

**CONSIDERAZIONI AL DOCUMENTO BASE DELL'AUTORITA'
DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI SUL TEMA:**

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

di Dover Scalera

1. Insussistenza di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, comma 1, lett. a). pag. 4

Con riferimento al primo dei requisiti personali richiesti ai concorrenti alle procedure di evidenza pubblica, il legislatore ha accorpato in un'unica lettera le due cause di esclusione rispettivamente indicate alla lettera a) e b) della Direttiva 2004/18/Ce

a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;

b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali.

E' dunque la stessa formulazione della Direttiva Comunitaria che nel rinviare alle leggi e ai regolamenti nazionali consente alla normativa interna di ampliare o restringere il novero delle cause di esclusione a seconda del tipo di istituto adottato e di quanto esso sia sintomatico di una maggiore o minore solidità finanziaria del concorrente.

In quest'ottica il legislatore nazionale ha espunto dalle cause di esclusione l'istituto dell'amministrazione straordinaria e mantenuto, invece, l'ipotesi di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo.

E infatti non vi è dubbio che per effetto dell'art. 1 del dlgs 270/1999 l'amministrazione straordinaria sia una procedura concorsuale con finalità

conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali.

Diverso è il caso del concordato preventivo posto che, come correttamente rilevato dall'Autorità di Vigilanza, anche alla luce delle sue nuove finalità apportate dalla riforma del 2005, il concordato preventivo risulta essere sì finalizzato alla conservazione di imprese in crisi ma ancora in grado di generare reddito – ma nell'ottica del miglior soddisfacimento del ceto creditorio. In altri termini tale istituto ha una finalità conservativa prevalentemente rivolta a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori secondo "par condicio" e meno focalizzata sulla riattivazione delle attività imprenditoriali. Ciò nondimeno è vero anche che nel concordato preventivo è previsto un piano di risanamento dell'impresa quale strumento per un'emersione tempestiva dalla crisi senza necessariamente arrivare alla liquidazione.

Ebbene, nell'attuale contesto di crisi economico finanziaria che ha colpito e continua a colpire interi comparti produttivi, si registra un numero crescente di imprese che fanno ricorso al concordato preventivo. Ci si chiede, allora, se eliminare il concordato preventivo dalle cause di esclusione non possa costituire un utile misura anticrisi che, consentendo alle imprese di concorrere all'aggiudicazione di contratti pubblici, contribuirebbe potenzialmente alla conservazione del patrimonio aziendale. Di qui si suggerisce di eliminare dall'art. 38 comma 1 lettera a) anche il riferimento al concordato preventivo.

Nella lunga descrizione di tale causa di esclusione, invece, non è affrontata la problematica della **liquidazione volontaria** che potrebbe ritenersi esclusa dal novero del comma in parola.

Per il resto si condividono le conclusioni dell'Autorità.

2. Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazione criminale (art. 38, comma 1, lett. c). pag. 9

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della causa di esclusione in esame, il documento dell'Autorità ripercorre le linee interpretative fornite dalla giurisprudenza compiendo uno sforzo di sintesi assai apprezzabile. Tuttavia dinanzi a pronunciamenti difformi e oscillanti, sarebbe utile che il documento dell'Autorità – operasse un maggiore sforzo di tipizzazione dei reati che incidono sulla moralità professionale raccogliendo il *modus operandi* già utilizzato con la determinazione n. 13 del 2003 e rintracciabile nel richiamato considerando 43 della Direttiva 18/2004/CE tradotto nell'art. 45.

L'Autorità di Vigilanza con la determinazione n. 13/2003 ha ritenuto che influiscono sull'affidabilità morale e professionale dei contraenti, i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica ed il patrimonio, se 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.

Nell'art. 45 della Direttiva 18/2004/CE il legislatore comunitario attribuisce una valenza di per sé preclusiva alle sentenze di condanna passate in giudicato relative ai reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, di corruzione o di frode e di riciclaggio dei proventi di attività illecite; sul piano interno le predette tipologie di reato che non ammettono una valutazione discrezionale da parte dell'autorità coincidono in buona sostanza con quelle alle quali l'art. 32-quater codice penale collega una "incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione" ed in particolare: peculato, malversazione ai danni dello Stato, corruzione, istigazione alla corruzione, turbata libertà incanti, inadempimento di pubbliche forniture, associazione per delinquere, associazione di stampo mafioso, infortuni sul lavoro, manovre speculative merci, truffa).

