



Scuola Interregionale Veneto e Friuli Venezia Giulia

*Corso:
Le novità nel Codice dei Contratti*

Avv. Massimiliano Alesio

**DECRETO SVILUPPO:
LE NOVITA' IN MATERIA
DI CONTRATTI PUBBLICI**

Preganziol (Tv), 17 ottobre 2011

DECRETO SVILUPPO: LE NOVITA' IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Il recente “*decreto sviluppo*” (decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106), che ha realizzato l’ennesima disorganica incursione sul già tormentato ambito dei contratti pubblici, ha introdotto rilevanti novità, non solo in tema di procedura negoziata nel settore lavori, ma anche, e forse primariamente, in tema di requisiti e di clausole di esclusione. Non si intende sottovalutare l’importanza delle novità in tema di negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara. Infatti, occorre ammettere che, nonostante che tali novità siano limitate al sol settore lavori ed al sol ambito del sotto soglia, in quanto modificante i soli commi 7° e 7°-bis, dell’articolo 122 del Codice dei contratti pubblici¹, gli effetti saranno sicuramente notevoli. Ciò, in quanto l’innalzamento della soglia di ammissibilità della procedura sino ad un milione di euro comprenderà, di fatto, gran parte dei pubblici appalti di lavori, gestiti dalle stazioni appaltanti. Tuttavia, seppur gli effetti pratici saranno notevoli, non si può nascondere il fatto che intervenire solo sulle soglie di ammissibilità non vuol dire dar luogo sicuramente ad una semplificazione, come rilevato da attenta dottrina².

Ad ogni modo, la più declamata novità riguarda la **PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI BANDO DI GARA**, relativamente ai **LAVORI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA**³. Precisamente, il comma 7°-bis dell’articolo 122 è stato abrogato ed il precedente 7° è stato integralmente modificato, con innalzamento della soglia economica di ammissibilità.

La nuova disposizione normativa è la seguente:

Art. 112, comma 7°: “I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall’articolo 57, comma 6; l’invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell’importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all’articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all’allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l’indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all’articolo 122, commi 3 e 5, entro dieci giorni dalla data dell’aggiudicazione definitiva; non si applica l’articolo 65, comma 1”.

La nuova disciplina può essere così riassunta:

- a) Riunificazione dei due originari commi 7° e 7°-bis in uno solo: il 7°.
- b) I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall’articolo 57, comma 6°.

¹ Ora riuniti in un sol comma: il 7°.

² Oliveri L.: “*Lavori pubblici, ennesimo restyling*”, su www.appaltiecontratti.com, maggio 2011.

³ Si ricorda che, attualmente, la soglia comunitaria per il settore lavori è pari ad € 4.845.000,00.

- c) Per i lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, l'invito è rivolto ad almeno dieci soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tali numeri.
- d) Per i lavori di importo inferiore a 500.000 euro, l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tali numeri.
- e) I lavori, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche, di cui all'articolo 37, comma 11°, restano ferme le disposizioni ivi previste.
- f) L'avviso sui risultati della procedura di affidamento (pubblicazioni post gara) deve contenere l'indicazione dei soggetti invitati e deve essere trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'articolo 122, commi 3° (profilo del committente e siti Ministero Infrastrutture ed Osservatorio) e 5° (appalti > € 500.000: Gazzetta Ufficiale e per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori), entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva.

Occorre ricordare che, proprio in relazione alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, è recentemente intervenuta l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con la **determinazione 6 aprile 2011, n. 2**, contenente importanti chiarimenti, particolarmente apprezzabili per quanto concerne il cottimo fiduciario e le concrete modalità di svolgimento della procedura.

Per quanto concerne il “**cottimo fiduciario**”, l'Autorità fornisce un prezioso contributo per la corretta comprensione. Al riguardo, occorre segnalare che già il Codice, in ben due occasioni⁴, chiarisce che il cottimo fiduciario è una procedura negoziata, cioè una peculiare tipologia di negoziata, quale definita dal comma 40°, dell'articolo 3 del Codice, che ci fornisce la nozione generale: “le procedure negoziate sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata”. La giurisprudenza ha, da tempo, chiarito che “*il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica. Le regole procedurali anche minime, che l'amministrazione si dia per concludere il cottimo fiduciario, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità coerenza della motivazione etc.*”⁵. Tuttavia, nella concreta prassi delle stazioni appaltanti si rinvengono moduli comportamentali, non in linea con tali disposizioni ed indirizzi. Modelli di condotta e concreti atti, che tradiscono una concezione distorta dell'istituto, soprattutto per quel che concerne la scelta dei soggetti da invitare alla gara e le modalità di svolgimento della medesima. A tal riguardo, l'Autorità, pregevolmente, chiarisce quanto segue:

- a) Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato, priva di rilevanza pubblicistica.
- b) Il cottimo fiduciario è un vero e reale procedimento di scelta del contraente e non, come erroneamente ritenuto in passato “una particolare modalità di retribuzione di una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo, stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati”.

⁴ Art. 3, comma 40° ed art. 125, comma 4°.

⁵ Consiglio di Stato, sez. VI^a, n. 4.295/2006.

- c) Conseguentemente, devono essere osservate regole procedurali che, seppur minime e semplificate, siano idonee a garantire il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione⁶.
- d) La disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell'articolo 125, anche all'interno del Codice medesimo. Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.
- e) A conferma di ciò, va rilevato che l'articolo 331 del nuovo regolamento attuativo, stabilisce che le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia (che sono procedure negoziate⁷) avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici⁸.

In relazione all'affidamento dei lavori di importo da € 100.000,00 sino ad € 500.000,00 (ora, a seguito del Decreto Sviluppo: **lavori sino ad un milione di euro**), l'Autorità evidenzia l'importanza dei **principi** richiamati: non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. In particolare, in riferimento al principio di parità di trattamento, viene precisato che il medesimo vieta non solo le discriminazioni palesi, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata. Di conseguenza, la stazione appaltante non deve consentire, ad alcuno dei concorrenti in gara, di godere di informazioni privilegiate o di condizioni vantaggiose in sede di presentazione dell'offerta. *“In questo senso, va ribadito che tutti gli operatori economici che prendono parte alla selezione devono essere invitati contemporaneamente a presentare le loro offerte e che le lettere di invito devono contenere le medesime informazioni in relazione alla prestazione richiesta”*.

Particolare attenzione merita il **principio di proporzionalità**. Tale principio è sorto grazie all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesca, particolarmente da parte della Corte Costituzionale Federale. Costituisce unanime orientamento il fatto che il principio di proporzionalità si delinea quale risultante dell'unione di tre diversi elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto.

Per quanto riguarda l'idoneità, uno strumento appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, allorché con il suo ausilio si possa sensibilmente favorire il raggiungimento del risultato desiderato. Il pronostico effettuato deve risultare giustificato e ragionevole, ma comunque appare sufficiente l'esistenza della possibilità in astratto che l'obiettivo venga raggiunto. La Corte Costituzionale Federale fa riferimento ad una valutazione *ex ante*, in rapporto alla quale viene riconosciuta anche la possibilità di un errore nella valutazione circa il possibile sviluppo futuro degli eventi. Viceversa, uno strumento appare necessario (necessarietà) per il raggiungimento dell'obiettivo, soltanto qualora non ne sia disponibile nessun altro, egualmente efficace, ma che sia tale da incidere meno negativamente nella sfera del singolo. Questo concetto viene spesso sintetizzato con l'espressione icastica “imposizione del mezzo più mite”. L'elemento della necessità impone la scelta, fra più mezzi tutti astrattamente idonei al raggiungimento

⁶ In tal senso: Consiglio di Stato, sez. VI[^], n. 4.295/2006.

