

IL “DECRETO SVILUPPO” (D.L.70/2011)
CONFERME MODIFICHE E CORREZIONI ALLE CAUSE DI
ESCLUSIONE PREVISTE DALL'ART.38 d.Lgs.163/2006.

Il “decreto sviluppo” (D.L.70/2011) ha portato importanti novità in tema di appalti e lavori pubblici, andando a incidere sia sul Codice degli appalti (d.Lgs 163/2006), sia sul Regolamento generale di attuazione ed esecuzione di cui al D.P.R. 207/2010.

La tematica particolarmente rilevante su cui riflettere, che incide sulla normativa vigente è quella riguardante la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, che il D.L. in questione introduce con l'intento di garantire un maggior rispetto della “par condicio” dei concorrenti, e allo stesso tempo di ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti.

In generale, l'art. 4, comma 1, lett. n), afferma che tali cause di esclusione dalle gare“possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”.

In particolare, viene modificata la rubrica dell'art. 46 del Codice dei contratti, che diventa“Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione”, e viene introdotto il nuovo comma 1-bis: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

Mentre,il potere discrezionale delle stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati (comma 1 dell'art. 46) viene escluso nelle suddette ipotesi tassative, in cui l'amministrazione è vincolata all'esclusione, dall'altro e fuori da tali ipotesi, ulteriori cause di esclusione eventualmente previste dalla *lex specialis* o dalla commissione, diverranno certamente illegittime.

Appare dunque chiaro quanto il combinato disposto intende evidentemente codificare un modo di procedere volto a far valere la sostanza sulla forma, al fine di limitare le numerose esclusioni che avvengono solo sulla base di elementi formali e non sostanziali, e di ridurre, anche in quest'ipotesi, il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici.

Muovendosi sotto lo stesso impianto normativo e con lo stesso obiettivo, si introduce, inoltre, il

nuovo comma 4-bis all'art. 64 del Codice, che prevede la predisposizione dei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti sulla base di modelli tipo approvati dall'Autorità di Vigilanza, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis. Qualora le stazioni appaltanti volessero derogare ai contenuti del bando-tipo, dovranno darne espressa motivazione, a monte, nella delibera a contrarre.

Entrando adesso più nello specifico riguardo delle singole cause di esclusione, rileviamo come le disposizioni del Decreto apportano importanti modifiche al testo dell'art. 38 del codice dei contratti, semplificando la disciplina delle cause di esclusione dalle procedure di gara, e riducendo la discrezionalità di valutazione della Pubblica Amministrazione.

In particolare, con riferimento all'art. 1, comma 1, lett. b), (previste per i destinatari di una misura di prevenzione, o che abbiano riportato condanne penali per alcune tipologie di reati, caratterizzati dalla finalità di stampo mafioso), all'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione (titolare o direttore tecnico per imprese individuali; socio o direttore tecnico per società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per altre società), vengono aggiunti il socio unico o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Continuando, la previsione inserita dal comma 2, lett. b), n. 1.1, dell'art. 4 del D.L. n. 70/11, che indubbiamente ha portata estensiva delle responsabilità configurate dal Legislatore nell'articolo in commento, appare di difficile contestazione quanto alla ratio della sua introduzione, riferendosi cioè ai casi specifici in cui la società faccia capo ad un unico socio di riferimento, o, comunque, sia una piccola realtà facente capo al socio di maggioranza. In tali casi, a questi soggetti è senza dubbio riconducibile la volontà dell'impresa, ragion per cui la previsione normativa appare giustificata.

Per ciò che concerne il controllo dei soggetti cessati dalle cariche, che sappiamo essere disciplinati dal comma 1, lett. c), dell'art. 38, il periodo dei tre anni precedenti, rilevanti ai fini della verifica dei requisiti, viene ristretto all'anno precedente dal comma 2, lett. b), punto n. 1.2 dell'art. 4 del Decreto Legge in commento.

,Inoltre viene stabilito che, ai fini della condotta dissociativa, richiesta per escludere l'operatività della previsione, non serva più l'adozione di atti o misure di completa dissociazione ma sia sufficiente una effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata del soggetto cessato dalla carica. Inoltre viene chiarito che non rilevano, ai fini dell'esclusione della gara, le condotte per le quali siano intervenute la riabilitazione, la revoca della sentenza, l'estinzione o la depenalizzazione del reato.

Appare senza ombra di dubbio chiaro come tale previsione sia senza dubbio opportuna poiché circoscrive l'operatività delle cause di esclusione relative ai "cessati" dalle cariche ad un periodo

più ristretto, offrendo una soluzione al problema delle imprese di reperire informazioni relative a periodi risalenti nel tempo. Nonostante ciò, la norma consente la partecipazione alle gare di imprese che abbiano interrotto i legami con soggetti condannati e cessati dalla carica da un periodo relativamente breve.