Andrebbe raccolta l'indicazione della direttiva europea di inserire tra le tipologie di reati rilevanti quelli in materia ambientale anche in virtù

dell'ampliamento a tale fattispecie di reato, degli effetti interdittivi ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Una maggiore tipizzazione della tipologia di reati incidenti sulla moralità professionale produrrebbe un duplice effetto virtuoso: da un lato ricondurrebbe entro i limiti di una discrezionalità oggettiva il giudizio dell'amministrazione circa l'incidenza del reato sulla moralità professionale del concorrente; dall'altro, produrrebbe un effetto deflattivo del contenzioso riducendo la sindacabilità del giudice rispetto alle decisioni delle stazioni appaltanti.

Quanto alla portata della valutazione discrezionale della stazione appaltante occorre che essa vada ricondotta entro limiti più precisi. A tal proposito, valga il richiamo contenuto nel documento di base alla circolare del Ministero dei lavori pubblici del 1 marzo 2000 n. 182 nella parte in cui delimita i reati incidenti sulla moralità professionale a quelli *“idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la **inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto**”*.

L'inerenza alle obbligazioni dedotte in contratto dovrebbe costituire, dunque, il perimetro per l'incidenza sulla moralità professionale. Conseguentemente è opportuno discostarsi dalla giurisprudenza citata nel documento (TAR Toscana n. 1240/2005) laddove amplia in maniera spropositata l'apprezzamento della stazione appaltante circa la connessione del reato al tipo di attività che il soggetto deve svolgere.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, l'aspetto più problematico riguarda i reati commessi dagli ex direttori tecnici rispetto ai quali l'Autorità di vigilanza, nella determinazione n. 13 del 2003 ha precisato che i reati incidenti sull'affidabilità morale e professionale riguardanti gli ex direttori tecnici, non devono necessariamente riferirsi a comportamenti posti in essere dai medesimi nell'esercizio dell'attuale incarico. Ciò detto, mentre l'Autorità con la richiamata determinazione 13/2003 ha ritenuto insufficiente ai fini della dimostrazione della “dissociazione” la semplice presa d'atto delle dimissioni del direttore tecnico, la giurisprudenza ha

reputato, a tal fine, sufficiente la presa d'atto delle dimissioni (CGA 8 maggio 2006 n. 180).

Sarebbe opportuno chiarire questo aspetto ed indicare in via esemplificativa quali siano le modalità atte a "dimostrare" le misure di dissociazione. Sarebbe altrettanto opportuno chiarire il comportamento che le stazioni appaltanti devono tenere nei confronti dei concorrenti nelle more del rilascio del provvedimento ricognitivo da parte del Giudice laddove venga fornita prova del deposito dell'istanza per la riabilitazione o per la dichiarazione di estinzione del reato.

3. Infrazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro (art. 38, comma 1, lett. e). pag. 15

Per infrazioni alle norme in materia di sicurezza ed ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro debbono intendersi, da quanto emerge nel documento, solo le 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, che tra l'altro la disposizione prevede inoltre che le violazioni devono risultare dai **dati in possesso dell'Osservatorio**.

Ciò consente una notevole semplificazione della procedura di qualificazione, rimettendo ai soggetti deputati all'emissione delle sanzioni ogni discrezionalità.

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

Con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da congrua motivazione, ciò per accertare che i trascorsi dell'impresa non rappresentino un elemento sintomatico della perdita del requisito di

affidabilità e capacità professionale, influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico.

Costituisce a tal proposito un aspetto importante il chiarimento fornito dall'Autorità in merito alla circostanza che *“ai fini della integrazione della fattispecie in esame non basta che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte occorrendo invece una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da una atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo”*.

Tale precisazione è importante per delineare i confini del giudizio della stazione appaltante in ordine al comportamento dell'operatore economico. E' infatti fondamentale precisare che, sebbene sia sempre riconoscibile un margine di discrezionalità alla committenza, essa, tuttavia, non può degenerare nell'arbitrio. In quest'ottica, sarebbe opportuno chiarire che la eventuale pendenza di vertenze in sede arbitrale o giudiziale non costituisce di per sé elemento sintomatico di una grave negligenza; in caso contrario, la sussistenza di una causa di esclusione che rimette alla stazione appaltante di apprezzare discrezionalmente la sussistenza di episodi di grave negligenza da parte dell'impresa, potrebbe costituire uno strumento inibitorio dell'azione di tutela giudiziale delle imprese le quali, pur di non vedersi escluse dalle future procedure di gara bandite dalla medesima stazione appaltante, potrebbero rinunciare a far valere le loro legittime aspettative di tutela. Si auspica dunque un chiarimento volto a deprecare l'invalidarsi di una siffatta prassi.