⁷ Ad eccezione dell'“amministrazione diretta”, ove le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento

⁸ Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.

dell'obiettivo prefissato, di quello la cui adozione implichi le minori conseguenze negative per il privato. Peraltro, necessarietà significa soltanto "necessarietà relativa", nel senso che viene valutato se l'utilizzazione di un dato mezzo sia indispensabile allo scopo di raggiungere un dato obiettivo, ma non viene, viceversa, sindacata la necessarietà in sé dell'obiettivo prescelto. Dunque, un mezzo ha la medesima efficacia rispetto ad un altro mezzo, soltanto qualora esso consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima intensità. Per quanto concerne, infine, l'elemento della proporzionalità in senso stretto, la Corte Federale fa rilevare che una decisione adottata dai pubblici poteri non deve mai essere tale da gravare in misura eccessiva sull'interessato, e non deve risultare intollerabile per quest'ultimo. In altri termini, mezzo e fine non devono risultare sproporzionati l'uno rispetto all'altro. La proporzionalità in senso stretto impone di paragonare obiettivo e mezzo e di ponderarli nella loro rispettiva importanza. Il che potrà anche avere, come ultima conseguenza, che la Pubblica Amministrazione debba astenersi dall'adottare la decisione oggetto della decisione comparativa, nonostante che essa abbia già superato l'esame relativo, rispettivamente alla sua idoneità ed alla sua necessarietà. La valutazione comparativa è necessariamente influenzata, nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato. Quanto più sensibilmente si ritiene di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività, che con tale intervento si vuole perseguire. Naturalmente, una valutazione così congegnata non può avvenire in modo astratto, in quanto la relativa effettuazione necessita sempre di concretizzazione.

In una recente sentenza (Tar Toscana, sez. I^a, 16 dicembre 2010, n. 6.770), è stato significativamente affermato che *"non appare conforme al principio di proporzionalità la clausola del bando di gara, prescrivente l'esclusione dell'impresa, che non osservi le previste modalità di corresponsione del contributo di gara. Infatti, la sanzione dell'espulsione dalla gara appare eccessiva e non proporzionata rispetto all'obiettivo di garantire il pagamento del dovuto contributo, dal momento che il pagamento medesimo è stato effettuato con tempestività, seppur con mezzo irregolare in quanto diverso da quelli contemplati"*.

I giudici amministrativi toscani evidenziano che il principio di proporzionalità, elaborato appunto nell'alveo della dottrina e della giurisprudenza tedesca e, poi, assunto come principio generale del diritto comunitario, trova senz'altro ingresso e significativo rilievo anche nel nostro ordinamento. Al riguardo, il Tar precisa che le fonti sono diverse. In primo luogo, il generale rinvio ai principi comunitari, contenuto espressamente nell'articolo 1, comma 1°, della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005, ove si stabilisce che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da diversi criteri (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza) e dai "principi dell'ordinamento comunitario". In secondo luogo, il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) contiene numerosi riferimenti:

- all'articolo 2, comma 1°, quale fondamentale principio generale, in tema di affidamento;
- all'articolo 27, comma 1°, in relazione alle gare per i contratti esclusi;
- all'articolo 30, comma 3°, in riferimento alle gare per le concessioni di servizi.

Inoltre, il Tar prende atto che, in merito a tale principio, sussiste, oltre che un'ampia elaborazione giurisprudenziale ed approfonditi studi, anche una precisa definizione normativa, contenuta nell'articolo 23 della legge 262/2005. Tale disposizione normativa, seppur inserita in una peculiare disciplina di settore (*"Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*), si manifesta di notevole interesse, proprio per la generale portata della

definizione. Precisamente, il principio di proporzionalità viene inteso come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari”.

I giudici amministrativi ritengono che l'attività di verifica del rispetto del principio deve svolgersi intorno a questi due profili:

- a) adeguamento del potere al fine da raggiungere;
- b) realizzazione del fine con il minor pregiudizio degli interessi coinvolti.

In altri termini, il sindacato giurisdizionale deve verificare se:

- la decisione amministrativa risulta funzionale rispetto alle finalità perseguite dalla Pubblica amministrazione e, quindi, adeguata rispetto alla funzione;
- se la medesima non risulti, ad ogni modo, eccessiva nella misura, cioè spropositata rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico primario e tale da sacrificare “troppo” ed in modo ingiustificato gli altri interessi coinvolti nella procedura amministrativa.

Calando nella concreta fattispecie gli illustrati precipitati ermeneutici, si perviene, ad avviso del Tar Toscana, ad una chiara conclusione: la clausola del bando di gara, prescrivente l'esclusione dell'impresa, che non osservi le previste modalità di corresponsione del contributo di gara, non può che porsi in contrasto con il principio di proporzionalità. Infatti, la sanzione espulsiva non tiene affatto conto che il pagamento del contributo di gara è stato, comunque, effettuato entro il termine prestabilito. Di conseguenza, la finalità dell'istituto (corresponsione del contributo con tempestività) è stata pienamente rispettata. Le modalità di pagamento non possono che afferire ad elementi del tutto formali ed estranei alla predetta finalità. Di conseguenza, il Tar Toscana accoglie il ricorso, qualificando la clausola e la connessa sanzione come eccessiva e non proporzionata rispetto al predominante fine di garantire il pagamento del contributo.

Ritornando alla determinazione AVCP n. 2/2011, occorre osservare che, ad avviso dell'Autorità, trova applicazione il **principio di rotazione**, seppur non formalmente richiamato nel comma 7°-bis (e, tuttora, non richiamato nell'attuale ed unico comma 7!). Ciò, in ragione della necessità di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese, violando, in tal modo, il fondamentale principio di concorrenza. Fra l'altro, la giurisprudenza ha già rilevato l'esigenza di rispettare, in tale procedura negoziata, un meccanismo di rotazione fra le imprese⁹. Per quanto concerne l'obbligo di motivazione, si fa rilevare che il ricorso alla negoziata “è *legittimato dal legislatore sulla base dell'importo*”. Ad ogni modo, l'AVCP¹⁰ sembra chiedere un minimo di “sforzo motivazionale” in più, in quanto segnala che “*le norme di cui all'articolo 122¹¹ del Codice soggiacciono, comunque all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo: la stazione appaltante nella delibera a contrarre fornisce una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo (cfr. articolo 122, comma 7-bis) esprime a riguardo una possibilità, non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata*”. Impegno motivazionale che, comunque, non deve essere confuso con la verifica di sussistenza di diversi presupposti applicativi, quali quelli previsti dagli articoli 56 e 57 del Codice.

