Le cause di esclusione dalle gare d'appalto dopo il "decreto sviluppo 2011" e le "manovre Monti"

Arzignano 15 giugno 2012

Roberto Travaglini – Confindustria Vicenza

CONFINDUSTRIA VICENZA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza

Indicazioni di carattere generale

L'assenza dei requisiti di ordine generale individuati dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici costituisce:

1) causa di esclusione dalle procedure di affidamento;

2) causa di impedimento alla stipulazione dei contratti di appalto e di concessione;

3) causa di impedimento all'autorizzazione dei corrispondenti subappalti.

© Confindustria Vicenza

Indicazioni di carattere generale

a) l'art. 38 del D. Lgs. 163/2006 configura solo cause di esclusione "obbligatorie"

b) la disciplina dei requisiti di ordine generale vale sia per le gare ed i contratti d'importo pari o superiore alla "soglia comunitaria", sia per le gare ed i contratti d'importo inferiore a detta soglia

c) i requisiti devono essere posseduti dal concorrente al momento della scadenza del termine per presentare l'offerta

d) gli interessati possono attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva

e) è compito della stazione appaltante verificare la rispondenza tra quanto dichiarato e quanto risulta dalla documentazione pubblica, acquisendola d'ufficio (compreso il DURC)

… segue

© Confindustria Vicenza

Indicazioni di carattere generale

…. segue

f) le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità le esclusioni dalle gare disposte a seguito dell'accertata assenza dei requisiti di ordine generale, dandone contestuale informazione al concorrente interessato

g) nel corso delle procedure di gara, le stazioni appaltanti sono tenute a consultare il Casellario informatico per verificare la sussistenza di cause di esclusione ivi riportate

h) a seguito dell'esclusione dalla gara di un concorrente per aver reso falsa dichiarazione in merito al possesso dei requisiti necessari per partecipare alla procedura concorsuale, tra questi, la stazione appaltante e la stessa Autorità si instaura un procedimento in contraddittorio

© Confindustria Vicenza

Stato di fallimento o procedure analoghe (art. 38, c. 1, lett. a)

"che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"

Non sono causa di esclusione:

a) l'amministrazione controllata - seppur contemplata dalla direttiva 2004/18/CE, di cui il D. Lgs. 163/2006 costituisce atto di recepimento – in quanto detto istituto è stato soppresso dalla recente riforma del diritto fallimentare (D. Lgs. 5/2006);

b) la liquidazione volontaria, in quanto di per sé non attesta uno stato d'insolvenza significativo e non comporta l'interruzione dell'attività d'impresa (ex art. 2490 c.c.);

c) l'amministrazione straordinaria, in quanto l'autorizzazione all'esercizio provvisorio persegue finalità di risanamento aziendale.

© Confindustria Vicenza

Stato di fallimento o procedure analoghe (art. 38, c. 1, lett. a)

E, invece, causa di esclusione il concordato preventivo, nonostante la nuova disciplina fallimentare ne valorizzi soprattutto la funzione di riattivazione dell'attività imprenditoriale .

Consiglio di Stato, Sez. III ,19 aprile 2012, n. 2305

"E' legittima l'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, in favore di una ditta sottoposta a procedura di ammissione a concordato preventivo, nel caso in cui, prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara stessa, la Sezione Fallimentare del Tribunale abbia pronunciato, nei confronti della ditta stessa, il decreto di omologazione di tale concordato. In forza del combinato-disposto di cui agli artt. 38, lett. a) del codice dei contratti pubblici e 181 della legge fallimentare, deve ritenersi che il dato testuale di tali norme effettui esplicito riferimento allo stato di concordato preventivo "in corso" e alla "chiusura" della procedura con il decreto di omologazione del concordato".

© Confindustria Vicenza

Misure di prevenzione (art. 38, c. 1, lett. b)

"nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575**; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci 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".*

(modificata dall'art. 4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011)

* ora art. 6 del D. Lgs. 159/2011 (Codice antimafia)

** ora art. 67 del D. Lgs. 159/2011

© Confindustria Vicenza

Misure di prevenzione (art. 38, c. 1, lett. b)

Le misure di prevenzione sono:
1) la sorveglianza speciale della pubblica sicurezza;
2) il divieto di soggiorno in uno o più comuni;
3) l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.
Le cause ostative consistono nel divieto dell'ottenimento o nella decadenza:
a) dalle licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;
b) dalle concessioni di acque pubbliche, nonché di beni demaniali per l'esercizio di attività imprenditoriali;
c) dalle concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e dalle concessioni di servizi;
d) dall'iscrizione negli elenchi di appaltatori di opere o di forniture di beni e di servizi alle pubbliche amministrazioni, nonché nei registri della CCIAA per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri dei commissionari astatori;
e) da altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
f) da contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre analoghe erogazioni concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee per lo svolgimento di attività imprenditoriali.

