della annotazione di decadenza dell'attestazione per produzione di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, così da consentire alle SOA e alle stazioni appaltanti di disporre, rispettivamente, per quanto di loro

competenza, il rilascio di una nuova attestazione SOA e l'ammissione alla partecipazione alle gare d'appalto.

13. Denuncia dei reati di concussione o estorsione (art. 38, comma 1, lett. m ter)

Con la legge 15/07/2009, n.94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", è stata inserita una nuova causa di esclusione alle gare indicata con la lettera m-ter) e una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma dell'art. 38.

La novella normativa si applica ai soggetti elencati alla lettera b) dell'art. 38 (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) i quali devono essere esclusi dalle gare nel caso in cui non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata. Questa disposizione non opera quando il fatto è stato commesso, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della L. 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

In altri termini la causa di esclusione di cui alla lettera m ter) non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nel quale si trova la vittima del reato. Al riguardo sono stato sollevati dubbi in relazione al momento in cui la sussistenza di tale circostanza esimente andrebbe accertata ed al soggetto titolato all'accertamento.

La mancata denuncia deve emergere dagli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato formulata nei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando. L'Autorità, a propria volta, dovrà pubblicare sul proprio sito dell'Osservatorio la comunicazione della mancata denuncia unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare. Si pone al riguardo la questione della decorrenza dell'esclusione, dalla data di rinvio a giudizio o dall'inserimento nel casellario presso l'Autorità, tesi che sembra più convincente.

La citata legge n. 94 del 2009 ha inoltre introdotto un nuovo comma all'art. 38:

«1-bis. 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, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario».

Tutti i casi contenuti nell'art. 38, secondo il nuovo dettato dell'articolo, non devono quindi applicarsi al caso delle aziende o delle società che sono sottoposte a misure di sequestro o confisca. Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti, come noto, possono essere disposti, secondo i casi, sia in sede penale sia in sede di prevenzione.

14. Situazione di controllo ai sensi dell'art.2359 c.c. ed imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale (art.38, comma 1, lett. m-quater)

Con il decreto legge 25 settembre 2009, n.135, in materia di adeguamento alla disciplina comunitaria, è stata apportata una modifica all'art.38, aggiungendo ai requisiti di ordine generale l'insussistenza di situazioni di controllo ai sensi dell'art.2359 c.c. o di relazioni, anche di fatto, che comportino l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. Inoltre al comma 2 dell'art.38 è previsto l'obbligo di autocertificare l'assenza di situazioni di controllo e collegamento o di dichiarare che tali situazioni non hanno influito sulla presentazione dell'offerta, allegando, in busta separata, la documentazione idonea a dimostrare che la stessa è stata presentata in modo autonomo. E' altresì disposto che la stazione appaltante esclude i concorrenti a seguito dell'accertamento, dopo l'apertura dell'offerta economica, della imputabilità delle offerte al medesimo centro decisionale.

La disposizione introdotta dal cit. decreto legge n.135/2009, art.3, recepisce così l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia UE (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07), la quale, pur ammettendo la facoltà per gli Stati membri di integrare l'elenco delle cause di esclusione concernenti l'affidabilità morale e professionale degli imprenditori, al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, ha censurato – alla luce del principio di proporzionalità - la previgente normativa nazionale con riferimento all'art.34, comma 2, del codice laddove stabiliva un divieto assoluto in ordine alla situazione di controllo ai sensi dell'art.2359 c.c. senza la possibilità per il concorrente di dimostrare che detto rapporto non ha influito sul rispettivo comportamento nella procedura di gara.