Si ritiene invece, che possa essere considerata pericolosa l'estensione del giudizio di grave negligenza o malafede ad un giudizio sull'intera vita professionale dell'impresa come prospettato dall'Autorità, posto che a tale finalità dovrebbe provvedere il certificato SOA che, proprio in virtù del sistema dinamico di accertamento ad esso sotteso con accertamenti triennali e quinquennali, dovrebbe consentire un monitoraggio continuo di tipo oggettivo sulla serietà professionale delle imprese.

5. *Violazioni definitivamente accertate degli obblighi fiscali (art. 38, comma 1, lett. g). pag. 19*

Per quanto concerne la durata dell'efficacia ostativa delle violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse si condivide la posizione espressa dall'Autorità che recependo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria, ha statuito che *“la 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”*. Il rapporto continuativo tra il fisco e i contribuenti può essere infatti nel corso della sua durata *“sanato a seguito di accordi transattivi o di adempimenti satisfattivi”*.

Si segnala tuttavia che sono assai frequenti i casi nei quali a causa della non tempestività dei flussi di comunicazione tra uffici pubblici (ed in particolare tra Agenzia delle Entrate ed Equitalia Gerit spa) le stazioni appaltanti adottano provvedimenti di esclusione supportati da documenti antecedenti all'iter di rateizzazione/regolarizzazione avviato dalle imprese antecedentemente alla presentazione delle offerte.

Rimane aperto, infine, il problema della rilevanza delle eventuali irregolarità ai fini della configurazione dell'autonoma causa di esclusione della falsa dichiarazione e dei rischi connessi alla relativa iscrizione nel casellario informatico che, prescindendo da qualunque valutazione sul comportamento psicologico dell'impresa, espone i concorrenti al rischio di vedersi inserite nel casellario Informatico dell'Autorità con tutto ciò che ne consegue in termini di preclusione alla partecipazione alla gara, pur avendo provveduto a regolarizzare la propria posizione ed avendo operato nel pieno rispetto dell'art.38.

6. *False dichiarazioni in merito ai requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento di subappalti rese nell'anno*

antecedente alla data di pubblicazione del bando, risultanti dai dati dell'Osservatorio (art. 38, comma 1, lett. h).

L'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti si configura come autonoma causa di esclusione per cui può essere disposta l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara qualora risulti dal Casellario informatico presso l'Osservatorio che l'impresa in questione si è resa colpevole di false dichiarazioni in merito ai requisiti rilevanti per la partecipazione alla gara.

E' dunque l'annotazione sul casellario che determina il concretizzarsi di questa causa di esclusione.

In buona sostanza in occasione di ciascuna gara, la stazione appaltante va a verificare la sussistenza di annotazioni relative al concorrente sul casellario informativo presso l'Autorità di vigilanza e, laddove riscontri che il soggetto in questione abbia reso false dichiarazioni nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, procede alla sua esclusione.

Occorre dunque comprendere come avvengono le annotazioni sul casellario ed in quali casi si possa parlare di dichiarazioni false.

Sappiano che il sistema di partecipazione alle gare pubbliche avviene sulla base di un sistema binario costituito dalla dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Mentre con riferimento ai secondi, per quanto attiene agli appalti di lavori pubblici, il legislatore ha affidato alla SOA la funzione di certificare il possesso dei relativi requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, per i requisiti di ordine generale così come elencati all'art.38 del codice, la verifica circa il loro possesso va effettuata di volta in volta da parte della stazione appaltante in occasione della singola gara. Per ovviare alla mole di lavoro e accelerare le procedure di affidamento, l'ordinamento consente il ricorso alle dichiarazioni sostitutive ai sensi del Dpr 445/2000 in virtù del quale possono essere oggetto di autodichiarazione tutte le condizioni ed i requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alle gare di appalto.

L'art. 38 comma 3, del dlgs 163/06 prevede che ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo si applica l'art.43 del dlr 445/200 ("accertamenti d'ufficio).