Per quanto riguarda le **modalità di individuazione degli operatori economici da consultare**, per poi procedere alla “gara ad inviti”, l'Autorità ricorda la stringente necessità di distinguere fra “indagine di mercato” e successiva “gara informale ad inviti”. La prima è preordinata, esclusivamente, a conoscere l'assetto del mercato, cioè i possibili potenziali offerenti ed il tipo di

⁹ Tar Molise, sez. I^a, n. 700/2009.

¹⁰ Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture.

¹¹ Il riferimento è, dunque, anche al comma 7° (lavori sino ad € 100.000,00) ed al comma 8° (opere di urbanizzazione a scomputo sino alla soglia comunitaria).

condizioni contrattuali, che essi sono in grado e disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale. Viceversa, la gara informale implica anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando, per la stazione appaltante, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito. In altri termini, l'indagine di mercato è finalizzata ad acquisire "conoscenze", mentre la gara informale è diretta ad individuare il miglior contraente.

La giurisprudenza, già da tempo, distingue l'indagine di mercato dalla trattativa-negoziata: *"la gara ufficiosa è una categoria diversa dal mero sondaggio di mercato, pure utilizzabile nell'ambito della trattativa privata. Il sondaggio di mercato tende solo a conoscere l'esistenza di potenziali contraenti e delle condizioni contrattuali che sono disposti a praticare; la gara ufficiosa implica anche una valutazione comparativa delle offerte in base a criteri prefissati"* (CdS, sez. VI[^], n. 1.881/2001). Le due fattispecie sono, dunque, abbastanza distinte, pur se bisogna stare ben attenti, nella concreta prassi di azione, nel non approdare all'una, partendo dall'altra, senza averne piena cognizione. Il Tar Campania¹², al riguardo, ben segnala che *"se ad una prima fase, impropriamente chiamata indagine di mercato, segue una seconda, in cui sono espressamente richieste offerte in busta chiusa e plichi sigillati, gli assunti sulla libertà assoluta delle forme delle procedura scelta vengono meno e si appalesa il vizio procedurale nell'azione dell'amministrazione, la quale non può scegliere, per ragioni di mera opportunità, di seguire un sentiero garantista a fronte della scelta, effettuata a monte, di procedere all'aggiudicazione, con il ricorso a trattativa privata nell'ambito di una gara informale."*

Le concrete modalità di svolgimento dell'indagine di mercato, ad avviso dell'AVCP, possono essere le seguenti:

- a) avviso preventivo¹³;
- b) elenchi aperti di operatori economici, da non confondere con i vietati albi di fiducia¹⁴.

Tali modalità appaiono pienamente in linea con il nuovo regolamento, il quale, all'articolo 332, comma 1°, prevede, appunto, che i soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici. Le indagini di mercato, effettuate dalla stazione appaltante, possono avvenire anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico, propri o delle amministrazioni aggiudicatrici. L'Autorità afferma che *il principio di trasparenza impone di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, in modo tale da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale.* Si tratta di una tesi molto condivisibile, in quanto costituisce esplicitazione della teoria della "responsabilità da contatto amministrativo", che prende le mosse dalla nota sentenza delle SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione n. 500 del 1999, in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. Secondo tale teoria, dal contatto, più o meno formale, tra cittadino e PA nascono obbligazioni di protezione a carico della PA ed a garanzia del cittadino; obbligazioni che, ove inadempite, danno luogo ad una responsabilità di carattere contrattuale. Di conseguenza, appare possibile affermare che, a seguito di un'espressa istanza, la stazione appaltante deve fornire informazioni in merito ad una gara informale in corso di elaborazione ed invitarla, se espressamente richiesto.

¹² Sez. VII[^] Napoli, n. 3.304/2006.

¹³ L'avviso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

¹⁴ La differenza consiste nel fatto che gli elenchi aperti sono formati sulla base di un avviso pubblico e sono sottoposti ad aggiornamento almeno annuale.

Infine, per quanto concerne i **criteri di scelta delle imprese da invitare alla gara informale**, l'Autorità ritiene possibili i seguenti:

- a) Le esperienze contrattuali, registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione¹⁵.
- b) L'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori.
- c) Il sorteggio.

Al riguardo, occorre osservare che, secondo un indirizzo maggioritario¹⁶, la stazione appaltante deve invitare le imprese, che abbiano presentato un'espressa richiesta. Ad ogni modo, aderendo ad una condivisibile ottica garantistica, l'Autorità segnala che la stazione appaltante deve, in ogni caso, indicare nella determina a contrarre i criteri, che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare¹⁷.

Invero, per poter rettamente intendere la reale portata innovativa della novella disciplina, occorre ricordare le fasi, in cui si estrinseca la negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara in ambito generale¹⁸. In buona sostanza, la stazione appaltante deve osservare le seguenti modalità di azione:

- 1) Individuare gli operatori economici interessati alla gara;
- 2) Tali operatori vanno individuati *“sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato”*, cioè come confermato dall'Autorità nella recente determinazione n. 2/2011¹⁹, attraverso avvisi preventivi pubblicati sul sito dell'ente o attraverso elenchi annuali, predisposti attraverso pubblico avviso.
- 3) Individuati tali operatori interessati alla gara, occorre selezionare quelli da invitare (sorteggio, etc.).
- 4) Inviare la lettera di invito agli operatori selezionati.
- 5) La lettera di invito deve contenere *“gli elementi essenziali della prestazione richiesta”*, cioè il preciso oggetto dell'appalto.
- 6) I requisiti (di ordine generale e speciale) sono i medesimi di quelli *“previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando”*.
- 7) Il vincitore verrà prescelto sulla base del criterio del prezzo più basso o del distinto criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, preventivamente selezionato dalla stazione appaltante.

La **legge di conversione** ha, poi, introdotto le seguenti ulteriori novità, in tema di affidamenti sotto soglia comunitaria:

- a) I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria (art. 122, comma 7°).

¹⁵ In tal senso: Tar Molise, sez. I^a, n. 700/2009.

¹⁶ Tar Veneto, sez. I^a, n. 3.821/2003 e Tar Toscana, sez. I^a, n. 4.042/2008.

¹⁷ Ovviamente, in caso di avviso preventivo tali criteri devono essere specificati in tale sede.

¹⁸ Cioè, con riferimento sia al sopra che al sotto soglia, come previsto dal comma 6°, dell'articolo 57

¹⁹ Determinazione AVCP n. 2 del 6 aprile 2011: *“Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*.

- b) Per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste (art. 122, comma 7°).
- c) Nuova versione dell'articolo 125, comma 11°: “Per servizi o forniture di importo pari o superiore a **quarantamila euro** e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a **quarantamila euro**, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento”.

Ad un'attenta analisi del decreto, appaiono fortemente interessanti talune e corpose modificazioni, aventi ad oggetto diverse disposizioni del Codice.

Primariamente, devono essere analizzate le intense modificazioni relative all'articolo 38²⁰, in materia di **REQUISITI DI ORDINE GENERALE**, che ha sempre suscitato una vivace e diffusa giurisprudenza²¹. Al riguardo, occorre segnalare che la Relazione di accompagnamento al decreto legge pone in evidenza l'espressa volontà del Legislatore “*di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento*”²². L'intento può essere ritenuto meritevole e degno di accoglimento, in quanto occorre francamente riconoscere che, in più casi, la prassi delle stazioni appaltanti ha palesato un'inutile formalismo, del tutto privo di interesse e fondamento sostanziale²³. Invero, tale intento sconta un'attuazione, in termini di tecnica di elaborazione di disposizioni normative, non del tutto impeccabile, che non potrà che suscitare l'attenzione della giurisprudenza.