Pare opportuno rilevare che la soluzione prospettata pone un onere estremamente gravoso a carico delle stazioni appaltanti rappresentato dalla verifica, caso per caso, della imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

Si ricorda che con alcune recenti decisioni il Consiglio di Stato ha in primo luogo ribadito il proprio orientamento ritenendo che la scelta di annotare nel casellario l'esclusione di imprese in quanto

collegate da collegamento sostanziale, che rivela l'imputazione delle relative offerte ad un unico centro decisionale, è idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici ed è pertanto opportuna, se non doverosa. Il giudice amministrativo ha tuttavia escluso che detto collegamento sostanziale si configuri quale falsa dichiarazione, tenuto conto della definizione in senso penalistico di "attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera"; nel caso di collegamento sostanziale si tratta di una situazione non oggettivamente accertabile, se non sulla base di elementi di natura indiziaria, con la conseguente impossibilità di accertare il dolo del soggetto. Pertanto la dichiarazione circa l'assenza di situazioni di controllo o collegamento tra imprese non integrerebbe una dichiarazione mendace (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4504, 4505 e 4506). La posizione espressa dal Supremo Consesso Amministrativo potrebbe essere riconsiderata alla luce della novella normativa di cui alla lett. m-quater).

15. Le annotazioni sul casellario

Il casellario informatico delle imprese qualificate è stato istituito con l'art. 27, comma 1, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 al fine di raccogliere tutti i dati rilevanti in merito alle imprese e alle loro vicende, e di costituire una banca dati esauriente per consentire alle stazioni appaltanti ed alle SOA l'acquisizione in tempo reale di tutte le informazioni necessarie ad accertare eventuali cause di esclusione dalle gare.

Nel casellario sono, infatti, inseriti, in via informatica e per ogni impresa qualificata: dati di natura "anagrafica" (cioè quelli identificativi dell'impresa); quelli inerenti la qualificazione, relativi ai requisiti tecnici, economici e organizzativi richiesti dal sistema, ivi compresi i lavori eseguiti, le risorse umane e quelle tecniche; quelli riguardanti le prestazioni previdenziali; notizie e informazioni in merito al possesso dei requisiti generali, trasmesse, in particolare, dalle stazioni appaltanti nel corso dei procedimenti di aggiudicazione e di esecuzione dei lavori.

Inoltre, il legislatore, non potendo escludere l'esistenza di altre notizie e informazioni, aventi uguale importanza rispetto all'elenco analitico di quelle prima individuate, ha previsto una norma "di chiusura" nella lettera t) dell'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000, legittimando l'inserimento nel casellario di tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario.

La locuzione “*anche indipendentemente dall’esecuzione dei lavori*” contenuta nella lett. t) va intesa nel senso che sicuramente devono considerarsi quali notizie utili per la tenuta del casellario quelle riguardanti il comportamento delle imprese nel corso dell’esecuzione dei lavori ad esse affidati.

A conferma di tale interpretazione l’art. 27, comma 4 prevede che le stazioni appaltanti inviano alla fine dei lavori una relazione dettagliata sul comportamento dell’impresa esecutrice secondo lo schema e le informazioni richieste dall’Autorità.

Dunque, il casellario informatico, per i lavori pubblici, è composto:

A) da dati che hanno rilevanza per la qualificazione dell’impresa, che non possono essere resi pubblici (per esempio, costo del lavoro, cifra d’affari), e di esclusivo uso dell’Autorità per la sua attività di vigilanza e di controllo sul sistema di qualificazione;

B) da una banca dati attualmente accessibile alle stazioni appaltanti ed alle SOA per l’acquisizione in tempo reale di tutte le informazioni necessarie ad accertare eventuali cause di esclusione dalle gare. Tale banca dati altri non è che l’insieme delle annotazioni, su segnalazione delle stazioni appaltanti, relative a fattispecie previste come cause di esclusione dalla partecipazione alle gare o comunque utili.

A seguito dell’entrata in vigore del Codice, l’Autorità, con la determinazione n. 1 del 2008, sulla base di una interpretazione sistematica delle norme primarie la cui *ratio* é quella di offrire alle stazioni appaltanti tutti gli elementi necessari per il corretto esercizio delle procedure di affidamento, in tema di requisiti di ordine generale (affidabilità morale e professionale) e di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi), ha esteso il casellario informatico anche al settore dei servizi e delle forniture, al fine di razionalizzare il sistema e, soprattutto, al fine di consentire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Tale interpretazione è stata confermata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato n. 4906/2009). Il terzo decreto correttivo ha poi previsto all’articolo 7, comma 10 del Codice l’istituzione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture presso l’Osservatorio, demandandone la disciplina al regolamento attuativo del Codice.