Quanto invece alla verifica dei requisiti di ordine speciale, l'art. 48 del dlgs 163/06, recependo l'art.10 della legge 109/94, introduce un meccanismo di controllo a campione volto a verificare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa eventualmente richiesti dal bando e dichiarati dal concorrente. All'esito di tale verifica quando la prova non sia fornita ovvero non vengano confermate le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della cauzione ed alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11 del dlgs 163/06. L'Autorità dispone, altresì – prosegue il comma 1 dell'art. 48 – *“la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”*

L'art. 6 comma 11 del codice prevede a sua volta che l'autorità applichi una sanzione amministrativa pecuniaria variabile da euro 25.822 se rifiutano od omettono senza giustificato motivo di fornire informazioni o di esibire documenti, fino ad euro 51.545 se forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri.

Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione alle stazioni appaltanti.

Nel delineato quadro normativo vi sono dunque due momenti di accertamento dei requisiti:

- un primo relativo ai requisiti di carattere generale (art.38) che l'amministrazione conduce autonomamente procedendo alle relative acquisizioni d'ufficio cui dovrebbe provvedere prima

della ammissione alla fase di apertura delle offerte economiche ma che, tuttavia, non trova nel codice una precisa collocazione nell'iter procedimentale della gara, salvo il caso della verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art.12.

- un secondo accertamento relativo ai requisiti di ordine speciale (capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa) da effettuare nei tempi e con le modalità dell'art. 48 del codice.

Ciò detto, per espressa previsione normativa solo al secondo tipo di accertamento è connessa la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle gare. Quanto invece alla preclusione annuale dalla partecipazione alle gare per dichiarazioni non veritiere relative ai requisiti di ordine generale, la sanzione si può desumere indirettamente dalla dizione dell'art. 38, comma 1 lettera h) del codice, mancando una espressa comminatoria in apposita disposizione.

La "falsa dichiarazione" può dunque dipendere da uno dei due accertamenti in ordine ai requisiti di ordine generale ed ai requisiti di ordine speciale; tuttavia per i requisiti di ordine speciale la sanzione dell'esclusione non è automatica ma è rimessa al giudizio dell'Autorità che può graduarla per espressa previsione dell'art.48 da uno a 12 mesi in relazione alla gravità del fatto dopo aver condotto una fase istruttoria con l'operatore segnalato. In questo contesto occorrerebbe introdurre ed estendere per analogia all'art. 48 la medesima istruttoria ivi prevista anche per il caso di false dichiarazioni ex art. 38 del Codice.

Pertanto, dinanzi ad una dichiarazione di carattere generico ed al rischio connesso di la stazione appaltante disponga l'esclusione sul presupposto del ricorso di una causa di esclusione ex art.38 comma 1 lettera h) del Codice, deve ritenersi non condivisibile la conclusione cui perviene l'Autorità per cui *"l'Autorità ha 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 una erronea valutazione della fattispecie o della sua gravità” (pag. 25 del documento).

Tanto più quando la stessa giurisprudenza richiamata nel documento in commento offre lo spunto a ché si proceda ad un contraddittorio laddove si prevede che *“prima di disporre l’iscrizione nel casellario, l’Autorità procede alle verifiche del caso. La determinazione n. 1/2008 dispone infatti 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 contenuti nel casellario informatico, “salvo il caso che consti l’inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l’inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante” (CdS 4906/09).*

La valutazione di inconferenza della notizia non può che lasciar presumere una valutazione da parte dell’Autorità al fine di compiere un apprezzamento circa i fatti oggetto della dichiarazione mendace anche alla luce dell’effetto interdittivo ad esso connesso e pesantemente lesivo della vita imprenditoriale delle aziende.

A conferma di ciò proprio, in questi giorni con la sentenza n. 1414 del 10 marzo 2009, la sezione VI del Consiglio di Stato ha ribadito la necessità dell’interlocuzione con l’impresa in ordine alle irregolarità riscontrate ed alle relative ragioni. Questo orientamento è stato raccolto dal TAR Lazio che in forma ancora più esplicita ha precisato che *“Secondo quanto affermato dalla stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con determinazione n. 1 del 2008, nel caso in cui detta Autorità sia portata a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell’eventuale dichiarazione non veritiera resa dall’operatore economico, l’Autorità medesima “procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel Casellario informatico, salvo il caso che consti l’inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l’inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante”; la clausola di salvezza riportata nell’ultima proposizione è*

idonea a radicare un potere valutativo che impone l'analisi delle eventuali esimenti adottate dall'impresa al fine di escludere la propria responsabilità per dichiarazioni non veritiere, non comprendendosi altrimenti a quali situazioni essa (con locuzioni generiche, quale ad es. l'"inconferenza") si riferisca." (TAR Lazio Roma n. 11068/09).