© Confindustria Vicenza

Misure di prevenzione (art. 38, c. 1, lett. b)

La pendenza del procedimento di prevenzione ha inizio con l'annotazione nei registri istituiti presso la segreteria della Procura della Repubblica e presso la cancelleria del Tribunale (AVCP, determinazione 16 maggio 2012, n. 1)

Il Tribunale può, con apposito provvedimento, estendere l'incapacità a contrarre connessa all'applicazione di una misura di prevenzione anche ai conviventi del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione, nonché agli enti di cui tale soggetto sia rappresentante o gestore.

L'effetto interdittivo connesso alla misura di prevenzione viene meno a seguito della concessione della riabilitazione da parte della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria che ha disposto la misura di prevenzione.

La riabilitazione non è automatica e può essere richiesta trascorsi tre anni dalla cessazione della misura di prevenzione (cinque anni nei casi di misure connesse a reati più gravi).

© Confindustria Vicenza

Misure di prevenzione (art. 38, c. 1, lett. b)

La Stazione appaltante – chiamata a stipulare contratti d'importo superiore alla soglia comunitaria, ovvero subcontratti d'importo superiore ad euro 154.937,07 – accerta l'esistenza o meno della causa di esclusione inoltrando apposita richiesta di informativa al prefetto.

Le informative prefettizie possono essere di tre tipi:

a) interdittiva, di contenuto ricognitivo, che attesta l'esistenza di provvedimenti giudiziari di applicazione di misure di prevenzione;

b) interdittiva, di contenuto costitutivo, che accerta tentativi di infiltrazione mafiosa volti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate;

c) supplementare atipica, frutto della prassi amministrativa e della giurisprudenza, che accerta l'esistenza di elementi di collegamento tra l'operatore economico e la criminalità organizzata tali da non raggiungere la gravità richiesta per l'informazione "interdittiva", ma che possono costituire gravi motivi di interesse pubblico tali da giustificare la mancata stipulazione del contratto e la mancata autorizzazione del subcontratto.

© Confindustria Vicenza

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

"nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico 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."

… segue

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

"In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato e' stato depenalizzato ovvero quando e' intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato e' stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima".

(modificata dall'art.4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011).

AVCP Parere 4.04.2012, n. 58

Società con due soli soci che possiedono, ciascuno, il 50% di partecipazione azionaria: le dichiarazioni ai sensi art. 38, comma 1, lett. b) e c) devono essere prodotte da entrambi i soci anche in assenza di socio di maggioranza.

AVCP – Linee guida dimostrazione requisiti artt. 78 e 79 DPR 207/2010

Al fine di conferire logicità e coerenza alle modifiche normative introdotte, la locuzione "persona fisica" deve riferirsi sia al socio unico sia al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

AVCP Determinazione 1/2012

E' socio di maggioranza chi detiene il controllo della società (anche maggioranza relativa).

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

I provvedimenti giudiziari rilevanti debbono essere definitivi e possono consistere in:

a) sentenze di condanna passate in giudicato;

b) decreti penali di condanna irrevocabili;

c) sentenze di applicazione della pena su richiesta (c.d. "patteggiamento").

La "*moralità professionale*" non fa riferimento alle sole condanne per reati commessi nel settore degli appalti pubblici o dei contratti in genere, ma è finalizzata a dare rilievo ai fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione, considerando la condotta e la gestione di tutta l'attività professionale.

La "*gravità*" del reato è valutata dalla Stazione appaltante prendendo in considerazione gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario con l'appaltatore, quali, a titolo esemplificativo:

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

- l'elemento soggettivo del reato (dolo, colpa grave, colpa semplice);
- l'epoca alla quale risale la commissione del reato;
- le circostanze di fatto che caratterizzano il reato;
- il tempo trascorso dal provvedimento definitivo di condanna;
- le eventuali recidive;
- il bene offeso dal reato;
- l'eventuale risarcimento del danno.

La Stazione appaltante deve fornire congrua motivazione in ordine alla sussistenza degli elementi che la inducono a considerare "*grave*" il reato per il quale è stata pronunciata la condanna costituente causa di esclusione. Tuttavia, l'art. 38 indica - attraverso il richiamo all'art. 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE - una serie di reati in ordine ai quali non vi è alcun potere valutativo della Stazione appaltante:
a) partecipazione ad un'organizzazione criminale; b) corruzione;
c) frode che lede gli interessi delle Comunità europee; d) riciclaggio.

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

Secondo la stesura originaria della norma, l'effetto ostativo dei provvedimenti definitivi di condanna cessa con l'applicazione dell'art. 178 c. p. e dell'art. 445, comma 2, c. p. p..

La riabilitazione (art. 178 c. p.) è una causa di estinzione della pena, che viene pronunciata dal giudice di sorveglianza, su istanza del condannato, una volta trascorsi 5 anni (10 nel caso di recidivi) dall'esecuzione della pena principale.