Nel casellario informatico sono quindi attualmente riportati sia i dati anagrafici riguardanti ogni operatore economico che eventuali condizioni e fatti che costituiscono cause di esclusione da gare, quali:

- a) la perdita dei requisiti di carattere generale (art. 38, co. 1, D.lgs. 163/2006),
- b) la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti speciali (art. 48 del D. lgs n. 163/2006),
- c) inadempimenti e risoluzioni contrattuali verificatisi durante l’esecuzione del contratto,

- d) trasformazioni societarie o perdite per revoca o decadenza dell'attestazione SOA;
- e) ogni altra notizia ritenuta utile dall'Autorità (art. 27, comma 2 lett. t) del d.P.R. n. 34/2000).

Dunque, il sistema unitario di raccolta e pubblicizzazione di dati sulle gare d'appalto creato dal legislatore mediante l'istituzione del casellario informatico delle imprese è di cruciale importanza per offrire alle stazioni appaltanti tutti gli elementi necessari per il corretto svolgimento delle procedure di affidamento.

Al fine di garantire una maggiore certezza agli operatori del settore dell'infrazione commessa dall'impresa, ed in previsione di una futura compilazione automatica delle annotazioni a seguito di acquisizione telematica delle segnalazioni stesse, l'Autorità sta procedendo ad una razionalizzazione del procedimento di accesso al casellario, ad una conseguente rivisitazione delle formule adottate per le tipologie di annotazioni, ai fini della relativa standardizzazione, nonché una ottimizzazione della gestione del casellario.

In relazione a tale processo l'Autorità ha avviato l'analisi di taluni profili applicativi, in particolare:

- 1) ripristino del diritto di accesso al casellario anche da parte delle imprese, nel rispetto dei principi di tutela della privacy;
- 2) ipotesi di cancellazione delle annotazioni che abbiano perso efficacia per il decorso del tempo;
- 3) la cancellazione dell'annotazione dal casellario a seguito di un provvedimento cautelare o sentenza di merito non definitiva.

1) Con riguardo al ripristino del diritto di accesso al casellario anche da parte delle imprese, si deve rammentare che l'art. 27, comma 6, del DPR 34/2000 dispone che tutte le notizie, le informazioni e i dati riguardanti le imprese sono riservati e tutelati nel rispetto della normativa vigente, fatte salve le segnalazioni delle stazioni appaltanti.

Dalla data di istituzione del casellario e fino al luglio del 2006, le annotazioni erano visibili in modo indifferenziato sul sito dell'Autorità a disposizione di chiunque le volesse consultare.

L'Autorità – in occasione di un intervento del Garante per la protezione dei dati personali- ha ritenuto di rendere visibile le annotazioni del casellario alle sole stazioni appaltanti ed alle SOA. Al soggetto annotato viene data specifica comunicazione scritta dell'avvenuto inserimento; agli altri soggetti, una volta dimostrato il concreto interesse ai sensi della legge 241/90, viene data notizia dell'annotazione previa specifica richiesta scritta.

Ora l'Autorità, con l'intento di favorire la trasparenza e la concorrenza fra gli operatori economici, ha ritenuto opportuno rivedere la precedente decisione e studiare la possibilità di ripristino del diritto di accesso al casellario anche da parte delle imprese nel rispetto delle normativa in materia di

tutela dei dati personali. Occorre infatti considerare l'interesse delle imprese di partecipare in condizioni di trasparenza, con possibilità di tutelare la propria posizione contro le alterazioni della concorrenza dovute alla situazione irregolare dei concorrenti.

Si può sicuramente ritenere un interesse qualificato meritevole di tutela, la conoscenza, da parte di ciascuna impresa - al termine di un procedimento amministrativo avviato dall'Autorità - delle annotazioni che la riguardano riportate sul casellario informatico. Occorrerà prevedere un accesso selezionato (tramite l'utilizzo di credenziali di accesso) e non indifferenziato (limitato appunto alle annotazioni afferenti la singola impresa che chiede di averne contezza).