La prima modificazione attiene alla **lettera “b”**, dell'articolo 38, comma 1°, cioè alla situazione di possibile **pendenza di un procedimento per misure di prevenzione o cause ostantive antimafia**. Occorre osservare che la disposizione normativa in esame rappresenta una “peculiarità” della legislazione italiana, che non trova alcun riscontro nella normativa comunitaria, traendo origine dall'esigenza, prettamente interna al nostro ordinamento, di evitare infiltrazioni criminali nei

²⁰ Generalmente definita come la “tremenda” disposizione, in ragione della sua importanza e delle difficoltà interpretative.

²¹ Si ricorda, quale esempio generale, la nota polemica giurisprudenziale in relazione alla possibilità di considerare l'omessa dichiarazione in tema di reati, definitivamente accertati, quale autonoma causa di esclusione, indipendentemente dalla reale idoneità dei medesimi ad incidere negativamente sulla moralità professionale.

²² Relazione: “*Le norme apportano alcune modifiche agli articoli 38 e 40 semplificando la disciplina dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare di appalto (c.d. requisiti di moralità) e delle cause di esclusione, con l'obiettivo di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento*”.

²³ Valga come esempio, l'esilarante prassi di introdurre, nei disciplinari di gara, la clausola imponente, a pena di esclusione, che il contributo di gara debba essere corrisposto, da parte degli operatori economici concorrenti, secondo determinate ed esclusive modalità. Giustamente, la giurisprudenza è intervenuta a censurare tali clausole: “*Non appare conforme al principio di proporzionalità la clausola del bando di gara, prescrivente l'esclusione dell'impresa, che non osservi le previste modalità di corresponsione del contributo di gara. Infatti, la sanzione dell'espulsione dalla gara appare eccessiva e non proporzionata rispetto all'obiettivo di garantire il pagamento del dovuto contributo, dal momento che il pagamento medesimo è stato effettuato con tempestività, seppur con mezzo irregolare in quanto diverso da quelli contemplati*” (Tar Toscana, sez. I^a, n. 6.770/2010).

contratti pubblici²⁴. Le misure di prevenzione, alle quali viene generalmente attribuita natura amministrativa, sono dirette ad evitare la commissione di reati da parte di determinate categorie di soggetti considerati socialmente pericolosi. La loro peculiarità è che esse vengono applicate a prescindere dalla commissione di un fatto previsto dalla legge come reato; per questo motivo, vengono anche definite misure “*ante delictum*”. Per questa caratteristica, esse si distinguono dalle misure di sicurezza le quali, invece, sono applicabili ai soggetti pericolosi che abbiano già commesso un reato²⁵. La *ratio* della disposizione in esame è quella di salvaguardare l’ovvio interesse della stazione appaltante a non contrattare con soggetti dediti ad attività criminali. L’articolo 10, della legge n. 575/1965 (“cause ostative antimafia”) sancisce il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi, riguardanti la pubblica amministrazione ed i relativi subcontratti, compresi i cottimi, i noli a caldo²⁶ e le forniture con posa in opera, per i soggetti interessati dal provvedimento definitivo di prevenzione, di cui al comma 2°. Come correttamente segnala l’Autorità di Vigilanza²⁷, il procedimento è da ritenersi “pendente” quando sia avvenuta l’annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri istituiti presso le segreterie delle Procure della Repubblica e presso la cancelleria dei tribunali, ai sensi dell’articolo 34 della legge n. 55/1990²⁸.

Orbene, il decreto sviluppo ha modificato il novero delle persone, che devono essere esenti da procedimenti per l’applicazione di una delle misure di prevenzione o di una delle cause ostative. Precisamente:

- 1) Per le società in nome collettivo, tutti i soci dovranno presentare le adeguate dichiarazioni.
- 2) Viene introdotto l’obbligo di dichiarazione per il socio unico (solo se persona fisica > legge di conversione), ovvero per il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Dunque, la nuova disposizione normativa risulta essere la seguente:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono

²⁴ Al riguardo, occorre osservare che, secondo un orientamento dottrinario (Bellagamba), la norma non potrebbe trovare applicazione, per i contratti sopra soglia, alle imprese appartenenti ad altri Stati membri dell’Unione Europea. Tuttavia, va rilevato che un “aggancio” indiretto alla normativa comunitaria potrebbe essere individuato nell’attenzione, manifestata dal Legislatore europeo per la lotta alle organizzazioni criminali, al punto, come si vedrà nell’esame della lettera “c”, di considerare l’appartenenza ad esse come motivo assoluto ed inderogabile di preclusione alla partecipazione alle pubbliche gare.

²⁵ Tuttavia, proprio a causa del fatto che le misure di prevenzione possono essere applicate a prescindere dalla commissione di un reato, sussistono notevoli dubbi e contrasti sulla loro legittimità nell’ambito di uno Stato di diritto; si ritiene infatti da più parti che tali misure, poiché comminate solo sulla base di indizi o sospetti di pericolosità, come la compagnia di pregiudicati, la mancanza di lavoro stabile ed il tenore di vita superiore alle proprie possibilità economiche, siano connotate da elementi di arbitrarietà e si risolvano, in ultima analisi, in pene del sospetto.

²⁶ Con il termine “nolo”, si identifica un contratto di noleggio tra due soggetti, pubblici o privati, avente ad oggetto l’utilizzo di un bene. Si distingue tra “nolo a freddo” e “nolo a caldo”. Il nolo a freddo consiste nel fornire un bene senza alcun operatore addetto all’uso; viceversa, si ha la figura del nolo a caldo.

²⁷ Determinazione n. 1/2010.

²⁸ Articolo 34, comma 1°: Presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali sono istituiti appositi registri, anche informatici, per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione. Nei registri viene curata l’immediata annotazione nominativa delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali da parte dei soggetti titolari del potere di proposta. Il questore territorialmente competente e il direttore della Direzione investigativa antimafia provvedono a dare immediata comunicazione alla procura della Repubblica competente per territorio della proposta di misura personale e patrimoniale da presentare al tribunale competente. Le modalità di tenuta, i tipi dei registri, le annotazioni che vi devono essere operate, sono fissati con decreto del Ministro della giustizia da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale.

stipulare i relativi contratti i soggetti: **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; ~~il socio~~ *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”.