L'art. 445, comma 2, c. p.p., prevede una causa di estinzione del reato, disposta dal giudice dell'esecuzione (art. 676 c.p.p.), nel caso di "patteggiamento", quando siano trascorsi 5 anni (nel caso di delitto) o 2 anni (nel caso di contravvenzione), senza commissione di altro reato della stessa indole (l'art. 460, comma 5, c. p. p. estende ai reati oggetto di decreto penale di condanna la disciplina dell'art. 445, comma 2)

Entrambe non operano per il semplice decorso del tempo, ma presuppongono un'esplicita pronuncia dell'autorità giudiziaria.

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

Con il "decreto sviluppo" è stato, altresì, precisato che l'effetto ostativo viene meno anche nel caso di:

- depenalizzazione del reato;
- estinzione del reato dichiarata dopo la condanna (ad es.: amnistia impropria)
- revoca della condanna (ad es.: art. 673 c.p.p.).

E' irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione dell'incarico presso l'operatore economico partecipante alla gara, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesso o vantaggio dell'operatore stesso.

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

Gli effetti negativi della condanna definitiva si protraggono per l'anno successivo alla cessazione dalla carica del soggetto condannato (originariamente gli anni erano 3), qualora il concorrente non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.
A norma dell'art. 47, comma 2, del DPR 445/2000, per cui "la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza", la dichiarazione relativa ai cessati può essere resa dall'amministratore in carica (Cons. Stato, IV, 27.6.2011, n.3862; TAR Lombardia, Brescia, 10.3.2012, n.786; AVCP, Parere di precontenzioso 7.07.2010, n. 134).
Perché si abbia la dissociazione non è sufficiente la semplice sostituzione dall'incarico di amministratore e/o direttore tecnico del soggetto condannato.
A titolo esemplificativo, sono espressione di dissociazione:
a) l'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e dalle corrispondenti cariche, con l'assenza di rapporti di collaborazione; b) il licenziamento e l'avvio di un'azione risarcitoria; c) la denuncia penale.

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

AVCP Determinazione 1/2012

Per quanto attiene ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, l'operatore economico deve dimostrare che vi è stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

La nuova formulazione della norma non fa più riferimento all'adozione di atti o misure di completa dissociazione.

Secondo l'Autorità la modifica normativa intende privilegiare una visione "sostanzialistica", che comporta una libertà di prova dell'avvenuta dissociazione, prova che comunque grava sull'operatore economico, il quale può evitare l'esclusione dalla gara a condizione che, attraverso la dissociazione, abbia interrotto quel nesso di identificazione e di collegamento presunti tra i soggetti cessati dalla carica e la società concorrente.

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

Nozione di amministratore munito di potere di rappresentanza:

✓ "*ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, in particolar modo quando il soggetto investito della funzione vicaria sia abilitato a sostituire il titolare del potere di rappresentanza in qualsiasi momento della vita sociale e per qualsiasi atto, senza necessità di intermediazione di autorizzazione o investitura ulteriore*" – fattispecie riferita al vice-presidente del CdA di una SRL (Cons. Stato, V, 20.04.2012, n. 2319)

✓ l'art. 38, comma 1, lett. c), non trova applicazione nei confronti dei procuratori speciali o "*ad negotia*" (Cons. Stato, V; 6.06.2012, n. 3340; *contra* Cons. Stato, VI, 18.01.2012, n. 178; AVCP, parere di precontenzioso 9.06.2011, n. 109); secondo AVCP (determinazione 1/2012) l'irrilevanza del procuratore speciale viene meno qualora sia titolare di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura.

✓ "*la disposizione va interpretata nel senso che impone di estendere l'accertamento del possesso del requisito della moralità professionale in capo a qualsiasi persona fisica che sia dotata di poteri così ampi da potersi considerare autonomi, nell'ambito del settore di competenza"* – fattispecie riferita ad un institore (Cons. Stato, VI, 28.03.2012, n. 1843)

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

- ✓ Il requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), deve essere accertato anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fusesi nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il D.L. 70/2011, nell'ultimo anno) (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 7.06.2012, n. 21)
- ✓ lo stesso vale anche nel caso di cessione di azienda, nei confronti agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la impresa cedente nell'ultimo triennio (nell'ultimo anno, a seguito delle suddette modifiche) (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 4.05.2012, n. 10)
- ✓ *Contra:* TAR Campania – Napoli, Sez. VIII 8/3/2012 n. 1197; TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I - sentenza 22 marzo 2012 n. 245

© Confindustria Vicenza

Sentenze di condanna (art. 38, c. 1, lett. c)

"*Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del T.U. in materia di documentazione amministrativa, di cui al DPR 28 dicembre 2000, n. 445 , in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione*"

AVCP Determinazione 1/2012

Il legislatore ha definitivamente chiarito, quindi, che spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità delle eventuali condanne riportate; conseguentemente è obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti, non competendo a quest'ultimo effettuare valutazioni in ordine alla gravità del reato ascrittogli 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, è 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 è stata omessa la dichiarazione e conseguendo il provvedimento espulsivo alla omissione della prescritta dichiarazione.

