

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DETERMINAZIONE 16 maggio 2012

Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici. (Determinazione n. 1). (12A06767)

(GU n. 141 del 19-6-2012)

Premessa.

L'Autorità, con la determinazione n. 1/2010, «Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonche' per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi», ha fornito indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, rubricato «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia», convertito in legge con modifiche dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha apportato numerose modifiche all'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice), l'Autorità, ha pubblicato il documento «Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro» ed esperito una consultazione degli operatori del settore e delle istituzioni competenti; i contributi pervenuti sono consultabili sul sito internet

all'indirizzo:

<http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>.

Successivamente alla consultazione, sono sopravvenuti ulteriori interventi normativi ed in particolare, l'art. 20 comma 1, lett. d, del decreto-legge n. 5 del 9 febbraio 2012, «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo», convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, che, come proposto dall'Autorità nella segnalazione n. 1 del 2012, ha modificato l'art. 38, comma 1-ter del Codice, attribuendo all'Autorità il potere di graduare l'irrogazione della sanzione interdittiva ivi prevista.

Infine, l'art. 1, comma 5, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, «Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento», convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, ha novellato il comma 2 dell'art. 38 del Codice, in riferimento al comma 1, lett. g), specificando che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.

Alla luce delle rilevanti modifiche normative introdotte, l'Autorità ritiene opportuno intervenire nuovamente sulla materia, offrendo indicazioni integrative rispetto alla determinazione n. 1 del 2010.

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

La disposizione dell'art. 38, comma 1, lett. b) concerne l'esclusione dalle procedure di affidamento disposta per i soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia.

A riguardo si osserva che il legislatore, con la novella apportata all'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice, ha inteso ampliare l'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione in esame includendovi - oltre a titolare o direttore tecnico per le imprese individuali; soci o direttore tecnico per le società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per le società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per le altre società - anche il socio unico, persona fisica, o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, «se si tratta di altro tipo di società».

Il dubbio che, in materia, potrebbe porsi, data la formulazione della norma, concerne l'interpretazione da dare alla locuzione «persona fisica», introdotta

in sede di conversione dalla citata legge n. 106/2011, nonché il significato dell'espressione «socio di maggioranza».

In riferimento al primo profilo, si ritiene che l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) vada circoscritto esclusivamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci, in coerenza con la ratio sottesa alle scelte del legislatore: diversamente argomentando, risulterebbe del tutto illogico limitare l'accertamento de quo alla sola persona fisica nel caso di socio unico ed estendere, invece, l'accertamento alle persone giuridiche nel caso di società con due o tre soci, ove il potere del socio di maggioranza, nella compagine sociale, e' sicuramente minore rispetto a quello detenuto dal socio unico.

In riferimento al secondo profilo, si ritiene che la locuzione «socio di maggioranza» vada interpretata nel senso di effettuare i controlli di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) nei confronti del soggetto che detiene il controllo della società (controllo di cui si dispone anche potendo contare solo sulla maggioranza relativa). Ciò e' conforme alla ratio della norma che ha come obiettivo quello di sottoporre ad una verifica più incisiva, estesa ai soci, esclusivamente quelle società in cui, per via della ridotta composizione azionaria, i singoli soci potrebbero assumere un'influenza dominante. Si precisa che nel caso di società con due soli soci i quali siano in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni previste ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice devono essere rese da entrambi i suddetti soci (cfr. Parere AVCP del 4 aprile 2012, n. 58).

Per quanto riguarda, poi, gli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i riscontri necessari, si specifica che, ad integrazione delle indicazioni offerte nella determinazione n. 1/2010, si considera pendente il procedimento per l'irrogazione di una misura di prevenzione soltanto a seguito dell'iscrizione, nell'apposito registro della cancelleria del tribunale, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore). Le stazioni appaltanti, pertanto, possono indirizzare la richiesta di verifica del possesso del requisito al tribunale del luogo di residenza/dimora del soggetto persona fisica che rilascia la dichiarazione di insussistenza delle circostanze ostante di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice (cfr. a riguardo le indicazioni fornite dal Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale della giustizia penale, nella nota circolare, riferimento 027.002.003-20, del 9 dicembre 2011 «Modalità di verifica da parte degli enti pubblici appaltanti dell'eventuale pendenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di coloro che partecipano alle procedure per l'affidamento di concessioni o appalti»).