Anche la **lettera “c”**, relativa alle **cause ostative penali**, è stata oggetto di modificazioni. Al riguardo, deve essere segnalato che la giurisprudenza più attenta fa rilevare che la disposizione normativa in esame fa riferimento a due distinte ipotesi di cause ostative, che non debbono essere confuse. Precisamente si evidenzia²⁹ che la lettera “c” fa riferimento a due categorie di reati, che occorre tener distinti non solo nella loro definizione e fonte di disciplina, ma, anche e soprattutto, per quel che concerne gli effetti relativi alla partecipazione alle pubbliche gare. Infatti, la condanna definitiva per i reati, definiti in sede comunitaria, costituisce causa automatica di esclusione. Per quanto concerne la definizione di tali peculiari reati, di derivazione comunitaria, occorre osservare che:

a) Il concetto di "*organizzazione criminale*" deve essere desunto dall'art. 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio Europeo, secondo cui trattasi di un'associazione strutturata da più di due persone, stabilità da tempo, che agisce in modo concertato, allo scopo di commettere reati punibili con pena, comportante la privazione della libertà non inferiore a 4 anni o pena più grave. Reati, che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità. Invero, sulla base di tali elementi, appare pacifica la riconducibilità alla previsione sia delle ipotesi di associazione a delinquere ([art. 416 c.p.](#)), che di quelle di associazione mafiosa ([art. 416-bis c.p.](#)).

b) La nozione di "*corruzione*" va riferita all'art. 3 dell'atto del Consiglio del [26 maggio 1997](#) ed all'art. [3, par. 1](#), dell'[Az.com. n. 98/742/GAI](#), che individuano la sola corruzione attiva nel settore pubblico. Ciò implica a restringere l'operatività dell'esclusione automatica alle sole ipotesi di corruzione propria, ossia per atti contrari ai doveri di ufficio e, soprattutto, alla sola corruzione attiva ([art. 321 c.p.](#)), ossia alla condotta commessa dal privato corruttore nei confronti del pubblico ufficiale. Sembra essere fuori dal raggio di azione della norma la concussione ([art. 317 c.p.](#)), laddove unico responsabile è il pubblico ufficiale che, abusando dei propri poteri, costringe o induce il privato a prestargli un'utilità.

c) La nozione di "*frode*" va, invece, riferita all'articolo 1 della convenzione relativa agli interessi finanziari delle Comunità Europee. L'ipotesi di reato comunitaria si riferisce alle sole illecite condotte, commesse in danno della Comunità, ed astrattamente riconducibili alla malversazione ([art. 316-bis c.p.](#)), all'indebita percezione di erogazioni pubbliche ([art. 316-ter c.p.](#)), alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ([art. 640-bis c.p.](#)) e di indebito conseguimento di contributi comunitari ([art. 2, L. n. 898 del 1986](#)).

²⁹ Tar Sicilia, sez. Catania IV[^], n. 395/2010.

d) La nozione di "riciclaggio" fa riferimento all'articolo 1, [Dir. 91/308/CEE](#), relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Trattasi di una previsione normativa, idonea a ricomprendere le condotte di riciclaggio in senso stretto (art. [648-bis](#) c.p.) e quelle di impiego di denaro o utilità di provenienza illecita (art. [648-ter](#) c.p.).

Viceversa, i provvedimenti giudiziari definitivi, relativi a reati gravi in danno dello Stato o della Comunità possono comportare l'esclusione solo se considerati e qualificati, a seguito di attento apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, come incidenti sulla moralità professionale. In buona sostanza, per questi reati la stazione appaltante deve compiere un "giudizio di incidenza", al fine di poter legittimamente disporre l'esclusione, che manca completamente in relazione ai reati definiti in sede Comunitaria. Stante siffatta diversità (di nozione, fonte di disciplina ed effetti), appare ben evidente che la dichiarazione relativa all'insussistenza di condanne per reati di un tipo non comprende in sé anche la dichiarazione di insussistenza di condanne per reati dell'altro tipo e, cioè, quelli definiti da fonti comunitarie. La giurisprudenza più recente conferma tale assunto, precisando che *“nelle dichiarazioni rese dagli interessati, di insussistenza a proprio carico di sentenze di condanna passate in giudicato, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, non può ritenersi compresa anche l'implicita dichiarazione di insussistenza di sentenze di condanna 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”*³⁰.

Il decreto sviluppo ha introdotto le seguenti modificazioni:

- 1) Per le società in nome collettivo, tutti i soci dovranno presentare le adeguate dichiarazioni (come già per la lettera “b”).
- 2) Viene introdotto l'obbligo di dichiarazione per il socio unico (solo se persona fisica > legge di conversione), ovvero per il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci (come già per la lettera “b”).
- 3) L'obbligo di dichiarare le condanne definitive per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, vige solo per i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando e non più nel triennio.
- 4) In caso di soggetti cessati dalla carica, l'impresa dovrà dimostrare non più solo la completa dissociazione, ma la completa ed *effettiva* dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.
- 5) L'espressa previsione che l'esclusione non può essere disposta per i reati che siano stati depenalizzati, dichiarati estinti oppure nei casi in cui sia intervenuta riabilitazione del condannato o revoca della condanna. Tale novità deve essere collegata al comma 2°, dell'articolo 38, ove si dispone che 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. Quindi, siffatte situazioni (condanne subite per reati depenalizzati, intervenuta riabilitazione, reati estinti, revoca della condanna) non debbono essere oggetto di dichiarazioni e le stazioni appaltanti non possono

³⁰ Tar Sicilia, sez. Catania IV[^], n. 1.325/2011.

introdurre ulteriori prescrizioni di esclusione, in conseguenza anche di quanto disposto dal novello comma 1°-bis, dell'articolo 46³¹.

Per quanto concerne i reati depenalizzati, la giurisprudenza ha più volte affermato che l'articolo 38, comma 1°, lettera "c" presuppone, agli effetti del giudizio negativo in ordine alla moralità professionale di competenza della stazione appaltante, l'attuale permanenza della riconduzione a reato della fattispecie che deve essere valutata. Pertanto, *"il venir meno dell'iscrizione a reato della condotta a suo tempo sanzionata (depenalizzazione) non vincola a dichiarare le condanne riportate all'epoca della vigenza della norma penale applicata dal giudice, posto che le stesse non possono più formare oggetto della predetta valutazione in ordine alla moralità professionale dell'imprenditore"*³².

Per quanto riguarda i reati estinti, la giurisprudenza ha dato luogo a due distinti indirizzi. Secondo un primo orientamento, le sentenze "patteggiate ed estinte" vanno, comunque, dichiarate in sede di gara: *"E' legittima l'esclusione dalla gara di un'impresa, il cui legale rappresentante abbia riportato una sentenza di patteggiamento per reato incidente sulla moralità professionale, a nulla rilevando il lungo tempo trascorso dalla commissione del fatto e dalla pronuncia, nè l'intervenuta estinzione del reato, nè, infine, l'essere il fatto medesimo relativo ad altra società"* (Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 3.380/2003). In buona sostanza, ad avviso di tale indirizzo, come confermato pure da successive pronunce (Tar Milano, sez. III[^], n. 2.360/2004), una volta verificatosi il presupposto dell'accertamento irrevocabile della condotta sanzionata, gli effetti ulteriori, che si connettono alla peculiarità del procedimento penale patteggiato, non si ripercuotono automaticamente sulla causa di esclusione dalle gare e, più in generale, sul connesso procedimento amministrativo. Secondo altro orientamento, leggermente prevalente, l'obbligo dichiarativo viene meno, non appena il giudice dell'esecuzione penale abbia pronunciato l'estinzione: *"Laddove la pronuncia dichiarativa di estinzione del reato è intervenuta, non residua più alcun potere discrezionale alla stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 38, comma 1°, lettera c, del Codice, vista la chiara ed inequivoca lettera della legge, che impone di tener conto, comunque, di quanto previsto dall'articolo 178 c.p. e dall'articolo 445, comma 2° c.p.p. e della conseguente estinzione di ogni effetto penale della condanna, tra cui deve rientrare anche quello, tendente all'esclusione delle pubbliche gare"* (Tar Piemonte, n. 2.075/2008; in tal senso, anche CdS, sez. V[^], n. 4.897/2008)³³.