Tanto più tale orientamento giurisprudenziale deve essere assecondato quanto più esso appare in linea con gli orientamenti comunitari ed ai principi del contraddittorio, di proporzionalità e di massima partecipazione alle gare.

In linea con tali principi si ritiene necessario un intervento normativo che chiarisca il ruolo dell'Autorità rispetto alle notizie riguardanti false dichiarazioni ex art. 38 volte ad introdurre una valutazione della eventuale inconferenza delle notizie in contraddittorio con gli operatori coinvolti.

Sulla scorta di tali considerazioni, si condivide l'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessario che l'iscrizione nel casellario sia preceduta da avviso di avvio del procedimento ex Legge 241/90.

D'altro canto una conferma della necessità di garantire la partecipazione mediante avviso si desume proprio dalla determinazione dell'Autorità n. 1/2008.

Affermare la necessità di garantire il principio del contraddittorio equivale ad escludere che l'avviso di avvio del procedimento ammetta equipollenti soprattutto quando, come avvenuto in alcuni casi, essi sono stati individuati nella comunicazione del provvedimento di esclusione. Infatti, proprio perché le notizie riguardanti la non veridicità di una dichiarazione relativa ai requisiti di carattere generale è destinata a confluire nelle notizie di cui alla lettera t) dell'art. 27 del Dor 34/2000, ed in quanto tali si traducono in una ricognizione ed annotazione di fatti *"non aventi di per sé portata sanzionatoria né escludente dalla gara d'appalto"* non può attribuirsi alla comunicazione del provvedimento di esclusione la funzione di avviso di avvio del procedimento di iscrizione nel Casellario dell'Autorità di una falsa dichiarazione a cui è connessa

l'esclusione di un anno dalla partecipazione alle gare di appalto proprio in ragione della assenza di un automatismo.

In ogni caso si ritiene che un intervento normativo in materia dovrebbe comunque prevedere – ed in ciò si concorda con quanto suggerito dall'Autorità – una graduazione della sanzione come previsto dall'art. 48 che tenga conto dell'elemento psicologico dell'offerente e dalla gravità del fatto in ossequio al principio di proporzionalità.

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

Si condivide l'impostazione del documento di lavoro dell'Autorità, in particolare con riferimento alla risoluzione di due problemi che esigono certezze giuridicamente sostenibili per le imprese ossia:

1. durata della validità del DURC (trimestrale così come sostenuto dal TAR del Lecce);
2. possesso del requisito di partecipazione in caso di ottenimento di rateizzazione del debito contributivo (come evidenziato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea) e più in generale il ragionamento, giustamente dinamico, sulla correttezza contributiva dell'impresa.

Sul primo aspetto la sentenza del TAR Lecce è interessante perché successiva al D.M. 24 ottobre 2007, ossia la norma che all'articolo 7 stabilisce, da un lato, che ai fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive di cui all'articolo 1 del medesimo decreto il Durc ha validità mensile, mentre nel solo settore degli appalti privati di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 494/1996, il Durc ha validità trimestrale, ai sensi dell'articolo 39-septies del d.l. 273/2005 convertito dalla legge 51/2006. Tale ultima disposizione stabilisce: “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”.

Dinanzi ad un evidente vuoto normativo, la sentenza, ritiene che la validità del Durc debba considerarsi trimestrale, perché in primo luogo il settore degli appalti pubblici non ha nulla a che vedere con le

“agevolazioni normative” previste dall’articolo 1 del D.M. 24 ottobre 2007; nonché, in secondo luogo, perché il medesimo decreto è stato emanato in attuazione di una delega contenuta nell’articolo 1, comma 1176 della legge 296/2006, finalizzata esclusivamente a definire le modalità di rilascio ed i contenuti del Durc, ma non a specificarne la durata della validità.

Le conclusioni a cui giunge il Tar Puglia-Lecce appaiono certamente confortanti e possono costituire una solida base per suggerire un intervento normativo finalizzato a colmare il vuoto esistente.

