

**I requisiti generali di partecipazione alle gare d'appalto ex art 38 del Codice
dei contratti nel decreto sullo sviluppo**

di

Alfonso Graziano

Magistrato T.A.R. Piemonte

Pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it il 12 luglio 2011

1. L'art. 38 del Codice dei contratti è quello che ha subito il maggior numero di modifiche da parte del D.L. n. 70/2011 le quali da un lato appaiono intese al tentativo di adeguare le previsioni sui divieti di partecipazione alle gare alla concreta realtà imprenditoriale e al principio di effettività e dall'altro recepiscono taluni interventi della giurisprudenza.

Muovono nel primo senso l'estensione del divieto ai soci in caso di s.n.c. e al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, come la necessità che al fine di consentire la partecipazione alle gare di società i cui amministratori si siano macchiati di pregiudizi penali, la dissociazione dalla loro condotta sia stata effettiva, non essendo più sufficiente la circostanza che siano state meramente adottate delle misure formali di dissociazione. Nel secondo senso si apprezza invece la precisazione che i divieti non operano in caso di condanne a reati che siano stati depenalizzati, come aveva indicato in più occasioni il Consiglio di Stato.

2. La prima modifica concerne la lettera b) che disciplina il caso del divieto derivante dall'applicazione di una misura di prevenzione di cui all'art. 10 della L. n. 675/1965. E' stato stabilito che in caso di società in nome collettivo il divieto vige anche se riguarda la persona del socio oltre che del direttore tecnico, mentre in caso di ogni altro tipo di società lo stesso colpisce sia gli amministratori rappresentanti che il socio unico ovvero in caso di società con meno di quattro soci, esso scatta anche se inerisce alla persona del socio di maggioranza.

Come si diceva, la norma prende atto dell'esistenza di società con socio unico, sia a responsabilità limitata che per azioni e ne vieta la partecipazione alle gare anche se il divieto riguarda il socio unico stesso. Che può anche non coincidere con la figura dell'amministratore munito di poteri di rappresentanza, nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia affidata ad un terzo estraneo alla compagine sociale.

3.1. Queste estensioni, al socio in caso di società in nome collettivo, al socio unico in caso di ogni altro tipo di società e al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, figurano poi anche nella lettera c) dell'art. 38 che è stata modificata inserendo le cennate estensioni per la fattispecie dell'intervenuta pronuncia di sentenza definitiva o decreto irrevocabile di condanna per reati gravi incidenti sulla moralità professionale dell'appaltatore.

Altra rilevante modifica ha investito il secondo periodo, prima proposizione, della lettera c) che dispone che "In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti" invece che cessati dalla carica nel triennio, "cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri" non solo di aver adottato atti o misure di completa dissociazione, ma "che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione".

Come si può notare, dunque, è stato ristretto l'arco temporale di riferimento in relazione ai soggetti, colpiti dal divieto, cessati dalla carica al momento della partecipazione alla gara.

Mentre fino ad oggi era necessario dichiarare l'insussistenza delle ragioni penali ostative nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente, viene oggi previsto che è necessario attestare l'insussistenza delle ragioni preclusive solo nei riguardi dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara.

L'intento è quello di ampliare le possibilità di partecipazione alle gare, nell'ottica dell'accelerazione delle procedure e della semplificazione.

Siffatta istanza di accelerazione e semplificazione è però temperata dalla previsione della necessità che nel caso in cui i predetti soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente siano stati raggiunti da pregiudizi penali gravi e incisivi della loro moralità

professionale, al fine di ammettere comunque l'impresa a partecipare alla gara occorre che essa alleggi non solo di avere meramente adottato atti o misure di completa dissociazione, ma anche che la dissociazione stessa sia stata completa ed effettiva.