Infine, in argomento, si evidenzia che e' stato approvato il nuovo Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159 del 6 settembre 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 28 settembre 2011); pertanto, i richiami previsti all'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice relativi all'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ora si intendono riferiti all'art. 6 del d.lgs. n. 159/2011, quelli relativi ad una delle cause ostante, di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, ora si intendono riferiti all'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011.

2. Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale e reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio (articolo 38, comma 1, lett. c).

La preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto, contemplata alla lettera c), comma 1, dell'art. 38 del Codice, derivante dalla pronuncia di particolari sentenze di condanna, e' stata oggetto di un intervento estensivo analogo a quello apportato alla lett. b), comma 1, dell'art. 38 del Codice. Il testo novellato prevede, infatti, che l'esclusione ed il divieto di partecipazione alle procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei contratti pubblici operino se la sentenza o il decreto siano stati emessi: nei confronti

del titolare o del direttore tecnico, per le imprese individuali; nei confronti dei soci o del direttore tecnico per le società in nome collettivo; nei confronti dei soci accomandatari o del direttore tecnico per le società in accomandita semplice; nei confronti del direttore tecnico o degli amministratori con poteri di rappresentanza o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, «se si tratta di altro tipo di società o consorzio». In relazione a questo profilo, pertanto, si richiamano le osservazioni già formulate nel paragrafo precedente e si precisa che le dichiarazioni di essere in regola con i requisiti richiesti dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) devono essere presentate da tutti i soggetti indicati dalla norma (soci/amministratori e direttore tecnico).

Inoltre, la nuova formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) dispone espressamente che non rilevano, ai fini dell'esclusione dalle gare, i reati per i quali sia intervenuta la riabilitazione, l'estinzione, la depenalizzazione o la revoca della condanna, integrando quanto previsto dal testo previgente. Ne consegue che, 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., ovvero pronunciata dal giudice dell'esecuzione la revoca della sentenza di condanna o del decreto penale, o intervenuto un provvedimento legislativo di depenalizzazione, il concorrente non deve più menzionare le condanne per cui si siano verificate le vicende sopra elencate nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, restando così preclusa alla stazione appaltante ogni possibile valutazione negativa, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, dei fatti di cui alla sentenza di condanna.

Altra importante modifica apportata dal d.l. n. 70/2011 all'art. 38 consiste nella riduzione da tre anni ad un anno del periodo rilevante, al fine della cessazione dalle cariche.

Viene, poi, precisato che, in ogni caso, qualora vi siano soggetti cessati dalla carica, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per pregressa condotta delittuosa, al fine di evitare di incorrere nell'esclusione e nel divieto, l'operatore economico deve dimostrare che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

La norma, innovando rispetto alla precedente disposizione, non fa più riferimento all'adozione di atti o misure di completa dissociazione; ciò può essere ritenuto indice della volontà del legislatore, nell'ambito di una visione «sostanzialistica», di separare la prova dell'intervenuta effettiva e completa dissociazione dalla formale adozione di atti e misure volti in tal senso, con la conseguenza che la prova della dissociazione può essere liberamente desunta dagli atti prodotti. In quest'ottica, in relazione allo specifico caso concreto, l'avvio di un'azione risarcitoria o la denuncia penale potrebbero non essere necessari per la dimostrazione dell'effettiva dissociazione ma, di contro, potrebbero non essere sufficienti qualora, valutando altre circostanze concrete emergesse il carattere meramente formale del comportamento dissociativo. L'onere di fornire la prova grava sull'operatore economico al quale il legislatore consente di evitare l'effetto dell'esclusione dalla gara, irrogata in conseguenza dell'operato dei soggetti cessati dalla carica, a condizione che, attraverso la dissociazione, venga interrotto quel nesso di identificazione e di collegamento presunti tra i soggetti cessati e la società stessa.

A titolo esemplificativo, possono essere considerati indici rivelatori dell'effettività della dissociazione le circostanze indicate nella determinazione n. 1/2010, quindi, «l'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale». La dichiarazione sostitutiva e' rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione in esame, anche se di tenore negativo e cioè anche se i cessati non abbiano subito condanne.