Dunque, la nuova disposizione normativa risulta essere la seguente:

"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **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

³¹ Introdotta, appunto, dal decreto sviluppo.

³² Tar Lazio, sez. III[^], 26 marzo 2010, n. 4.777; in tal senso, anche: Tar Veneto, sez. I[^], n. 1.491/2009.

³³ Anche l'Autorità di vigilanza sembra propendere per tale secondo orientamento, laddove afferma che la discrezionalità valutativa della stazione appaltante *"è, tuttavia, limitata dalla previsione della norma, secondo cui è fatta salva, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 178 del codice penale e 445 del codice di procedura penale, riguardanti rispettivamente la riabilitazione e l'estinzione del reato, per decorso del tempo, nel caso di applicazione della pena patteggiata"* (Determinazione n. 13/2003).

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; ~~del socio 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. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio *cessati dalla carica nell'anno* antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione *che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione* della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale *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*".

Il decreto sviluppo, in merito alla lettera "c", non sembra aver affrontato la vecchia ed attuale polemica in merito all'eshaustività della dichiarazione dell'operatore economico³⁴. Polemica, che può essere riassunta con la seguente domanda: l'imprenditore deve dichiarare tutte le condanne subite o solo quelle che lui ritiene non rilevanti ai fini della moralità professionale?

Come già detto, il decreto sviluppo ha stabilito solo che non vanno dichiarate le seguenti situazioni: - condanne subite per reati depenalizzati; - intervenuta riabilitazione; - reati estinti; - revoca della condanna. Per le altre situazioni?

La prevalente giurisprudenza conferma la stringente necessità di dichiarare tutte le sentenze di condanna subite (cd. **obbligo di dichiarazione dei reati**) evidenziando che *la formula adoperata dall'articolo 75 del Dpr 554/99 è piuttosto generica, al fine di consentire all'Amministrazione un'ampia valutazione discrezionale del caso concreto per stabilire la rilevanza o meno di una data condanna penale, ancorché estranea alla qualità di imprenditore*³⁵.

³⁴ E' opportuno ricordare che la stazione appaltante è obbligata a valutare i reati commessi: *"Per pacifico orientamento giurisprudenziale, in materia di esclusioni dalle gare di appalto è necessaria una concreta valutazione in punto di gravità dei reati, non integrando viceversa una sufficiente motivazione del provvedimento di esclusione il mero riferimento all'astratta incidenza che detti reati possono avere sulla moralità del professionista; in tale ottica, cioè, quando si deve valutare l'affidabilità o la moralità professionale di un soggetto non può prescindere anche dalla considerazione della sua professionalità, per come nel tempo si è manifestata, di talché i margini di insindacabilità attribuiti all'esercizio del potere discrezionale di valutare una condanna penale non consentono al pubblico committente di prescindere dal dare contezza di avere effettuato la suddetta disamina e dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base dell'eventuale definitiva determinazione espulsiva. La riportata opinione può essere estesa alla diversa e speculare ipotesi dell'ammissione alla gara di un concorrente che abbia al contrario dichiarato la sussistenza di condanne penali. In questo caso, si radica, infatti, l'interesse degli altri concorrenti (in particolare, del secondo classificato) a conoscere le ragioni della disposta ammissione, sicché l'Amministrazione appaltante è tenuta, in ossequio al generale obbligo di motivazione, quanto meno a dar conto dell'avvenuta presa in considerazione dei precedenti penali dichiarati dal concorrente, appunto, al fine di escluderne se del caso la rilevanza (Tar Lazio, sez. Roma III[^], n. 11.084/2009).*

³⁵ CdS, sez. V[^], n. 5523/2002; in tal senso, pure: Tar Liguria, sez. II[^], n. 454/2003; Tar Emilia-Romagna, sez. I[^], n. 231/2003; CdS, sez. V[^], n. 3.183/2002; CdS, sez. V[^], n. 3.466/2004.

Al riguardo, occorre tener conto di diversi profili di argomentazione.

In primo luogo, occorre considerare il II° comma dell'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione normativa, dopo aver previsto che il rappresentante dell'impresa attesta il possesso dei requisiti, mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi del Dpr n. 445/2000, prevede anche, sempre a carico del rappresentante, un preciso obbligo: *“indicare anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”*. Si tratta di un inciso della massima importanza. Infatti, la norma, imponendo l'obbligo di indicare anche le condanne, in riferimento alle quali si è avuto il beneficio della non menzione, ha voluto imporre una chiara prescrizione: il rappresentante dell'impresa deve “dichiarare tutto”, cioè deve indicare tutte le condanne subite, senza fare alcuna distinzione e, tanto meno, ritenere di essere titolare di un potere di scelta, cioè selezionare in base ad una propria valutazione ciò che si ritiene “incidente”. Certo, la norma ora indicata non era in vigore all'epoca dei fatti. Tuttavia, è fuor di dubbio che la medesima esprime un principio (obbligo di completa ed esaustiva dichiarazione), che non solo esplica una valenza generale, ma che risulta ricettivo di un risalente e solido orientamento, ora, immotivatamente, messo in discussione.

In secondo luogo, va rilevato che l'eventuale attribuzione del potere valutativo all'impresa concorrente comporta una sostituzione, se non definitiva, ma almeno provvisoria, dell'impresa medesima alla stazione appaltante. Tale sostituzione, a ben vedere, costituisce un pericoloso *vulnus* alla struttura della gara. In sede di confronto concorrenziale, l'impresa deve comportarsi lealmente, ispirando la sua condotta e le sue dichiarazioni a canoni di collaborazione. Se si attribuisce il potere valutativo anche all'impresa, quello della stazione appaltante viene ad essere del tutto sminuito. Non solo! L'indebita attribuzione all'impresa comporta il conferimento alla medesima di un potere, che sconfinava nell'arbitrarietà. Infatti, l'imprenditore, a differenza della stazione appaltante, non sarebbe obbligato ad indicare i motivi, in base ai quali ritiene che la condanna subita non sia influente. Ciò condurrebbe ad un'aberrante situazione di ingiustificata disparità. L'imprenditore, immotivatamente, può decidere di non indicare talune condanne; la stazione appaltante, viceversa, deve sempre motivare, in omaggio anche all'articolo 3 della legge n. 241/1990, le sue valutazioni-decisioni di incidenza!