© Confindustria Vicenza

Divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, c. 1, lett. d)

"che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non e' stata rimossa".

(modificata dall'art.4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011)

Il divieto di intestazione fiduciaria è stato introdotto dalla legislazione c.d. "antimafia" (art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55):

"… sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie [...], a condizione che quest'ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti" (si veda il DPCM 11 maggio 1991, n. 187).

AVCP det. 1/2010: laddove il capitale della società concorrente non sia rappresentato da azioni ma da quote, a quest'ultime dovranno essere riferiti i diritti reali di godimento o di garanzia oggetto della dichiarazione.

AVCP det. 1/2012: l'anno decorre da quando è divenuto definitivo il provvedimento dell'amministrazione che ha accertato la violazione.

© Confindustria Vicenza

Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (art. 38, c. 1, lett. e)

"che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

La causa di esclusione non riguarda gli adempimenti contributivi ed assistenziali, per i quali opera altra causa di esclusione (art. 38, c. 1, lett. i).

Quali sono le violazioni rilevanti?

A titolo esemplificativo (AVCP, determinazione 1/2010):

a) le fattispecie indicate nell'allegato A al DM 24 ottobre 2007 sul D.U.R.C.

b) le fattispecie indicate nell'allegato I al D. Lgs. 81/2008 (T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro).

Perché le infrazioni rilevino quale causa di esclusione è necessario che siano:

1) gravi;

2) debitamente accertate;

3) risultino dai dati in possesso dell'Osservatorio.

© Confindustria Vicenza

Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (art. 38, c. 1, lett. e)

AVCP – determinazione 1/2010

La gravità, essa è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante, che vi provvede con i medesimi canoni riferiti alle condanne definitive di cui all'art. 38, lett. c), dovendo congruamente motivare sul punto.

L'espressione "debitamente accertate" equivale a "definitivamente accertate".

Si ha definitività dell'accertamento:

a) se la violazione costituisce un reato, nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna (oppure del decreto penale o della sentenza di "patteggiamento");

b) se la violazione ha solo natura di illecito amministrativo, nell'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo sanzionatorio.

© Confindustria Vicenza

Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (art. 38, c. 1, lett. e)

AVCP – determinazione 1/2010

La norma stabilisce che le violazioni devono risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio.

La determinazione 1/2010, almeno con riferimento alle violazioni in materia di sicurezza, di fatto azzera la valenza di tale presupporto, sebbene espressamente richiamato dall'art. 38, comma 1, lett. e), in quanto sostiene che vada attribuita "*rilevanza, ai fini dell'esclusione, alle informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante*".

© Confindustria Vicenza

Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (art. 38, c. 1, lett. f)

"*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*".

Vi sono due diverse fattispecie all'interno dell'art. 38, lett. f):

1) la grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni;

2) l'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale

Per entrambe le fattispecie non è sufficiente la mancata esecuzione a regola d'arte delle prestazioni in altra occasione affidate al concorrente, ma necessita una più grave violazione del dovere di diligenza nell'adempimento, frutto di un atteggiamento psicologico doloso o gravemente colposo dell'impresa.

© Confindustria Vicenza

Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (art. 38, c. 1, lett. f)

La grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni non necessita di un accertamento in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione espressa dalla stazione appaltante in ordine al comportamento che il concorrente ha tenuto in un precedente rapporto contrattuale con la stessa stazione appaltante.

Il provvedimento di esclusione deve essere congruamente motivato.

Si considerano parte della stessa stazione appaltante le sue diverse articolazioni interne, in quanto prive di personalità giuridica autonoma (ad es.: gli Uffici provinciali del Genio Civile Regionale).

L'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale riguarda, più in generale, la reale capacità tecnica e professionale dell'imprenditore, e che rileva anche se si è manifestato in precedenti rapporti contrattuali con una stazione appaltante diversa da quella che applica la causa di esclusione *(contra* TAR Piemonte, I, 8.03.2012, n. 331; Cons. Stato; III, 19.04.2011, n. 2403*).*

Il provvedimento di esclusione deve essere congruamente motivato, mentre l'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova (Cons. Stato, V, 25.05.2012, n. 3078; TAR Veneto, 17.05.2012, n. 703).

© Confindustria Vicenza

Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (art. 38, c. 1, lett. f)

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una ditta che, nonostante la chiara e specifica prescrizione della *lex specialis*, prevista a pena di esclusione, ha omesso di dichiarare una precedente risoluzione contrattuale disposta dalla P.A. per grave inadempimento e/o malafede, *ex* art. 38, co. 1, lettera f), del D.Lgs. n. 163 del 2006, a nulla rilevando che tale inadempimento sia stato posto in essere dalla società fusa per incorporazione e successivamente sanato (TAR Veneto, I, 23.03.2012, n. 412).