In relazione ai soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni, l'art.38, comma 1, lett. c) fa riferimento, espressamente, agli amministratori muniti del potere di rappresentanza ed al direttore tecnico, per le società di capitali. In merito,

si ritiene che, secondo quanto stabilito dal legislatore, i soggetti tenuti a rilasciare la dichiarazione di insussistenza delle ipotesi ostantive previste dall'art. 38, comma 1, lett. c) siano gli amministratori con poteri di rappresentanza ed il direttore tecnico. Sotto questo profilo si osserva che il dettato legislativo non lascia spazio a dubbi: gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dall'art. 38 del Codice a prescindere dal fatto che nella sostanza svolgano o meno tale attività; in altri termini, la ripartizione interna dei compiti e delle deleghe tra gli appartenenti al management societario e' irrilevante (in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471). Del resto, e' importante sottolineare che il riferimento ai poteri sostanziali e' stato utilizzato da parte della giurisprudenza non per restringere ma per ampliare il novero dei soggetti chiamati a rendere la dichiarazione in questione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8059).

Si precisa, inoltre, che, il procuratore ad negotium e', in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostantive previste dall'art. 38, comma 1, lett. c); di conseguenza, i procuratori speciali della società muniti di potere di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive a meno che non siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura; al tal fine non può essere considerato sufficiente il conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la Pubblica amministrazione (cfr, in questo senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134).

La differente formulazione del comma 2 dell'art. 38 del Codice puntualizza le cause di esclusione di cui al primo comma, lettera c). Viene specificato che, in sede di dichiarazione dei requisiti, il concorrente deve dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Viene, altresì, precisato che non devono essere dichiarate le condanne quando il reato sia stato depenalizzato ovvero le condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione, o quando il reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna, o dopo la revoca della condanna stessa. Il legislatore ha definitivamente chiarito, quindi, che spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità delle eventuali condanne riportate; conseguentemente e' obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti, non competendo a quest'ultimo effettuare valutazioni in ordine alla gravità del reato ascrittigli o del pregiudizio penale riportato perché ciò si risolverebbe nella privazione in capo alla stazione appaltante di conoscenze indispensabili per delibare in ordine alla incidenza del precedente riportato sulla moralità professionale e sulla gravità del medesimo. Ne discende che, in ipotesi di omessa dichiarazione di condanne riportate, e' legittimo il provvedimento d'esclusione non dovendosi configurare in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente penale di cui e' stata omessa la dichiarazione e conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della prescritta dichiarazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 gennaio 2012, n. 8, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 22 novembre 2011, n. 6153). Risultano confermate, pertanto, le indicazioni già fornite in merito dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010.

Tali conclusioni rimangono ferme anche con riferimento al comma 1-bis all'art. 46 del Codice, introdotto dal d.l. n. 70/2011, convertito in legge dalla l. n. 106/2011. La novella non vale ad evitare l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex art. 38 del Codice, dovendosi intendere la norma nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente sia nell'ipotesi in cui la legge imponga «adempimenti doverosi» o introduca, come nel caso di specie, «norme di divieto» pur senza prevedere espressamente l'esclusione. In altri termini, l'incompletezza o la falsità delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 e 2, e l'inosservanza degli adempimenti prescritti determinano, per il chiaro tenore della legge, l'esclusione dell'operatore economico, dunque nessuno spazio può avere il dovere di soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471).

La stessa stazione appaltante, inoltre, (si veda infra) e' tenuta a segnalare la condotta del partecipante, che abbia omesso l'indicazione delle condanne, all'Autorita' che, ai sensi del comma 1-ter dell'art. 38, se ritiene che le dichiarazioni o la documentazione siano state rese con dolo o colpa grave (in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti, oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione), dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle successive procedure di gara e dagli affidamenti dei subappalti, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h).

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

Altra modifica riguarda la lettera d), comma 1, dell'art. 38 del Codice che si riferisce alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria ex art. 17, comma 3, legge 19 marzo 1990, n. 55.