Quanto alle misure di dissociazione, la differente formulazione del testo della disposizione non contiene più il riferimento agli “atti”, sostituito dal termine “misure”; quest’ultimo, tuttavia, non è sufficiente ai fini della precisa individuazione delle modalità con cui le imprese possano attuare una condotta dissociativa.

Al riguardo, nell’ottica dell’attribuzione di un significato effettivo alla modifica introdotta dal Decreto Legge, e sulla base di una interpretazione ragionevole, si ritiene che si possa considerare sufficiente l’estromissione del soggetto dall’incarico, su iniziativa dell’impresa. Tale impostazione consente di superare le controversie interpretative che vertevano sulla necessità, per le imprese, di intraprendere azioni di responsabilità nei confronti dei cessati dalle cariche. Tali azioni, oltre ad essere particolarmente onerose per le imprese, sono anche di difficile attuazione, considerato che potrebbe non essere sempre presente un danno in concreto derivante dall’azione commessa, se non proprio quello derivante dalla preclusione alle gare per la mancata dissociazione.

Una delibera di estromissione del soggetto dall’impresa, invece, laddove sia evidente la finalità di prendere le distanze dalla condotta negativa e sanzionata, infatti, sembra sufficiente ad escludere legami fra l’impresa ed il soggetto cessato.

Da ultimo, la previsione relativa alle pronunce di riabilitazione, estinzione, depenalizzazione o revoca della sentenza, stabilendo che la pronuncia giudiziale in merito a tali circostanze sia necessaria e sufficiente ad evitare l’esclusione dalla procedura, conferma che la finalità dell’intervento legislativo è quella di dare un taglio maggiormente caratterizzato da tassatività le cause di esclusione dalle gare, chiarendo il precedente testo normativo nei punti in cui appariva maggiormente oscuro.

Occorre precisare che la differente formulazione del comma 2 dell’art. 38 del codice, apportata dal comma 2, punto n. 4, dell’art. 4 del D.L. n. 70/2011, puntualizza e precisa le cause di esclusione previste dal primo comma alla lettera c). In tale contesto, viene specificato che, in sede di attestazione dei requisiti, il concorrente debba dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Viene, altresì, chiarito che non devono essere dichiarate le condanne quando il reato sia stato depenalizzato, ovvero 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. Dal contenuto del nuovo comma 2 dell’art. 38 emerge come non rilevi più quanto richiesto dal bando ai fini dell’individuazione della tipologia dei reati incidenti sulla moralità professionale; pertanto, l’impresa sarà tenuta a dichiarare tutti i reati,

compresi quelli che non risultano dal certificato che il casellario rilascia ai privati. Al riguardo, pertanto, si consiglia sempre di effettuare una visura, tramite la quale gli enti o le persone possono conoscere tutte le iscrizioni esistenti a loro carico, comprese quelle che non appaiono nel certificato, e che compaiono, invece, nei certificati acquisiti dall'Autorità Giudiziaria (art. 33 de T.U. n. 313 del 2002); tale strumento, più completo, consente alle imprese di evitare di rendere dichiarazioni mendaci.

Relativamente alla causa di esclusione per violazione del divieto di intestazione fiduciaria, prevista dal comma 1, lett. d) dell'art. 38, il comma 2, lett. b), punto n. 1.3, del Decreto Legge prevede che l'esclusione abbia durata di un anno, che sia decorrente dall'accertamento definitivo della violazione, e che vada comunque disposta solo nel caso di mancata rimozione della violazione.

Tale ultimo inciso sembrerebbe condurre alla conclusione secondo cui l'esclusione vada comunque prolungata oltre un anno se l'oggetto della causa di esclusione non sia stato rimosso.