© Confindustria Vicenza

Irregolarità fiscali (art. 38, c. 1, lett. g)

"che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

"2. *Ai fini del comma 1, lett. g), si intendono 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 DPR 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili"*

(modificato dall'art. 1, comma 5, del D.L. 2.03.2012, n. 16, convertito con modificazioni dalla legge 44/2012)

Sono definitivamente accertate le violazioni oggetto, alternativamente, di:

a) decisione giurisdizionale definitiva; b) atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile (si può fare riferimento al certificato dei carichi pendenti risultanti dal sistema informativo dell'anagrafe tributaria).

© Confindustria Vicenza

Irregolarità fiscali (art. 38, c. 1, lett. g)

AVCP Determinazione 1/2012

La stazione appaltante non ha alcun margine di discrezionalità per effettuare un apprezzamento sulla gravità dell'illecito commesso dall'operatore economico; in presenza di un debito fiscale definitivamente accertato di importo superiore a €. 10.000, la stazione appaltante è costretta ad escludere, poiché la valutazione della gravità è stata già effettuata a monte dal legislatore

La causa di esclusione non opera se, riguardo all'atto di accertamento del debito fiscale, l'impresa: 1) si sia avvalsa dei ricorsi amministrativi o giurisdizionali avverso l'atto di accertamento; 2) abbia usufruito del condono fiscale; 3) abbia ottenuto una rateazione o una riduzione del debito, purché rispetti le scadenze fissate per la rateazione.

L'espressione «imposte e tasse» ricomprende non soltanto la somma capitale ma anche gli interessi eventualmente dovuti su tale somma. Gli interessi rappresentano, infatti, un debito accessorio che partecipa della stessa natura del debito principale. La legislazione di diritto tributario ha confermato tale connessione considerando sempre compresa nella nozione di obbligazione tributaria anche il pagamento degli interessi (Cons. Stato, VI, 29.05.2012, n. 3200).

© Confindustria Vicenza

Irregolarità fiscali (art. 38, c. 1, lett. g)

Il requisito della regolarità fiscale deve sussistere fin dalla scadenza del termine di partecipazione alla procedura di affidamento (presentazione dell'offerta nel caso di procedure aperte e procedure negoziate senza bando; presentazione della richiesta d'invito nel caso di procedure ristrette e procedure negoziate con bando) e deve essere mantenuto fino all'aggiudicazione.

Non hanno effetto sanante eventuali adempimenti tardivi.

La durata dell'efficacia ostativa delle violazioni fiscali cessa se e quando l'operatore economico regolarizza completamente la propria posizione.

L'esclusione non può essere disposta nei confronti di chi abbia regolarizzato la propria posizione tributaria in sede giurisdizionale o amministrativa e che abbia quantomeno presentato istanza di rateizzazione o di riduzione del debito entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara (procedura ristretta) o di presentazione dell'offerta (procedura aperta) (AVCP, Parere di precontenzioso 19.05.2011, n. 94).

© Confindustria Vicenza

Falsa dichiarazione (art. 38, c 1, lett. h)

"*nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all' articolo 7, comma 10 , per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti*".

(modificata dall'art.4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011)

"*1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che 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 procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*".

(comma inserito dall'articolo 4, c. 2, lett. b), del D.L. 13.05.2011, n. 70, poi modificato dall'art. 20, c. 1, lett. d), del D.L. 9.02.2012, n. 5, convertito con legge 4.04.2012, n. 35)

© Confindustria Vicenza

Falsa dichiarazione (art. 38, c 1, lett. h)

AVCP Determinazione 1/2012

La causa di esclusione scatta automaticamente quando la Stazione appaltante:

a) riscontra che nel Casellario informatico dell'Osservatorio è presente un'annotazione, iscritta da non più di un anno e ancora efficace, a carico dell'operatore economico, per falsa dichiarazione;

b) accerta, nel corso della stessa procedura di affidamento, che l'operatore ha reso una falsa dichiarazione in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione a tale procedura.

Le false dichiarazioni possono riguardare:

1) i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi

2) i requisiti soggettivi di ordine generale

Le Stazioni appaltanti sono tenute a segnalare all'Autorità tutti i casi di false dichiarazioni.

© Confindustria Vicenza

Falsa dichiarazione (art. 38, c 1, lett. h)

L'iscrizione nel Casellario informatico non è automatica, ma consegue ad un apprezzamento da parte dell'Autorità dei fatti oggetto della dichiarazione mendace, finalizzato ad appurare l'eventuale inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione, oppure l'inconferenza della notizia della falsa dichiarazione.

L'apprezzamento dell'Autorità avviene nel rispetto dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento (regolamento 13 luglio 2011, in G.U. n. 168 del 21 luglio 2011):

1) la Stazione appaltante è tenuta ad informare l'operatore economico della segnalazione all'Autorità contestualmente al relativo invio;

2) l'Autorità deve comunicare all'operatore economico l'avvio del procedimento per l'iscrizione della falsa dichiarazione nel Casellario informatico → termine di conclusione: 90 gg. al netto della sospensione per il compimento di attività istruttorie (audizioni, acquisizioni documentali, ecc.);

3) l'Autorità deve garantire all'impresa ed alla Stazione appaltante il diritto di partecipare al procedimento, prendendo visione degli atti relativi e producendo memorie scritte e documenti.