La «ratio» del citato divieto va ricercata nella finalità di prevenzione del fenomeno di infiltrazioni occulte delle organizzazioni malavitose nell'esecuzione degli appalti in virtù della quale e' vietata la partecipazione alle gare pubbliche di società fiduciarie che non siano autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Si ricorda che sulle società fiduciarie autorizzate grava, comunque, l'obbligo di comunicare all'amministrazione committente o concedente, prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 264).

Con riferimento alla disciplina dettata dalla lettera d), comma 1, dell'art. 38 del Codice, la novella legislativa intervenuta ha sancito che «l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non e' stata rimossa». E' stato, quindi, delimitato e circoscritto temporalmente ad un anno il periodo di rilevanza dell'accertamento definitivo della violazione del divieto di intestazione fiduciaria; e' stato precisato che in ogni caso l'esclusione va disposta se la violazione del divieto in parola non sia stata rimossa. Viene così corretto un difetto della precedente formulazione che comminava un'interdizione sine die alla

Partecipazione alla gara la cui compatibilità con il principio di proporzionalità risultava alquanto dubbia.

A riguardo si osserva che l'espressione «accertamento definitivo della violazione» richiama l'ipotesi di accertamento definito con provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile.

Come emerge dalla disciplina del Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, i soggetti legittimati ad esercitare detto controllo sono le stesse amministrazioni aggiudicatrici o concedenti, pertanto l'anno di interdizione dovrebbe decorrere dal momento in cui diviene inoppugnabile il provvedimento dell'amministrazione aggiudicatrice/committente con cui e' stata accertata la violazione dell'intestazione fiduciaria.

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

Con riferimento alle violazioni concernenti gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, il nuovo testo della lettera g) del comma 1 dell'art. 38 del Codice precisa che l'esclusione opera solamente in caso di violazioni gravi definitivamente accertate.

Pertanto, attraverso la novella il legislatore ha introdotto l'aggettivo «gravi» con riferimento a tali inadempimenti, ma si e' preoccupato di delimitare il significato dell'espressione definendo precisamente la soglia di valore al di sopra della quale la violazione si ritiene grave, eliminando sul punto qualsiasi potere discrezionale. Al comma 2 dell'art. 38 del Codice si specifica che si considerano gravi «le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602». L'importo indicato dal comma 1 dell'art. 48-bis citato e' pari a 10.000 euro,

mentre il comma 2-bis prevede che, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, l'importo citato possa essere Aumentato, in misura comunque non superiore al doppio, ovvero diminuito.

Per quanto concerne l'altro elemento della fattispecie, vale a dire la definitività dell'accertamento della violazione tributaria, il legislatore è di recente intervenuto attraverso l'art. 1, comma 5, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge dalla l. 26 aprile 2012, n. 44, che ha inserito al comma 2 dell'art. 38 del Codice, in riferimento al comma 1, lett. g), il seguente periodo «costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili». Inoltre, al comma 6 del citato decreto-legge, viene precisato che sono fatti salvi i comportamenti già adottati, alla data di entrata in vigore del decreto (2 marzo 2012), dalle stazioni appaltanti in coerenza con la disposizione di cui al comma 5 sopra riportata; pertanto, il comma 6 conferisce carattere retroattivo alla disposizione di cui al comma 5.

A riguardo si ribadiscono le indicazioni fornite dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010 e confermate dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), secondo cui non si intendono scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato concordato un piano di rateazione ed il contribuente sia in regola con i relativi pagamenti, a condizione che il concorrente provi di aver beneficiato di tale misura entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta.

Si osserva, infine, che non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di discrezionalità per effettuare un apprezzamento sulla gravità dell'illecito commesso dall'operatore economico; dunque, in presenza di un debito fiscale definitivamente accertato di importo superiore a quello previsto dalla legge citata, la stazione appaltante è costretta ad escludere, poiché la valutazione della gravità è stata già effettuata a monte dal legislatore.