Infine, occorre tener conto anche di problemi pratici. Infatti, se il rappresentante dell'impresa non dichiara la condanna subita, in quanto ritiene che la medesima non abbia incidenza, può accadere che la stazione appaltante non ne venga a conoscenza. Infatti, se l'impresa “reticente” non risulta aggiudicataria provvisoria, potrebbe non subire un controllo, in quanto i “requisiti penali” sono al di fuori dell'alveo applicativo dell'articolo 48 del Codice, che riguarda i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari. Ciò potrebbe avere una decisiva influenza, ai fini del calcolo dell'offerta anomala, in quanto se la condanna fosse stata indicata, non è da escludere un'esclusione dell'impresa medesima. Ad ogni modo, pur se l'impresa “reticente” viene controllata, anche in questo caso vi sono gravi effetti pratici. La stazione appaltante, tranne i casi di esclusione automatica o di palese non incidenza, dovrebbe aprire un procedimento valutativo, che avrebbe potuto avviare prima, con guadagno di tempi.

Dal discorso sinora complessivamente condotto, emerge, con chiarezza, la sussistenza di un obbligo di informazione, corretta e completa, a carico del soggetto partecipante alla gara. Informazione corretta, nel senso che costituisce logica esplicazione di un generale dovere di correttezza; informazione completa, nel senso che deve comunicare, in modo assolutamente esaustivo, tutti gli elementi del contratto in formazione, fra cui vanno ricompresi i “requisiti penali”. Recentemente, il Tar Lazio, sez. III[^], nella sentenza n. 1.541/2009, ha statuito che *“l'omessa dichiarazione, da parte*

di una impresa concorrente in una gara per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici, dell'esistenza di condanne a carico di amministratori, per reati che incidono sulla moralità professionale, si manifesta già come dichiarazione non veritiera, cui consegue necessariamente l'esclusione dalla gara"³⁶.

Invero, secondo un indirizzo minoritario, l'operatore economico può scegliere quali reati dichiarare: "Ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, il potere di stabilire quali reati siano da indicare nella dichiarazione attestante il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara, in quanto possano incidere, per la loro gravità, sulla sua moralità professionale spetta al dichiarante con la conseguenza che, essendo tale valutazione rimessa alla stazione appaltante solo in sede di eventuale controllo, il concorrente può legittimamente non fare menzione dei precedenti penali non risultanti dal certificato del casellario giudiziale e da lui ritenuti non idonei a compromettere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sua moralità professionale; pertanto va escluso che possa qualificarsi come "falsa" dichiarazione quella contenente una valutazione soggettiva del concorrente stesso, che potrebbe semmai non essere condivisa, ma non certo determinarne l'esclusione dalla gara" (Tar Lombardia, sez. Milano I[^], 27 dicembre 2010, n. 7.715).

Tuttavia, l'orientamento dominante riceve sempre conferme: *Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale il Consiglio di Stato ritiene di non discostarsi, le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ad una gara ad evidenza pubblica ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente medesimo. Questi è pertanto obbligato a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare alcuna elezione delle condanne eventualmente riportate ed omettendo pertanto la dichiarazione di alcune di esse sulla base meri criteri personali* (CdS, sez. V[^], n. 4.520/2010). Ancor più recentemente: "Le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ad una gara ad evidenza pubblica ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente medesimo che, pertanto, è obbligato a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare alcuna selezione delle medesime sulla base di meri criteri personali" (Tar Campania, sez. Napoli VIII[^], 22 agosto 2011, n. 4.238).

Anche la **lettera "d"**, relativa alla **violazione del divieto di intestazione fiduciaria**, è stata oggetto di modificazioni.

Occorre osservare che questa particolare causa di esclusione si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero soggetto, che ha partecipato alla gara. Inoltre, entra in gioco anche il principio di divieto di cessione del contratto, a pena di nullità, previsto dagli articoli 17, comma 3° e 18 della richiamata legge. Va ricordato che, in materia, occorre tener conto del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, disciplinante il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche, che stabilisce quanto segue:

³⁶ Infine, va rilevato che l'Autorità di Vigilanza ha espresso la sua adesione, affermando che " il Legislatore, al fine della prova del requisito dell'assenza di reati incidenti sulla idoneità morale e professionale, pone, in capo ai concorrenti, l'onere di produrre una autodichiarazione relativa in modo specifico all'assenza delle condanne penali con beneficio della non menzione, al fine di consentire all'amministrazione di valutare integralmente la condotta passata dei rappresentanti legali delle ditte concorrenti, indipendentemente dal contenuto del Casellario Giudiziale" (Parere, n. 234/2008).

- Le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative per azioni o a responsabilità limitata, le società consortili per azioni o a responsabilità limitata aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, devono comunicare all'amministrazione committente o concedente prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni «con diritto di voto» sulla base delle risultanze del libro dei soci, delle comunicazioni ricevute e di qualsiasi altro dato a propria disposizione, nonché l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto.
- Qualora il soggetto aggiudicatario, concessionario o subappaltatore sia un consorzio, esso è tenuto a comunicare i dati di cui al comma 1, riferiti alle singole società consorziate che comunque partecipino alla progettazione ed all'esecuzione dell'opera.
- Fermi restando gli obblighi previsti dalle norme vigenti, l'amministrazione committente o concedente è tenuta a conservare per cinque anni dal collaudo dell'opera i dati ora riportati, tenendoli a disposizione dell'autorità giudiziaria o degli organi, cui la legge attribuisce poteri di accesso, di accertamento o di verifica per la prevenzione e la lotta contro la delinquenza mafiosa.
- Ferma restando l'applicazione della disposizione di cui al comma 16 dell'art. 10-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, aggiunto dall'art. 7 della legge 19 marzo 1990, n. 55, le amministrazioni committenti o concedenti chiedono, in corso d'opera, alle società di cui al punto 1, se siano intervenute variazioni nella composizione societaria di entità superiore al 2% rispetto a quanto comunicato. I risultati della verifica sono comunicati al Ministero dei lavori pubblici.

Orbene, il decreto sviluppo ha stabilito che la violazione del divieto di intestazione fiduciaria determina l'esclusione per la *sola durata di un anno*, decorrente dall'accertamento definitivo della violazione.

La nuova disposizione risulta essere la seguente:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: 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 è stata rimossa*”.

La **lettera “e”**, in tema di **violazioni in materia di sicurezza**, è stato modificato.

Questa particolare causa di esclusione trova il suo fondamento nell'esigenza, oggi fortemente avvertita in ambito comunitario, di garantire un'effettiva parità di trattamento fra gli operatori economici, al fine di salvaguardare il mercato comunitario, a fronte di nuovi assetti caratterizzati dall'espansione delle imprese, provenienti dai paesi di “nuova industrializzazione”. Dunque, la concorrenza fra gli operatori economici comunitari e quelli provenienti da tali aree (India, Repubblica Popolare Cinese, etc.), per essere reale, deve fondarsi sulla base di regole, che non

possono prescindere dall'osservanza della normativa comunitaria in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro. Va rilevato che l'Autorità di Vigilanza³⁷ ha segnalato che le infrazioni, per assumere rilevanza ai fini dell'esclusione, devono essere gravi e debitamente accertate, cioè accertate in modo definitivo. Ovviamente, la valutazione di "gravità" è rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, oggetto di una congrua motivazione. La definitività dell'accertamento può discendere, a seconda dei casi, da una sentenza passata in giudicato (laddove, ovviamente, la violazione configuri un reato), ovvero da un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile (nel caso in cui la violazione concreti solo un illecito amministrativo).