Peraltro, sotto il profilo sostanziale, considerate le enormi difficoltà connesse all’acquisizione del DURC, la determinazione definitiva di una sua validità trimestrale avrebbe effetti certamente benefici sull’accelerazione delle procedure di gara e sulla gestione dei contratti. Non vi è alcun dubbio, infatti, che la necessità di acquisire il Durc in ogni fase del rapporto con le imprese rimane un problema operativo concreto che un intervento chiarificatore potrebbe consentire di superare.

Aspetto dal quale si ritiene di doversi scostare è, invece, quello per cui l’Autorità afferma che in presenza di DURC non deve farsi altro che prendere atto della certificazione senza poter in alcun modo “*sindacarne le risultanze*” essendo preclusa alla stazione appaltante ogni valutazione in occasione dell’espletamento della gara.

Tuttavia, proprio con riferimento all’autonomia del procedimento di gara rispetto a quello per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva, si aderisce alla giurisprudenza amministrativa, da ultimo confermata dal Parere del Consiglio di Stato 29.09.2009 n. 5827/2009 per la quale “ *il principio di autonomia del procedimento di rilascio del DURC impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest’ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile ma debba altresì valutare, innanzitutto se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC o condoni ed in secondo luogo se la violazione riportata nel DURC in relazione all’appalto o fornitura in*

questione o alla consistenza economica della ditta concorrente risulti o non "grave".

In altri termini deve dissentirsi dalla posizione per cui vanno considerati intrinsecamente gravi ogni violazione o inadempimento di tali obblighi, per aderire alla necessità di una sussistenza di un potere di valutazione della stazione appaltante in ordine alla entità della violazione commessa.

Sotto altro profilo, l'autorità ribadisce che la regolarità deve sussistere alla data in cui l'azienda ha dichiarato la propria situazione, essendo irrilevanti eventuali regolarizzazioni avvenute successivamente.

In questo caso, l'utilizzo di un *"DURC non più rispondente a verità equivale ad uso di atto falso ed è punito ai sensi del codice penale"*, ciò indipendentemente dalla quantità della irregolarità o la conoscibilità della irregolarità dovuto al diverso accertamento che consegue alla richiesta del DURC da parte dell'impresa stessa. Non solo, è esplicitamente escluso che l'impresa possa sanare la propria irregolarità, ciò non superando la falsa dichiarazione iniziale.

Si tratta quindi di una soluzione che rischia di avere pesantissime conseguenze sulle imprese che possono essere colpite con l'interdizione annuale di cui alla lett. h dell'art. 38 per il semplice ritardo di una sola rata o per la mancata accettazione "formale" di una rateizzazione di detto debito.

Spazio per la discrezionalità sussiste solo in caso di pregresse irregolarità di natura previdenziale, accertate con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi. In tal caso, oltre alla valutazione della non "gravità" della violazione, 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"*.

Al di là delle esposte considerazioni, si ritiene inoltre importante sottoporre all'Autorità una ulteriore problematica inerente il rilascio del DURC in caso di subappalto e sulla possibilità per l'appaltatore di avere certezze sulla situazione previdenziale del subappaltatore.

Il problema è stato parzialmente affrontato dal Ministero del Lavoro con l'interpello n. 15 del 2009, con il quale viene prospettata una soluzione condivisibile, seppur parziale, del problema consentendo, attraverso l'intervento degli ispettori INPS, la verifica della regolarità dell'impresa subappaltatrice sul singolo cantiere.

Sarebbe a nostro avviso opportuno che l'impresa appaltatrice possa esigere il DURC dell'impresa subappaltatrice, in modo da evitare di trovarsi, suo malgrado, in condizioni che impediscono il regolare svolgimento del contratto con la P.A.

Tanto più l'introduzione di tale adempimento ha valenza dopo che il terzo decreto correttivo ha modificato la lettera h dell'art. 38 comma 1 del codice introducendo l'ipotesi di false dichiarazioni" per l'affidamento di subappalti" nonché della previsione di cui all'art 118 comma 6 in virtù della quale l'affidatario è responsabile in solido dell'osservanza delle normativa sul lavoro da parte dei subappaltatori nei confronti dei propri dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

A ciò si aggiunga il ruolo di anticipatore dei SAL che molto spesso l'appaltatore si trova a svolgere nei confronti del subappaltatore.