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

L'art. 38, comma 1, lett. h), nel testo precedente al decreto sviluppo, prevedeva come causa di esclusione l'aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, secondo i dati in possesso dell'Osservatorio. La norma aveva dato luogo a varie questioni, sia per quanto riguardava la decorrenza della causa di esclusione annuale, individuata nella data di iscrizione nel casellario informatico, sia per quanto concerneva l'ambito delle false dichiarazioni da iscrivere nel casellario informatico (qualsivoglia falsa dichiarazione o solo quelle rese con dolo o colpa grave).

Recependo gli orientamenti dell'Autorità e della giurisprudenza, il legislatore ha riscritto la lett. h) e ha inserito, nell'art. 38, il comma 1-ter; la lettera h), nella formulazione attuale, prevede che la stazione appaltante debba escludere, senza alcun margine di discrezionalità, gli operatori economici che risultino iscritti nel casellario informatico dell'Osservatorio per aver gli stessi presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni in relazione a requisiti o condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti. A riguardo si precisa che, secondo quanto già osservato nella determinazione n. 1/2010, in presenza di un'annotazione, a carico di un operatore economico, per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è automatica (per la durata dell'annotazione), vale a dire che essa costituisce per la stazione appaltante un'attività vincolata senza alcun margine di discrezionalità.

Parimenti, la stazione appaltante, qualora ravvisi falsità nelle dichiarazioni rese dal concorrente o nella documentazione presentata, provvede in ogni caso all'esclusione dello stesso dalla specifica procedura di gara, atteso che l'esistenza di false dichiarazioni, sul possesso dei requisiti rilevanti per l'ammissione ad una gara d'appalto, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1909; T.A.R. Veneto, sez. I, 24 gennaio 2011, n. 76).

Sul punto, la novella dell'art. 38 non aggiunge alcun elemento ulteriore; pertanto si confermano le indicazioni fornite nella determinazione n. 1/2010: la necessità dell'esclusione si ricava da una lettura comparata del citato art. 38 con le disposizioni dettate dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui «il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera» (art. 75). La norma menzionata pone in stretta correlazione la non veridicità del contenuto della dichiarazione con i benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera. Nel caso in esame, il beneficio derivante da una dichiarazione sostitutiva sui requisiti minimi richiesti nel bando, da parte di un concorrente, e' connesso all'ammissione della sua domanda di partecipazione alla gara, pertanto la decadenza da tale beneficio comporta necessariamente l'esclusione del concorrente. Inoltre, si puntualizza che l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 non richiede alcuna valutazione, da parte della stazione appaltante, circa il dolo o la colpa grave del dichiarante, il corollario di cio' e' che la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera indipendentemente da ogni indagine della pubblica amministrazione sull'elemento soggettivo del dichiarante (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1909).

L'art. 38 del Codice, comma 1-ter (come modificato, da ultimo dal decreto-legge n. 5 del 9 febbraio 2012, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 4 aprile 2012, n. 35) stabilisce che, in caso di presentazione di falsa documentazione o di falsa dichiarazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne informi l'Autorità la quale dispone l'iscrizione nel casellario informatico, ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, «fino ad un anno», qualora ritenga che la falsa dichiarazione o la falsa documentazione sia stata resa con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti. In questo modo il legislatore consente all'Autorità di graduare l'irrogazione della sanzione interdittiva in misura proporzionale ai parametri della rilevanza o della gravità del fatto indicati nella stesso comma 1-ter.

A riguardo si osserva che, già prima del d.l. n. 70/2011, nella determinazione n. 1/2010, più volte citata, era stato posto in rilievo che un'eventuale iscrizione «automatica» nel casellario (con conseguente applicazione della sanzione interdittiva annuale) sarebbe risultata in contrasto con i principi di diritto comunitario applicabili e, segnatamente, con il principio di proporzionalità.

Ciò aveva condotto a ritenere che, prima di disporre l'iscrizione, l'Autorità avrebbe dovuto valutare l'eventuale inconferenza della notizia o l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione. A seguito della novella legislativa, la sanzione dell'iscrizione nel casellario non puo' mai essere automatica, ma viene irrogata all'esito di un'indagine sulla sussistenza, nel caso specifico, dell'elemento soggettivo consistente nell'accertamento del dolo o della colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa attestazione.