In merito, inoltre, alle violazioni in materia di sicurezza dei lavoratori e loro tutela, al comma 1, lett. e) dell'art. 38 viene previsto (grazie alla modifica apportata dal comma 2, lett. b), punto n. 1.4 del D.L. n. 70/2011) che l'esclusione opera nel caso di violazioni gravi e definitivamente accertate delle disposizioni di legge in materia; inoltre, il nuovo comma 2 dell'art. 38, come modificato dal comma 2 punto 2 del D.L. n. 70, nel fare riferimento alla citata lett. e), prevede che si intendono gravi le violazioni individuate ai sensi dell'art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2008, fermo restando quanto previsto, con riferimento al settore edile, dall'articolo 27, comma 1-bis, dello stesso Decreto Legislativo. Al riguardo, occorre precisare che la prima disposizione prevede che gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali possano adottare provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale, quando riscontrino l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. La seconda disposizione, invece, introduce una sorta di "patente a punti" sulla sicurezza cioè, un sistema di qualificazione che consente la continua verifica dell'idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi, operante per mezzo dell'attribuzione alle imprese ed ai lavoratori autonomi di un punteggio iniziale che misuri tale idoneità, soggetto a decurtazione a seguito di accertate violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Secondo tale sistema, l'azzeramento del punteggio per la ripetizione di violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro comporta l'impossibilità, per l'impresa o per il lavoratore autonomo, di svolgere attività nel settore edile. Il regime, la cui operatività è subordinata all'adozione di un apposito D.P.R., non è ancora entrato in vigore.

Ciò premesso, occorre però precisare che la formulazione della lett. e) dell'art. 38 del codice, così come delineata all'interno dell'art. 5 del Decreto Legge, lascia spazio ad ampi dubbi interpretativi

poiché, pur condividendo la previsione che, con specifico riferimento al settore edile, rinvia l'individuazione delle violazioni gravi in materia di sicurezza all'art. 27, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 81/2008, si esprimono alcuni dubbi circa il regime che coinvolgerebbe il settore medesimo, nelle more dell'entrata in vigore della norma citata.

Va evidenziato, infatti, che il meccanismo sanzionatorio della sospensione previsto dall'articolo 14 in presenza di determinate violazioni gravi in materia di sicurezza presuppone, quale elemento costituente la gravità, la reiterazione della violazione in un arco temporale di 5 anni.

Pertanto, ai fini di un coordinamento logico sistematico delle previsioni dell'articolo 38 del codice con quelle dell'articolo 14 richiamato, sembra doversi ritenere che anche ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni sulla sicurezza che rilevano debbano presentare il carattere della reiterazione.

Se così non fosse, infatti, si arriverebbe ad un ingiustificabile paradosso consistente nel fatto che fintanto che il sistema della patente a punti non decolli, per l'edilizia anche una sola delle violazioni indicate dall'art. 14 comporterebbe l'esclusione dalle gare di appalto, a fronte, invece della necessaria reiterazione di tali violazioni, richiesta per la sospensione dell'attività imprenditoriale.

Con riferimento poi, alle violazioni in materia fiscale, merita riflettere sull'introduzione della nuova lett. g) del comma 1 dell'art. 38, da parte del comma 2, lett. b), punto n. 1.5 del Decreto Legge che, ai fini della loro rilevanza prevede, ora, oltre all'accertamento definitivo, la gravità delle violazioni. In merito, inoltre, il comma 2 dell'art. 38 precisa che si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di 10.000 euro (v. l'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.P.R. n. 602/1973). La previsione, di conseguenza, consente di circoscrivere opportunamente la responsabilità ai casi effettivamente rilevanti, mentre, in precedenza, le violazioni di qualsivoglia entità costituivano presupposto di responsabilità.

In merito alla tipologia delle violazioni prevista nella lett. i) del comma 1 dell'art. 38 (non modificata dal decreto Sviluppo), consistenti nelle gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, il già citato comma 2 dell'art. 38 precisa che si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del DURC, secondo le disposizioni normative

vigenti in merito. Nella disposizione, in sostanza, sembra trovare accoglimento l'orientamento giurisprudenziale che aveva chiarito come la violazione contributiva fosse da considerare grave, e, dunque, rilevante, quando avesse superato i limiti di tolleranza previsti per il DURC. Al riguardo, infatti, è opportuno rilevare che l'art. 8, c. 3 del D. M. 24/10/2007 individua come cause non ostative al rilascio del DURC uno scostamento di 100 euro rispetto al dovuto, ovvero, nei casi di importi superiori a 100 euro, uno scostamento superiore al 5% fra le somme dovute e quelle versate,

con riferimento a ciascun periodo di paga o contribuzione.

Il Decreto Legge in commento interviene anche su quanto previsto dalla lett. h) del citato comma 1 dell'art. 38, e introduce nello stesso articolo il comma 1-ter (la modifica alla lett. h), infatti, viene apportata dal comma 2, punto n. 1.6 del Decreto Legge n. 70/2011. Il comma 2 punto n. 3 dell'art. 4 dello stesso Decreto introduce, invece, il comma 1-ter).