8. *Sospensione o decadenza di attestato SOA per false dichiarazioni (art.38, comma 1, lett.m-bis.) pag. 33*

In attesa del provvedimento definitivo, per la prima volta viene introdotta la **sospensione, in via cautelare**, delle attestazioni (art. 6, comma 7, lett. m del codice degli appalti) dell'Autorità "nell'esercizio di tale vigilanza". La misura rivolta ad evitare che prima della conclusione del procedimento di decadenza avviato dalla SOA o dalla Autorità, l'impresa possa farsi riattestare sulla base di requisiti ripuliti, sembra dimenticare solo l'inserimento dell'annotazione nel Forum SOA su semplice segnalazione abbia permesso una diminuzione del fenomeno delle fughe dalle imprese sotto procedura di decadenza. Ogni procedimento alternativo deve rispettare comunque una procedura che implica tempo, spesso troppo tempo.

La dichiarazione di decadenza viene emessa su parametri oggettivi, ovvero la presenza di un certificato/dichiarazione non corrispondente al vero, lasciando ad un “*soggetto terzo*” (l’Autorità) l’accertamento della “*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)*”.

Ciò detto viene chiarito che le imprese, la cui attestazione di qualificazione sia stata dichiarata decaduta per falso dopo l’entrata in vigore dell’articolo 38, lett. m bis (**1 agosto 2007**), non possono, senza limiti di tempo, partecipare a gare d’appalto, fatto salvo l’accertamento della non imputabilità o meglio, non riferibilità, per le altre la preclusione dalla partecipazione alle gare non opera in quanto prima di tale data non era prevista la causa di esclusione in argomento. La precisazione non fugando eventuali dubbi di costituzionalità ex art. 25, co. 2, punisce l’impresa con una previsione sanzionatoria (ben più pesante) successiva rispetto all’atto fraudolento che ha portato al rilascio di un certificato.

L’istanza di ri-attestazione dà luogo ad un procedimento “di secondo grado” diretto a valutare l’imputabilità in contraddittorio sia con l’impresa interessata sia con la SOA che ha rilasciato l’attestazione poi decaduta (cfr. legge n. 241/1990). Si ricorda al riguardo che il c.d. soggetto terzo ha un **potere sanzionatorio** diretto nei confronti della SOA, che potrà colpire la stessa qualora il suo operato risulti non immune da quelle contestazioni che l’impresa metterà sicuramente in evidenza (non ha alternative) durante il processo di “appello” per la non imputabilità.

E’ solo dopo la domanda di accertamento della non imputabilità momento che viene approfondito l’elemento soggettivo sulla base della nozione civilistica di imputabilità, intesa come **riferibilità oggettiva e soggettiva** del fatto dovuta alla violazione degli ordinari parametri di diligenza. In

sostanza, il dolo o la colpa devono essere esclusi solo laddove il falso sia ragionevolmente riconducibile a soggetti terzi, *“totalmente estranei all’impresa, e fuori da ogni possibilità di controllo di quest’ultima”*.

Considerato quanto possa essere difficile tale prova sarebbe stato importate chiarire il rapporto tra l’articolo citato e la cessione di ramo d’azienda. Ciò in ragione sia della buona fede del soggetto nell’acquisto di un ramo contenente certificati non veritieri, sia più in generale dell’eventuale blocco *sine die* dei requisiti di qualificazione “puliti”.

9. Le annotazioni sul casellario. pag. 41

Oltre quanto già detto in precedenza in merito alle false dichiarazioni, l’Autorità sta riformando l’accesso al casellario, avviando:

- 1) il ripristino parziale del diritto di accesso delle imprese al casellario;
- 2) la cancellazione delle annotazioni per decorso del tempo di cinque anni dall’ultima annotazione;
- 3) la cancellazione dell’annotazione per un provvedimento cautelare o sentenza.

In relazione all’ultimo punto è stabilito che per quelle annotazioni inizialmente oscurate per effetto di una pronuncia cautelare decaduta successivamente l’interdizione di cui all’art. 38, comma 1, lett. h) del Codice avrà effetto dalla data del primo inserimento e *“riprenderà a decorrere, per il tempo residuo, dalla data di eventuale ripristino, conseguente a pronunce di merito sfavorevoli alla ditta annotata”*.

Riguardo al primo punto è prevista la possibilità per gli operatori economici che partecipano alla stessa gara di poter *“accedere ai dati del casellario, conoscendo l’esistenza dell’annotazione degli altri operatori, ma non il suo contenuto specifico”*.