Pertanto, il sistema giuridico che risulta dal combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. h) e dell'art. 38, comma 1-ter e' caratterizzato dalla presenza di un doppio binario: l'esclusione dalla singola gara e' comminata dalla stazione appaltante sul presupposto oggettivamente rilevante di una qualsivoglia falsa dichiarazione resa dall'operatore economico nella stessa gara; l'esclusione da altre gare, per la durata di un anno, e' comminata dall'AVCP al termine di un procedimento in cui si sia accertato che l'operatore economico abbia reso la dichiarazione falsa con dolo o colpa grave. Quindi, la valutazione dello stato soggettivo rilevante spetta all'AVCP e si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con ulteriori accertamenti e di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3361).

Si sottolinea, altresì, che l'esclusione dalla singola gara non comporta inevitabilmente l'iscrizione nel casellario informatico e la relativa esclusione dalle altre gare. La norma conferma, così, in modo chiaro, che la stazione appaltante e' tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche in

relazione alla mancata comprova dei requisiti generali e non solo con riferimento a quelli speciali ex art. 48 (cfr. Consiglio di Stato, 2 maggio 2011, n. 2580).

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

La lettera i) dell'art. 38 del Codice, che prevede la sanzione espulsiva per l'operatore economico che abbia commesso gravi violazioni definitivamente accertate delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, non ha subito modifiche da parte del decreto sviluppo. Tuttavia, quest'ultimo, nel comma 2 dell'art. 38 del Codice, ha inserito un capoverso in cui si chiarisce la portata dell'aggettivo grave. In materia di violazioni contributive, il legislatore riconduce la gravità ad ogni violazione ostantiva al rilascio del D.U.R.C. di cui all'art. 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266. Di fatto, l'emissione di un D.U.R.C. irregolare equivarrebbe ex se alla sussistenza di una grave irregolarità, accertata, a monte, dall'ente previdenziale, senza che a riguardo residui alcun margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante. In linea con quanto affermato dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010, il rapporto tra D.U.R.C. e valutazione finale circa il possesso del requisito generale di partecipazione e' stabilito nel senso che la stazione appaltante e' comunque vincolata alle risultanze del D.U.R.C. (cfr. sul punto ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, n. 6072 del 18.11.2011, Consiglio di Stato, sez. V, n. 5936 del 24.08.2010, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1930 del 06.04.2010).

Per quanto riguarda, poi, il requisito della definitività dell'accertamento, il decreto sviluppo non ha effettuato alcuna precisazione in merito, rimangono, quindi, valide le indicazioni fornite dall'Autorità nella determinazione n. 1/2010 che risultano condivise anche dalla giurisprudenza (cfr. in argomento Consiglio Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5194, secondo cui «La giurisprudenza ha inoltre espresso, sotto altro profilo, il principio per cui lo stato di «definitivo accertamento» delle violazioni contributive può essere rinvenuto, in pratica, in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali, ne' del termine per esperirli. E' in questo senso che si dice che ai fini della valutazione della definitività dell'accertamento, per gli effetti dell'art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006, occorre che al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara: (i) sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto di accertamento in sede amministrativa, o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo, e (ii) non sia stato proposto ricorso giurisdizionale (senza che una proposizione solo successiva del ricorso giurisdizionale possa valere ad infirmare l'efficacia preclusiva del d.u.r.c. negativo) (C.d.S., V, 13 luglio 2010, n. 4511; Sez. VI, 27 febbraio 2008 n. 716).»)

E', altresì, previsto che i soggetti di cui all'art. 47, comma 1, del Codice (vale a dire gli operatori economici stabiliti negli altri Paesi dell'Unione europea) dimostrino, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del Codice, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio D.U.R.C.

A seguito delle recenti modifiche normative concernenti il rilascio di certificazioni, ed in particolare della legge 12 novembre 2011, n. 183, (cfr. art. 44-bis introdotto nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), sono stati posti alcuni dubbi interpretativi sul D.U.R.C., relativamente alle modalita' di partecipazione alle gare e di successiva verifica del suddetto requisito.