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

"*che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti*".

Art. 38, comma 2

"*Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarita' contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210 , convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva.*"

- art. 47, comma 1 → operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea
- art. 47, comma 2 → documentazione conforme alle normative dello Stato di provenienza, comprovante il requisito della regolarità contributiva.

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

Il DM 24 ottobre 2007 stabilisce che, ai soli fini della partecipazione alle gare d'appalto, non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun Istituto o Cassa Edile :

a) non superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione;

b) in ogni caso uno scostamento inferiore ad € 100,00;

purché il versamento avvenga entro 30 giorni dal rilascio del DURC.

Secondo l'Autorità "*in presenza di un DURC da cui emerga una irregolarità contributiva grave nel senso chiarito, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze*".

Anche secondo la prevalente giurisprudenza, le stazioni appaltanti non possono in alcun modo sindacare le risultanze del DURC, neppure per quanto attiene alla gravità dell'inadempimento contributivo (Cons. Stato, V, 19.11.2009, n. 7255; Cons. Stato, IV, 10.02.2009, n. 1458; Cons. Stato,VI, 6.04.2010, n. 1930).

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

E' presente anche un diverso orientamento giurisprudenziale (ormai superato dalla nuova formulazione dell'art. 38, comma 2) che, pur riconoscendo al DURC la natura di "dichiarazione di scienza" alle cui risultanze la stazione appaltante è vincolata, distingue tra la "*regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale*" e la "*gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale ai fini dell'aggiudicazione di un contratto, che impone un'ulteriore delibazione da parte della stazione appaltante, non poggiante solo su dati rigorosamente numerici, come invece stabilisce il DM 24 ottobre 2007*" (TAR Calabria, Reggio Calabria, 23.03.2010, n. 291; sostanzialmente conformi TAR Campania, Napoli, I, 11.01.2010, n. 51; Cons. Stato,VI, 4.08.2009, n. 4906).

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4.05.2012, n. 8) ha chiarito che *"Si deve ritenere che la valutazione compiuta dagli enti previdenziali tramite il documento unico di regolarità contributiva (DURC) sia vincolante per le stazioni appaltanti e precluda, ad esse, una valutazione autonoma. Pertanto, le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali*".

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

La vincolatività del DURC deriva dalle seguenti considerazioni:
a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; b) il DURC è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso; c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; d) il codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria.

In materia di contribuzione obbligatoria, l'accoglimento della istanza di dilazione deve in ogni caso precedere l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, perché è inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura, soprattutto se tale requisito dipende, non dalla presentazione dell'istanza, ma dall'accoglimento della stessa (Cons. St.,V, 18.11.2011, n. 6084).

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

La definitività dell'accertamento consiste:

1) nel mancato versamento, alle scadenze periodiche fissate da ciascun Istituto o Cassa Edile, del debito indicato nella denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione;

2) nell'ingiustificata sospensione della rateizzazione (autorizzata dall'Istituto competente) di un debito contributivo pregresso;

3) nella mancata sospensione della cartella amministrativa, conseguente all'assenza di ricorso amministrativo o giudiziario.

L'impresa è considerata regolare nei casi di (artt. 5 e 8 DM 24.10.2007):

a) correntezza degli adempimenti periodici;

b) corrispondenza tra versamenti effettuati e quanto accertato come dovuto;

c) richiesta di rateizzazione con parere favorevole dell'Istituto e/o della Cassa Edile competenti;

d) sospensione dei pagamenti in base a disposizioni legislative;

e) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito;

© Confindustria Vicenza

Irregolarità contributive (art. 38, c. 1, lett. i)

f) sospensione di debiti contributivi iscritti a ruolo a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario;

g) pendenza di contenzioso amministrativo o giudiziario nei confronti di debiti contributivi non ancora iscritti a ruolo.

Il decorso del termine per la decisione di un ricorso amministrativo è considerato silenzio-rigetto ed impedisce il rilascio del DURC in assenza di un ricorso giurisdizionale avverso la decisione amministrativa.

La regolarità contributiva deve sussistere fin dal momento della domanda di partecipazione alla gara e deve permanere durante tutta la procedura, fino all'aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto.

Per esigenze di semplificazione e di speditezza delle procedure, al DURC va riconosciuta validità trimestrale anche nel caso di suo impiego nel campo dei contratti pubblici.

Il DURC è richiesto anche nelle procedure di acquisizione in economia.

© Confindustria Vicenza

Normativa sul collocamento dei soggetti disabili (art. 38, c. 1, lett. l)

"*che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2*"

"*2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 …*".