Sempre nell'ottica dell'eventuale espletamento del diritto di difesa, nonché della riconosciuta possibilità normativa di accedere ai documenti di terzi che contengono dati sensibili e giudiziari, purché *“nei limiti [in cui] sia strettamente indispensabile”* (cfr. art. 24, comma 7 della legge 241/1990), si ritiene che ciascuna impresa partecipante ad una gara, sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante consistente nella garanzia di partecipare ad un affidamento improntato al rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa che si esplica, mediante l'effettiva correttezza e buon andamento delle operazioni di gara da parte delle stazioni appaltanti tenute a visionare le annotazioni sul casellario ed eventualmente escludere le imprese ivi iscritte.

Si potrà al riguardo prevedere che gli operatori economici che partecipano alla stessa gara possano accedere ai dati del casellario, conoscendo l'esistenza dell'annotazione degli altri operatori, ma non il suo contenuto specifico.

2) Con Determinazione n. 10 del 06.05.2003, prima, e con il Comunicato del Presidente del 27.02.2006, poi, l'Autorità ha regolato la tenuta del casellario attraverso l'elencazione di alcune casistiche che costituiscono motivo di non annotazione o di possibili casi di cancellazione o di integrazione delle annotazioni. Occorre ora affrontare il tema della permanenza delle annotazioni nel Casellario, esplorando la possibilità di procedere alla relativa cancellazione allo scadere di un determinato periodo di tempo, oltre il quale possano ritenersi *“non più attuali”* e *“non più utili”* ai fini della regolazione del mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nel rispetto dei principi applicabili al trattamento dei dati sensibili e giudiziari.

Non esiste una previsione normativa circa la durata delle annotazioni. Solo il comma 10, art. 7 del codice, rinvia al regolamento per la definizione di un *«termine massimo di conservazione degli atti nell'archivio degli atti scaduti»*. L'Autorità ha valutato la percorribilità di un termine unico quinquennale per la visibilità, agli operatori qualificati, delle annotazioni riportate sul casellario, alla stregua di altri registri pubblici, salvo il caso di inserimento di una nuova annotazione, dalla

cui data di iscrizione sul casellario inizierà a decorrere un nuovo termine di cinque anni aggiuntivo rispetto a quello già maturato.

3) Ultimo profilo riguarda la cancellazione dell'annotazione dal casellario a seguito di un provvedimento cautelare o sentenza di merito non definitiva.

L'orientamento assunto dall'Autorità era quello di integrare l'annotazione con l'indicazione del relativo provvedimento giurisdizionale intervenuto. L'ipotesi di cancellazione provvisoria dell'annotazione era stata ritenuta non perseguibile, atteso che la concessione della misura cautelare può essere smentita in sede di merito con il rigetto del ricorso o che il ricorso accolto in primo grado venga poi rigettato in appello. La cancellazione provvisoria dell'annotazione, pertanto, avrebbe privato la stazione appaltante di un'informazione utile a valutare l'esclusione dalle gare, con particolare riferimento alla falsa dichiarazione e alla conseguente interdizione dalle procedure concorsuali.

Tale prassi operativa è stata messa in discussione da parte della giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato n.2152/2009). Pertanto l'Autorità ha deliberato che nei casi di pronunce giurisdizionali che sospendano in via cautelare o che annullino in primo o secondo grado il provvedimento di annotazione, esso verrà cancellato. Nel caso in cui, fra i diversi gradi di giudizio o nel passaggio dalla fase cautelare al merito, il giudice si pronuncia sulla legittimità dell'annotazione, l'Autorità provvederà a rendere pubblica la sola annotazione iniziale.

Per quelle annotazioni che riportano anche una falsa dichiarazione, per cui trova applicazione la preclusione per la ditta annotata di partecipazione alle procedure di gara per un anno, nel caso di oscuramento dell'annotazione dal casellario per effetto di una pronuncia cautelare e successivo ripristino per pronuncia di merito non favorevole alla ditta, l'interdizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. h) del Codice avrà effetto dalla data del primo inserimento e sarà sospesa per il periodo di cancellazione della annotazione; la preclusione per un anno riprenderà a decorrere, per il tempo residuo, dalla data di eventuale ripristino, conseguente a pronunce di merito sfavorevoli alla ditta annotata.