Per i profili che interessano in questa sede, preme affermare che la suddetta normativa non ha introdotto alcuna novità sostanziale in tema di modalita' di partecipazione alla gara. Pertanto, ai fini della partecipazione di un concorrente ad una procedura di gara, rimane fermo che quest'ultimo deve presentare una dichiarazione di non trovarsi nella situazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. i), come peraltro espressamente previsto in via generale dallo stesso art. 38, al comma 2; spetta, poi, alla stazione appaltante pubblica ed alle amministrazioni precedenti (art. 16-bis, comma 10, del d.l. n. 185/2008, come convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, ed art. 6 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) verificare, ai sensi dell'art. 71 del d.P.R. n. 445/2000, la

correttezza delle dichiarazioni ricevute tramite acquisizione d'ufficio del D.U.R.C.

Si ricorda, infine, che, la legge di conversione n. 106/2011 ha introdotto una disposizione a regime (art. 4, comma 14-bis, del d.l. n. 70/2011) che, tuttavia, non novella il Codice, ma rimane extravagante nell'ordinamento. Viene espressamente stabilito che per i contratti di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 46, comma 1, lett. p), d.P.R. n. 445/2000, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni precedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell'art. 71 del d.P.R. n. 445/2000.

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

La modifica riferita alla lettera m-bis) del comma 1 dell'art. 38 del Codice va letta congiuntamente al nuovo comma 9-quater dell'art. 40 del Codice; il testo precedente alla novella prevedeva l'esclusione dalle gare dei soggetti «nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico». La citata causa di esclusione aveva, però, dato luogo a dubbi interpretativi soprattutto a motivo della sua indeterminatezza temporale, in quanto sembrava comminare un'interdizione sine die alla partecipazione dell'operatore economico alle gare, in contrasto con il principio comunitario della proporzionalità della sanzione, e della sua assolutezza, in quanto difettava la previsione dell'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa; sul punto l'Autorità ha fornito indicazioni con la determinazione n. 3/2010.

La nuova disposizione circoscrive la causa di esclusione all'esistenza di una specifica iscrizione nel casellario informatico dell'Osservatorio di cui all'art. 7, comma 10, del Codice, a carico dell'operatore, per aver questi presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, ai sensi dell'art. 40, comma 9-quater del Codice. Quest'ultimo stabilisce che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità la quale, se ritiene che le stesse siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico per l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ex art. 38, comma 1, lett. m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione e' cancellata e perde comunque efficacia. Sostanzialmente le modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011 nella lettera m-bis), comma 1, dell'art. 38 e nel comma 9-quater, dell'art. 40 del Codice ricalcano quelle inserite nella lettera h), comma 1, dell'art. 38 e nel comma 1-ter dell'art. 38; in entrambi i casi, infatti, il legislatore richiede, quali elementi costitutivi della causa ostativa, l'accertamento del dolo o della colpa grave (cfr. al riguardo il «Regolamento in materia di procedimento ex art. 40, comma 9-quater del d.lgs. 163/06 per l'accertamento della responsabilità delle imprese che presentano falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione sotto il profilo del dolo o della colpa grave», pubblicato in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 168 del 21 luglio 2011, il Comunicato n. 65 alle SOA del 12 luglio 2011 e le «Modalità di dimostrazione dei requisiti di cui agli articoli 78 e 79 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207», pubblicato in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 182 del 6 agosto 2011). A differenza di quanto previsto al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice, la sanzione interdittiva di cui al comma 9-quater dell'art. 40 del Codice rimane fissata per il periodo di un anno senza possibilità di graduazione.

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

Si rammenta che per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica») e' stata inserita una nuova causa di esclusione dalle gare indicata con la lettera m-ter) ed una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma dell'art. 38.

Attualmente, la disposizione preclude la partecipazione alle gare, con contestuale iscrizione nel Casellario informatico, di coloro i quali « (...) pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrono i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

Si osserva, in proposito, che nel testo del nuovo art. 38, comma 1, lett. m-ter del Codice scompare, per l'operatività dell'esclusione in esso prevista, il riferimento al fatto che i soggetti interessati non siano sottoposti all'applicazione di misure di prevenzione o che per gli stessi si ravvisi una causa ostativa di cui alla lettera b). La disposizione in esame si applica ai soggetti elencati alla lettera b) dell'art. 38 del Codice (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 o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, 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 aggravati dal metodo mafioso. La descritta disposizione, tuttavia, non opera quando il fatto e' stato commesso, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o per legittima difesa. In altri termini, la causa di esclusione di cui alla lettera m-ter viene meno se la mancata denuncia e' riconducibile allo stato di necessità nel quale si sia trovata la vittima del reato.