AVCP determinazione 1/2010

a) i concorrenti debbono attestare, mediante dichiarazione del legale rappresentante da rendere in fase di gara, la regolarità rispetto alle norme sul diritto al lavoro dei disabili;

b) la stazione appaltante verifica d'ufficio la veridicità della dichiarazione resa dal concorrente;

c) l'obbligo della dichiarazione prescinde dall'esplicita previsione nel bando di gara, trattandosi di adempimento connesso ad una disciplina di ordine pubblico .

© Confindustria Vicenza

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

"*nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), del D. Lgs. giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1*, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248*".

* il riferimento è da intendersi sostituito con quello all'art. 14 del D. Lgs. 9.04.2008, n. 81

La prima sanzione interdittiva è il "*divieto di contrattare con la pubblica amministrazione*", previsto dall'art. 9, c. 2, lett. c), D. Lgs. 8.06. 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche).
Fattispecie cui il D. Lgs. 231/2001 correla la sanzione interdittiva:

a) indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24).

   Codice penale → artt. 316-bis (Malversazione a danno dello Stato), 316-ter (Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 640 (Truffa), 640-bis (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 640-ter (Frode informatica).

© Confindustria Vicenza

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

b) delitti informatici e trattamento illecito di dati (art. 24-*bis*)

Codice penale → artt. 615-quater (Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici), 615-quinquies (Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico)

c) delitti di criminalità organizzata (art. 24-*ter*)

Codice penale → artt. 416 (Associazione per delinquere), 416-bis (Associazione di tipo mafioso), 630 (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione), oltre all'art. 74 del DPR 9.10.1990. n. 309 (Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope

d) concussione e corruzione (art. 25)

Codice penale → artt. 317 (Concussione), 319 (Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter (Corruzione in atti giudiziari), 321 (Pene per il corruttore), 322 (Istigazione alla corruzione)

e) falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art. 25-*bis*)

Codice penale → artt. 453 (Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate), 454 (Alterazione di monete), 455 (Spendita ed introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate), *… segue*

© Confindustria Vicenza

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

459 (Falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati), 460 (Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo), 461 (Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata), 473 (Contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali), 474 (Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi).

f) delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-*bis 1*)

Gli articoli del codice penale richiamati sono il 513-bis (Illecita concorrenza con minaccia o violenza), 514 (Frodi contro le industrie nazionali).

g) delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*)

A norma dell'art. 25-*quater*, comma 1, il riferimento è ai "*delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali*", mentre il comma 4 richiama i delitti, anche diversi da quelli di cui al comma 1, comunque "*posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999*".

© Confindustria Vicenza
… *segue*

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

h) pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-*quater* 1)

Codice penale → art. 583-bis (Pratiche di mutilazione degli organi femminili).

i) delitti contro la personalità individuale (art. 25-*quinquies*)

Codice penale → artt. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600-bis (Prostituzione minorile), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi).

l) omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*)

Codice penale → artt. 589 (Omicidio colposo) commesso con violazione dell'art. 55, comma 2, del D. Lgs. 81/2008 (Sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente); 590 (Lesioni personali colpose) commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro

m) ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25-*octies*)

Codice penale → artt. 648 (Ricettazione), 648-*bis* (Riciclaggio), 648-*ter* (Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)

n) delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25-*nonies*)

Legge 22.04.1941 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio) → artt. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*septies*, 171-*octies*.

© Confindustria Vicenza

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

Un'altra sanzione interdittiva è quella disciplinata dall'art. 14 del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo unico in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro).
Le fattispecie sanzionate sono:

a) impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria per almeno il 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro;
b) gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro. In attesa della adozione del decreto interministeriale di attuazione, le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono quelle individuate nell'Allegato I al D. Lgs. 81/2008.

In presenza delle violazioni indicate nell'allegato I al D. Lgs. 81/2008 può essere adottato un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione alle gare pubbliche per la durata individuata in relazione alle diverse percentuali dei lavoratori irregolari e, comunque, non superiore a 2 anni.

AVCP (det. 1/2010): non è sufficiente la pendenza del procedimento disciplinato dall'art. 14 del D. Lgs. 81/2008, ma è necessaria l'adozione del provvedimento interdittivo, la cui efficacia decorre dalla relativa notifica all'operatore economico.

© Confindustria Vicenza

Sanzioni interdittive (art. 38, c. 1, lett. m)

L'espressione di chiusura "*ogni altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*" rievoca implicitamente l'art. 32-quater c. p. (Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità a contrattare con la P.A.)

Tale norma associa la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione alla commissione dei seguenti reati, se commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa: malversazione a danno dello Stato (art. 316-*bis*), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (316-*ter*), concussione (317), corruzione per un atto d'ufficio (318), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (319), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (320), istigazione alla corruzione (322), peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di loro funzionari o di Stati esteri (322-*bis*), turbata libertà degli incanti (353), inadempimento di contratti di pubbliche forniture (355), frode nelle pubbliche forniture (356), associazione per delinquere (416), associazione di tipo mafioso (416-*bis*), rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (437), rialzo e ribasso fraudolento di prezzi (501), manovre speculative su merci (501-*bis*), truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico (640), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (640-*bis*), usura (644).