Qui sarà illuminante l'opera interpretativa della giurisprudenza, poiché così come formulata la norma appare di difficile concretizzazione pratica. Cosa dovrà produrre in sede di gara l'impresa per dimostrare che effettivamente vi è stata completa ed effettiva dissociazione, al di là dell'intervenuta adozione di atti e misure di completa dissociazione?

Effettivamente non si intende in quale maniera possa dimostrarsi che vi sia stata siffatta dissociazione, se non mediante la produzione di delibere, mozioni d'ordine degli organi sociali che abbiano preso ufficialmente le distanze dall'attività criminosa dei soggetti cessati dalla carica.

Probabilmente il legislatore ha voluto forse disancorare la possibilità di prove dell'intervenuta effettiva e completa dissociazione, dalla formale adozione di atti e misure in tal senso. Detto in altri termini l'impresa potrà provare che effettivamente vi è stata la dissociazione de qua anche se non siano state formalmente assunte misure di dissociazione.

3.2. La seconda proposizione del secondo periodo della lettera c), secondo la quale "resta salva in ogni caso l'applicazione dell'[articolo 178 del codice penale](#) e dell'[articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale](#)" è stata modificata precisandosi che "l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima".

Qui il legislatore da un lato, come si avvertiva più sopra, recepisce la giurisprudenza che, salva un'isolata voce discorde, aveva chiarito che l'esclusione dalle gare non opera se la condanna o il decreto penale siano stati inflitti per un reato depenalizzato.

Dall'altro lato ha pure recepito la giurisprudenza dominante che rendeva ininfluenza la condanna allorché fosse intervenuta la riabilitazione ovvero allorché il reato fosse stato dichiarato estinto non per il mero decorso del termine di legge previsto, bensì allorché l'estinzione fosse stata dichiarata con formale provvedimento del giudice penale dell'esecuzione.

E' poi stata aggiunta la precisazione che il divieto non opera anche quando la condanna sia stata revocata.

4. Altra modifica ha riguardato la lettera d) dell'art. 38 del Codice circa il divieto di intestazione fiduciaria ex art. 17, l. n. 55/1990.

E' stato sancito che "l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa".

E' stato quindi delimitato e temporalmente circoscritto ad un anno il periodo di rilevanza dell'accertamento definitivo della violazione del divieto di intestazione fiduciaria ed è stato peraltro precisato che in ogni caso l'esclusione va disposta se la violazione del divieto in parola non sia stata rimossa.

La norma è dunque ispirata da un lato ad un'istanza di accelerazione e semplificazione, precisandosi l'arco temporale di rilevanza, ma dall'altro ad un'esigenza di effettività, chiarendosi che comunque deve essere esclusa dalla gara l'impresa che non abbia rimosso la violazione del divieto di intestazione fiduciaria delle azioni.

5. Una rimarchevole modifica ha investito il divieto di partecipazione in caso di violazione delle norme in materia di sicurezza dei lavoratori e di ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro.

Mentre la norma fino ad oggi in vigore disponeva che sono escluse dalle gare le imprese "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", oggi si prevede che sono esclusi i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro".

Le modifiche in sostanza sono due. Una è la precisazione che le violazioni gravi devono essere definitivamente e non debitamente accertate. Vuole cioè il legislatore che il divieto operi solo allorquando la violazione accertata sia definitiva, a conclusione delle eventuali opposizioni o ricorsi avverso la stessa.

La seconda rilevante modifica consiste nell'esclusione della necessità che la violazione commessa in materia di rapporti di lavoro o di sicurezza dei lavoratori risulti dai dati in possesso dell'osservatorio.

Oggi, dunque, la violazione in argomento è escludente anche se non annotata dall'Osservatorio dei contratti.

La novella appare ispirata al giusto rilievo escludente conferito alle violazioni in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro o a ogni altro obbligo derivante dal contratto di lavoro a prescindere dal dato meramente formale che la stessa risulti alla banca dati dell'osservatorio.

La violazione grave rileva ex se, benché non annotata dall'Osservatorio.