Conseguentemente alle modifiche normative, nell'ambito delle cause di esclusione per false dichiarazioni, ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, rese in gara, o ai fini del subappalto, i casi di esclusione vengono limitati alle false dichiarazioni rese con dolo o colpa grave. Il compito dell'accertamento delle violazioni così commesse è demandato all'Autorità di Vigilanza, che, laddove rilevi la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ordina l'iscrizione nel casellario informatico. Tale iscrizione impedisce la partecipazione alle gare e l'affidamento di un subappalto limitatamente ad un anno. La previsione in commento, come risultante dalle modifiche apportate, circoscrive positivamente l'ambito dell'operatività delle sanzioni comminate alle imprese per le false dichiarazioni; con essa, infatti, viene eliminata la possibilità di sanzionare con una misura "onerosa", qual è l'esclusione dalle gare, le imprese che siano incorse in incolpevoli omissioni o errori, o, più in generale, che abbiano reso false dichiarazioni con colpa lieve.

Di non scarso rilievo appare infine la modifica apportata alla lettera m-bis) dell'articolo in commento da parte del comma 2, lett. b), punto n. 1.8, dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 con cui viene introdotta la limitazione temporale ad un anno dell'operatività della sanzione dell'interdizione alla partecipazione alle gare, nei casi di false dichiarazioni o produzione di falsa documentazione, ai fini del rilascio dell'attestazione SOA. Anche qui, viene demandato all'Autorità il compito di verificare che le violazioni siano state commesse con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della falsa documentazione, e di disporre, conseguentemente, l'iscrizione nel Casellario Informatico.

La necessità di tale accertamento è prevista nel comma 9-quater dell'art. 40, che dispone, altresì, che l'iscrizione nel casellario abbia durata di un anno, decorso il quale è cancellata e perde efficacia.

Nell'ambito delle modifiche introdotte alla disposizione in commento, occorre segnalare, inoltre, sia la riduzione ad un anno (operata nella lettera m-ter del comma 1, su cui è intervenuto il comma 2, punto n. 1.9 del Decreto Sviluppo) del periodo rilevante per la mancata denuncia di fatti di estorsione, in precedenza pari a tre anni, sia la modifica del comma 1-bis dell'art. 38 (apportata dal comma 2, punto n. 2 del D.L. in commento), che specifica che le cause di esclusione di imprese sottoposte a sequestro o confisca sono riferite al periodo antecedente all'affidamento ad un custode

o ad un amministratore. I provvedimenti in questione sono sempre connessi alla normativa antimafia.

Per quanto concerne la previsione della lett. m-quater dell'art. 38 del codice dei contratti (disposizione non modificata dal Decreto Sviluppo), si segnala che la nuova formulazione del comma 2 (introdotta, come accennato, dal comma 2, lett. b), punto n. 4, dell'art. 4), vengono indicati chiaramente gli adempimenti cui è tenuto il concorrente, ai fini della dimostrazione dell'assenza di un collegamento con altre imprese che porti a ritenere configurabile un unico centro decisionale. Nella dichiarazione, secondo la nuova disposizione, il partecipante dovrà affermare, alternativamente: a) di non essere in situazione di controllo con alcun soggetto (in precedenza, con nessun partecipante alla medesima procedura); b) di non essere a conoscenza della partecipazione alla stessa procedura di soggetti che, rispetto al concorrente medesimo, siano in situazione di controllo, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) di essere a conoscenza della partecipazione, alla stessa procedura, di soggetti in posizione di controllo rispetto al medesimo concorrente, e di aver comunque formulato l'offerta autonomamente. In tali ipotesi, inoltre, la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le offerte, sulla base di univoci elementi, sono imputabili ad un unico centro decisionale. Con riferimento a tale ultimo aspetto, pertanto, viene meno l'obbligo di produrre documentazione che dimostri l'inesistenza del collegamento fra imprese nel caso di mero legame formale. In merito a quanto appena descritto, occorre segnalare che desta perplessità, nella dichiarazione sub. lett. a), la necessità della dichiarazione dell'assenza di una situazione di controllo con "nessun soggetto", laddove il testo precedente della disposizione prevedeva che la dichiarazione si riferisse a "nessun partecipante alla medesima procedura"; tuttavia, da una interpretazione logico-sistematica, si ritiene di poter ritenere che la disposizione si riferisca comunque ai soggetti partecipanti alla gara.

Da un punto di vista più generale, possiamo ben affermare che l'intervento normativo sul comma 2 dell'art. 38 appare opportuno, proprio perché contribuisce a determinare con chiarezza gli adempimenti cui sono tenute le imprese nell'ambito della partecipazione alle gare, comportando una forte riduzione della discrezionalità nella valutazione dei concorrenti, da parte degli enti appaltanti, la contestuale limitazione del contenzioso, e la riduzione dei casi di esclusione per meri collegamenti formali fra imprese.