© Confindustria Vicenza

Sospensione o revoca dell'attestazione SOA (art. 38, c. 1, lett. m-bis)

"*nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all' articolo 7, comma 10 , per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA*"

(modificata dall'art.4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011)

Art. 40 (Qualificazione per eseguire lavori pubblici)

"*9-quater. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che, se ritiene che 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 procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera m-bis, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*".

La Stazione appaltante è tenuta ad escludere dalla gara il concorrente in relazione al quale risulti, a seguito di consultazione del casellario informatico, la decadenza dell'attestazione SOA per falso.

© Confindustria Vicenza

Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (art. 38, c. 1, lett. m-ter)

"*di cui alla precedente lett. b), che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio*".

(modificata dall'art.4, comma 2, lett. b), del D.L. 70/2011, convertito con legge 106/2011)

- art. 317 c.p. → concussione
- art. 629 c.p. → estorsione
- art. 7 D.L. 152/1991 → aggravante dell'appartenenza ad associazione mafiosa
- art. 4 legge 689/1981 → adempimento di un dovere; esercizio di una facoltà legittima; stato di necessità o di legittima difesa.

© Confindustria Vicenza

Rapporti di controllo e di collegamento sostanziale (art. 38, c. 1, lett. m-quater)

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

Art. 38, comma 2

"*… Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente:*
a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile 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 del codice civile , 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' articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

… segue

© Confindustria Vicenza

Rapporti di controllo e di collegamento sostanziale (art. 38, c. 1, lett. m-quater)

"*Nelle ipotesi di cui alle lettere 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 verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica*".

(da ultimo modificato dall'art. 1, comma 5, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni dalla legge 44/2012)

La norma configura quale causa di esclusione dei concorrenti l'imputabilità delle relative offerte ad un unico centro decisionale, sia che ciò discenda da una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., sia che sia conseguenza di altra relazione, anche di fatto, tra i concorrenti.

Non è quindi di per sé sufficiente che più concorrenti siano tra loro in situazione di controllo ex art. 2359 c.c..

© Confindustria Vicenza

Rapporti di controllo e di collegamento sostanziale (art. 38, c. 1, lett. m-quater)

Cons. Stato, Sez. VI, 8.05.2012, n. 2657

L'ipotesi *ex* art. 2359 cod. civ. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi del collegamento sostanziale va desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un collegamento tra le imprese partecipanti, distorsivo delle regole di gara.

Ipotesi di indici presuntivi gravi, precisi e concordanti, atti a suffragare il giudizio di riconducibilità delle offerte provenienti dalle due imprese ad un unico centro d'interesse, falsante la competizione tra le imprese concorrenti: a) gli intrecci personali tra gli assetti societari delle due imprese, evincibili dalla documentazione acquisita al giudizio; b) la predisposizione di buste identiche, contenenti offerte, documenti e richieste redatti in modo identico (nelle parti difformi e/o aggiuntive rispetto ai moduli predisposti); c) le certificazioni ottenute il medesimo giorno; d) le fideiussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio; e) la spedizione dei plichi con lo stesso corriere.

© Confindustria Vicenza

Rapporti di controllo e di collegamento sostanziale (art. 38, c. 1, lett. m-quater)

Cons. Stato, Sez. VI, 17.02.2012, n. 844

La sola somiglianza della veste formale delle offerte non dimostra l'identità del centro decisionale, che invece postula una somiglianza del contenuto sostanziale delle offerte, o una loro differenza voluta e studiata per turbare la gara (Cons. Stato, VI, 8.06. 2010 n. 3637); così come le circostanze che le buste siano spedite lo stesso giorno e dal medesimo ufficio postale, che la garanzia fideiussoria sia rilasciata dalla medesima agenzia e con polizze emesse in sequenza e lo stesso giorno, la somiglianza della veste grafica, di per sé, non sono tali da far necessariamente presumere una situazione di collegamento (Cons. Stato, VI, 6.09.2010 n. 6469). (..) Quanto ai presunti intrecci di soci e amministratori, essi non vi sono, in quanto sono dimostrati solo legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società, ma non un'identità di soci e amministratori delle due società (Cons. Stato, VI, 8.06. 2010 n. 3637).

© Confindustria Vicenza

Rapporti di controllo e di collegamento sostanziale (art. 38, c. 1, lett. m-quater)

AVCP Determinazione 1/2012

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 accertare 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).

© Confindustria Vicenza

Aziende o società sottoposte a sequestro o confisca e affidate ad un custode o amministratore giudiziario (art. 38, c. 1-*bis*)

"Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario".

(modificato dall'articolo 4, comma 2, lettera b), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70)

AVCP Determinazione 1/2012

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 è 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.

© Confindustria Vicenza