6. E' pure stata modificata la lettera g) in materia di imposte e tasse, prevedendosi che le relative violazioni sono causa di esclusione solo ove siano connotate dal requisito della gravità.

Trattasi di precisazione importante, che pure recepisce la giurisprudenza^{1[1]} che aveva chiarito che può essere esclusa dalle gare un'impresa solo se la violazione tributaria sia connotata dal requisito della gravità.

7. Ulteriore modifica e precisazione concerne anche la lettera h) che nel vecchio testo disponeva che sono esclusi dalle gare i soggetti "che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Oggi si prevede che sono esclusi dalle gare i soggetti "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".

^{1[1]} T.A.R. Piemonte, 11.2.2009, n. 401 confermata in appello.

In pratica sono esclusi dalle gare quei soggetti che dall'apposita iscrizione nel casellario informatico gestito dall'Autorità di Vigilanza, risultino aver reso false dichiarazioni o prodotto falsa documentazione concernente il possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare, a prescindere dal tempo in cui abbiano commesso tale infrazione.

E' stata, cioè, espunta la precisazione secondo cui tali falsità rilevavano solo se commesse nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

La norma appare pertanto ispirata ad un maggior rigore e ad una maggiore severità, rendendo rilevanti ed escludenti le falsità attestative o documentali a prescindere dall'epoca in cui sono state commesse.

8. Ad un'istanza sostanzialistica è ispirata la modifica della lettera l) che nel testo antecedente stabiliva che sono esclusi dalle gare i soggetti "che non presentino la certificazione di cui all'[articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68](#), salvo il disposto del comma 2".

Oggi invece l'esclusione può essere disposta solo ove l'impresa non sia formalmente in regola con le disposizioni che regolano l'avviamento al lavoro dei disabili, poiché è stata esclusa la rilevanza della mera mancata presentazione della dichiarazione in questione ed è stato stabilito che sono esclusi dalle gare i soggetti "che non sono in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla [legge 12 marzo 1999, n. 68](#)".

Pertanto la stazione appaltante non può prevedere nella legge di gara che siano escluse le imprese che non presentino la dichiarazione in oggetto, ma dovrà stabilire che l'esclusione discenderà solo dalla circostanza che l'impresa aspirante non sia effettivamente in regola con le disposizioni sul lavoro dei disabili, a prescindere dal dato che abbia prodotto o meno siffatta dichiarazione.

9. E' stata riscritta in toto anche la lett. m-bis) inerente la sospensione dell'attestazione SOA, la quale norma nel vecchio testo disponeva che sono esclusi i 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".

Oggi è invece stabilito che sono esclusi i soggetti “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”.

Da un lato quindi, occorre che l'avvenuta produzione di falsa documentazione o dichiarazione ai fini del rilascio della SOA risulti dall'annotazione (iscrizione) nel casellario informatico.

Dall'altro non occorre che l'attestazione SOA sia stata formalmente sospesa ai fini dell'esclusione dalle gare.

Basta, dunque, che nel casellario informatico risulti un'iscrizione che attesti che il soggetto ha prodotto falsa documentazione o dichiarazione valevole ai fini del rilascio della SOA, e la partecipazione alla gara deve essere esclusa, senza che occorra che l'attestazione SOA debba essere stata sospesa.

10. E' stato poi introdotto al comma 1 dell'art. 38, un comma 1-ter, del tutto nuovo, a termini del quale “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), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

La norma onera dunque le stazioni appaltanti alle quali venga prodotta falsa dichiarazione o documentazione necessaria ai fini dell'ammissione alle procedure ad evidenza pubblica, di segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza.

La quale a sua volta se ritiene che dette falsità siano state commesse con dolo o colpa grave in relazione anche alla gravità o alla rilevanza dei fatti oggetto della falsa attestazione o documentazione, dispone l'iscrizione nel Casellario informatico.