La novella apportata con il d.l. n. 70/2011 ha circoscritto, poi, il periodo rilevante, all'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, superando la prescrizione precedente che prendeva in considerazione, per la stessa finalità, un arco temporale di tre anni.

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

L'art. 38, comma 1, lett. m-quater) e' stato introdotto nel Codice dal decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166 in adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07.

La lettera m-quater) prevede l'esclusione per i concorrenti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

Il citato d.l. n. 135/2009 aveva novellato anche l'art. 38, comma 2 del Codice chiarendo che ai fini del comma 1, lett. m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste la situazione di controllo; tale dichiarazione e' corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

La menzionata previsione aveva dato luogo a difficoltà applicative perché il concorrente avrebbe potuto non essere a conoscenza che altre imprese in situazione di controllo partecipassero alla medesima gara. A riguardo e' intervenuto il legislatore novellando il comma 2 dell'art. 38 del Codice, con l'inserimento della possibilità per il concorrente di dichiarare di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di gara di altri soggetti in relazione di controllo. La nuova disposizione, infatti, prevede che ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) il concorrente alleghi, alternativamente:

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle citate lett. a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

La novella in esame, quindi, articola diversamente il contenuto delle dichiarazioni con cui il concorrente attesta di trovarsi o meno in una situazione di controllo, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante dell'imputabilità o meno di offerte ad un unico centro decisionale. In primo luogo, viene evidenziato che la dichiarazione deve sempre attestare che il concorrente abbia formulato l'offerta autonomamente. In secondo luogo, il concorrente non deve dichiarare l'esistenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma di essere o meno a conoscenza della partecipazione, alla medesima procedura di affidamento, di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo.

Nel caso in cui si dichiari che si e' a conoscenza della partecipazione di soggetti che si trovano in una situazione di controllo, e' stato eliminato l'onere (a carico dei medesimi concorrenti) di presentazione della busta contenente gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

Si rammenta quanto specificato dalla giurisprudenza secondo cui eventuali comunanze a livello strutturale sono di per sé insufficienti a dimostrare la sussistenza di un collegamento sostanziale; esse possono considerarsi degli indici che necessitano dell'espletamento di un'ulteriore verifica tendente ad accettare l'impatto concreto degli stessi sul comportamento tenuto nell'ambito della gara, in particolare ai fini di stabilire la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate. La predetta verifica che non può prescindere dall'esame del contenuto sostanziale delle offerte e presuppone, dunque, l'apertura delle buste contenenti l'offerta, come richiesto ora espressamente dal legislatore (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 844 del 17 febbraio 2012; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 247 del 25 gennaio 2010; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1120 del 16 febbraio 2010).

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

L'art. 38, comma 1-bis, del Codice, inserito dalla legge n.94/2009, prevede l'esonero dalle cause di esclusione dell'art. 38 per le aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 159/2011), ed affidate ad un custode o ad un amministratore giudiziario.

La novella introdotta con la legge n. 106/2011 ha circoscritto l'esonero dalle cause di esclusione, limitandone l'inoperatività a quelle riferite al periodo

precedente il citato affidamento. Pertanto, le cause di esclusione che ricorrono dopo l'affidamento dell'azienda o della società confiscata o sequestrata al custode o all'amministratore giudiziario, sono irrilevanti se riferite al periodo anteriore al suddetto affidamento. Diventano rilevanti, invece, se riferite al periodo successivo. La finalità perseguita dal legislatore e' quella di reinserire l'azienda sequestrata o confiscata nel circuito delle gare pubbliche, con sanatoria dei fatti pregressi, ma non con esonero a tempo indeterminato, come risultava dalla formulazione precedente.

Sulla base di quanto sopra considerato il Consiglio adotta la presente determinazione.

Il Presidente: Santoro

Il Relatore: Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 11 giugno 2012.

Il segretario: Esposito