Questa soluzione pare soddisfacente fermo il rischio di una utilizzazione strumentale delle informazioni acquisite dai concorrenti alla medesima gara.

In via generale sulle annotazioni nel casellario il documento dell'Autorità richiama quanto dalla stessa statuito nella delibera n. 1/ 2008.

Ebbene, a tal proposito va tuttavia evidenziato che

- la delibera non prevede la partecipazione dell'Operatore Economico alla fase di valutazione della annotazione proposta dalle stazioni appaltanti che l'Autorità svolge al fine di escludere "l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante".

E' invece previsto che, nei casi in cui l'operatore economico sia stato escluso dalla gara "anche per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di affidamento", venga attivato un subprocedimento in contraddittorio, per l'eventuale comminatoria della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 6, comma 11.

Analogo sub procedimento in contraddittorio è previsto all'esito delle verifiche ex art. 48.

Pertanto, come già detto in precedenza, il contraddittorio con l'Operatore economico è auspicato e dovrebbe essere previsto in ogni caso e dovrebbe essere provocato dalla stessa Autorità con una espressa richiesta di osservazioni in ordine alla richiesta di annotazione da parte delle stazioni appaltanti anche al solo fine di valutare la predetta "l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante", che, se positivamente risolta, si tradurrà nella pubblicazione della annotazione come proposta dalla stazione appaltante.

Tuttavia, la partecipazione dell'Operatore economico al procedimento potrà consentire all'Autorità, in tutti i casi di esclusione e/o di ogni altro atto o fatto segnalato dalla stazione appaltante per i quali risulta e/o viene accertato che l'Operatore economico **non ha** "*fornito dati e documenti non veritieri*", di integrare l'annotazione proposta dalla stazione appaltante con una nota dell'Autorità che esclude l'attivazione del sub procedimento ex art. 6, comma 11, con l'ulteriore effetto di ridurre il

rischio che l'annotazione della stazione appaltante pubblicata nel casellario informatico erroneamente assimilata da altra stazione appaltante ad una delle ipotesi di esclusione dalla partecipazione alla gara previste dall'art. 38.

A conferma di quanto sostenuto si richiama la sentenza del TAR Trento n. 226/09 per la quale *“Se è pacifico, infatti, che, ricevuta la segnalazione, l'Autorità non abbia alcun potere di valutare autonomamente il provvedimento di esclusione, non è invece revocabile in dubbio che essa disponga del diverso ed autonomo potere - dovere di valutare nel suo contenuto la segnalazione ricevuta. Prima di procedere all'annotazione nel casellario informatico essa deve, invero, espletare un'istruttoria diretta non soltanto a controllare la possibile “inesistenza in punto di fatto dei presupposti o l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante”, come riconosciuto da tempo dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., T.A.R. Lazio, sez. III, 12.8.2003, n. 7052), ma anche verificare se la comunicazione rientri fra quelle per le quali è prevista l'annotazione e se essa vada eseguita nei confronti di tutti i soggetti interessati.Tale potere - dovere dell'Autorità trova esplicita conferma nel quadro normativo all'interno del quale essa è chiamata ad operare, ove si consideri che può richiedere alle stazioni appaltanti “documenti, informazioni e chiarimenti” e irrogare sanzioni amministrative pecuniarie ai soggetti che rifiutino od omettano di “fornire le informazioni o di esibire i documenti ... o se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri”, di cui ai commi 9, 10 e 11 dell'art. 6 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; che anche nei confronti dell'operatore economico escluso dalla gara per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione essa può instaurare un procedimento in contraddittorio al termine del quale irrogare, se del caso, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 6, comma 11, del Codice dei contratti; che l'Autorità opera nell'esercizio dell'“indipendenza di giudizio e di valutazione e di autonomia organizzativa” riconosciuta dal comma 4 dello stesso art. 6. Su tale*

fondamento normativo l'attività svolta dall'Autorità” – prosegue il TAR Trento – “nei confronti delle segnalazioni ricevute, ivi compresa la decisione della successiva loro annotazione nel casellario, non può essere qualificata come meramente esecutiva, in essa profilandosi l'autonomia di un giudizio cui si correlano conseguenti statuizioni, che incidono direttamente sulla posizione delle imprese incorse negli illeciti loro anteriormente ascritti.”