Iscrizione che costituisce interdizione dalla partecipazione alle gare per un solo anno, decorso il quale l'iscrizione stessa viene cancellata e perde comunque efficacia.

La norma non fa che recepire la giurisprudenza che si è formata in merito alla mancata prova dei requisiti di ordine economico finanziario attestati in sede di partecipazione alla gara.

Com'è noto vi è un indirizzo interpretativo espresso da quasi tutti i TAR della Repubblica, secondo il quale la segnalazione all'Autorità del fatto dell'attestazione di possesso di requisiti che non siano stati poi comprovati, può essere disposta solo in caso di malafede dell'impresa ma non allorquando l'attestazione poi non comprovata discenda da un dubbio interpretativo della legge di gara o da una situazione, in generale, di buona fede dell'impresa.

Ora la norma stabilisce che in ogni caso la stazione appaltante è obbligata a notificare l'autorità della produzione della falsa dichiarazione o documentazione, ma che è l'Autorità che può procedere all'iscrizione solo quando la falsità sia ricollegabile all'elemento psicologico del dolo o della colpa grave da acclarare in relazione alla gravità e alla rilevanza dei fatti oggetto della falsa attestazione o dichiarazione.

Certo, non s'è da intendere che a monte è da assodare quando si sia in presenza di falsa dichiarazione.

Ci si riferisce a quella giurisprudenza del Consiglio di Stato sul falso innocuo, vale a dire a quei casi in cui pur essendo la dichiarazione non veritiera, in realtà il fatto integra un falso innocuo perché il reato non è grave o perché l'impresa è comunque in possesso del requisito dell'assenza della condanna penale.

11. È stato interamente riscritto il comma 2 dell'art. 38, precisandosi anzitutto che il concorrente deve attestare tutte le condanne riportate.

Sono escluse solo quelle relative a reati depenalizzati o per i quali sia intervenuta riabilitazione o pronunciata estinzione dal giudice dell'esecuzione.

Vengono poi legislativamente definiti, per le violazioni indicate nelle lettere successive alla c), dei casi in cui le stesse sono gravi.

Ciò avviene mediante un rinvio secco alle disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro e al D.P.R. n. 602/1973 in materia di riscossione di imposte e tasse.

Per le violazioni ai contributi previdenziali o assistenziali è precisato che sono da ritenere gravi solo quelle ostative al rilascio del D.U.R.C.

Particolari disposizioni sono state poi introdotte anche in materia di collegamento sostanziale tra imprese e di offerte ricollegabili ad un unico centro di imputazione.

La nuova norma è così formulata: “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 [d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445](#), in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del [comma 1, lettera c\)](#), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne quando il reato è stato depenalizzato ovvero per le quali è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima. Ai fini del comma 1, lettera e) si intendono gravi le violazioni individuate ai sensi dell'[articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#) e successive modificazioni, fermo restando quanto previsto, con riferimento al settore edile, dall'[articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81](#). Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'[articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602](#). Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità 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. 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](#) con 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'[articolo 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.

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”.

Quanto al divieto di partecipazione di offerte riconducibili ad un unico offerente la norma precisa che il concorrente dichiara alternativamente, o che non si trova in alcuna situazione di controllo ex art. 2359 c.c. con alcun soggetto partecipante alla medesima gara e di aver formulato l'offerta autonomamente; ovvero che non è a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di altre imprese che si trovano rispetto a lui in una situazione di controllo e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Ove invece si trovi in una situazione di controllo con altri soggetti partecipanti, l'offerente deve indicarli e dichiarare che tuttavia ha formulato l'offerta autonomamente.

La norma ha cura di precisare, con disposizione nuova che 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”.

Quelle finora passate in rassegna sono le modifiche all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 introdotte dal D.L. n. 70/2011.

Non resta che attendere il varo definitivo della legge di conversione onde verificare quali delle modifiche stesse siano quelle definitive e quali quelle che invece saranno espunte.