Il decreto sviluppo è intervenuto, apportando le seguenti modificazioni:

- 1) Le "gravi infrazioni" diventano "*violazioni gravi*".
- 2) Le infrazioni "debitamente" accertate diventano "*definitivamente*" accertate.
- 3) Scompare il riferimento all'Osservatorio ed al suo ruolo di possessore di dati.

Tali novità devono essere collegate al comma 2°, dell'articolo 38, ove si dispone che si intendono gravi le violazioni individuate ai sensi dell'articolo 14, comma 1³⁸, 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°-bis³⁹, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

La legge di conversione ha eliminato tutte le introdotte innovazioni.

La disposizione risulta essere, dunque, la seguente:

"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **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**".

³⁷ Determinazione n. 1/2010.

³⁸ Violazioni che espongono a rischi di carattere generale; - Mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi; - Mancata elaborazione del Piano di Emergenza ed evacuazione; - Mancata formazione ed addestramento; - Mancata costituzione del servizio di prevenzione e protezione e nomina del relativo responsabile; - Mancata elaborazione piano operativo di sicurezza (POS).

Violazioni che espongono al rischio di caduta dall'alto: - Mancata fornitura del dispositivo di protezione individuale contro le cadute dall'alto; - Mancanza di protezioni verso il vuoto.

Violazioni che espongono al rischio di seppellimento: - Mancata applicazione delle armature di sostegno, fatte salve le prescrizioni desumibili dalla relazione tecnica di consistenza del terreno.

Violazioni che espongono al rischio di elettrocuzione: - Lavori in prossimità di linee elettriche in assenza di disposizioni organizzative e procedurali idonee a proteggere i lavoratori dai conseguenti rischi; - Presenza di conduttori nudi in tensione in assenza di disposizioni organizzative e procedurali idonee a proteggere i lavoratori dai conseguenti rischi; - Mancanza protezione contro i contatti diretti ed indiretti (impianto di terra, interruttore magnetotermico, interruttore differenziale).

Violazioni che espongono al rischio d'amianto: - Mancata notifica all'organo di vigilanza prima dell'inizio dei lavori che possono comportare il rischio di esposizione ad amianto.

³⁹ Art. 27 – comma 1°-bis: "Con riferimento all'edilizia, il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi si realizza almeno attraverso la adozione e diffusione, nei termini e alle condizioni individuati dal decreto del Presidente della Repubblica di cui all' articolo 6, comma 8, lettera g) di uno strumento che consenta la continua verifica della idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi, in assenza di violazioni alle disposizioni di legge e con riferimento ai requisiti previsti, tra cui la formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro e i provvedimenti impartiti dagli organi di vigilanza. Tale strumento opera per mezzo della 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. L'azzeramento del punteggio per la ripetizione di violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro determina l'impossibilità per l'impresa o per il lavoratore autonomo di svolgere attività nel settore edile".

Modifiche alla lettera “g”, in tema di violazioni fiscali.

La lettera “g” dell’articolo 38 ricomprende in una previsione unitaria le disposizioni, già sostanzialmente omogenee per tutti i settori dei pubblici contratti, in ordine all’esclusione del concorrente, che non risulti in regola col pagamento delle imposte e tasse. Il riferimento deve essere inteso come pacificamente tecnico e generalmente comprensivo della totalità delle obbligazioni di natura fiscale e tributaria. La necessità che si tratti di violazioni “definitivamente accertate” individua l’esigenza di un accertamento non più soggetto a contestazione. Tale accertamento potrà consistere in un provvedimento giudiziario definitivo (sentenza passata in giudicato), oppure in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile.

Al riguardo, occorre segnalare la seguente pronuncia comunitaria: *“È conforme all’art. 29 comma 1 lett. e) e f) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi), la normativa o prassi amministrativa nazionali, secondo cui un prestatore di servizi - il quale, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione a una gara, non abbia adempiuto ai suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e tributari - può regolarizzare la sua situazione a posteriori (in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale) a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine”*⁴⁰. La sentenza è meritevole di considerazione essenzialmente perché precisa un profilo, non definito nella precedente giurisprudenza comunitaria, della direttiva n. 92/50/CEE, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi, in riferimento al modo d’essere dell’ordinamento italiano. In sintesi, la Corte, pur riconoscendo che l’articolo 29, comma 1, lett. e e f, offre la possibilità agli Stati membri di escludere il partecipante alla gara, che non abbia adempiuto ai suoi obblighi relativi al pagamento di contributi previdenziali e tributari (punto 24), stabilisce che spetta a tali Stati definire la nozione di «non aver adempiuto i suoi obblighi» (punto 25). Secondo la Corte, anche la determinazione del momento entro il quale occorre avere effettuato i pagamenti, per poter accedere ad una gara, è compito dell’ordinamento nazionale (punti 30, 31). Qualora il partecipante sia considerato in regola con tale obbligo, in forza di una normativa o prassi nazionale, che permetta la regolarizzazione *a posteriori* di obblighi previdenziali o tributari, tale normativa o prassi non è in principio incompatibile con gli obblighi derivanti dall’articolo 29, comma 1, lett. e e f, della direttiva (punti 34-36)⁴¹.

Va ricordato che l’Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 41/E del 3 agosto 2010, ha fornito le seguenti precisazioni:

⁴⁰ Corte di Giustizia Europea, sez. I^a, 9 febbraio 2006.

⁴¹ Sulla disciplina comunitaria relativa ai mezzi di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, nonché per un quadro generale dei meccanismi di attuazione nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria, cfr. BARONE, *Gli appalti pubblici*, in *Il diritto privato dell’Unione europea* a cura di TIZZANO, I, Torino 2000, 567 ss.; e, per un inquadramento più generale della materia nell’ambito della libera prestazione di servizi, cfr. MASTROIANNI, *La libera prestazione di servizi*, in *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale* a cura di STROZZI, 2^a ed., Torino 2005, 221 ss.

- a) Conferma della possibilità delle imprese di autodichiarare il possesso del requisito, ai sensi del Dpr n. 445/2000.
- b) Le stazioni appaltanti, in qualità di destinatari delle autodichiarazioni, possono richiedere all’Agenzia delle Entrate conferma scritta del possesso del requisito (“*corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi*”).
- c) Qualunque violazione, relativa agli obblighi di pagamento di imposte e tasse amministrative dall’Agenzia delle Entrate, concreta l’ipotesi di irregolarità fiscale, rilevante ai fini del possesso del titolo.
- d) L’irregolarità fiscale deve considerarsi venuta meno e, dunque, non rappresentare causa ostativa alla partecipazione alle gare, nel caso in cui, alla data di richiesta della certificazione, il contribuente abbia integralmente soddisfatto la pretesa dell’amministrazione finanziaria, anche mediante definizione agevolata.
- e) La definitività dell’accertamento consegue all’inutile decorso del termine per l’impugnazione, ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, al passaggio in giudicato della sentenza (CdS, sez. V[^], n. 2213/2010).
- f) Nella precedente circolare n. 34/E del 25 maggio 2007, era previsto che gli uffici dell’Agenzia dovessero indicare nella certificazione anche le eventuali violazioni non definitivamente accertate, al fine di consentire all’amministrazione richiedente di disporre di ogni elemento utile a valutare la sussistenza del requisito della regolarità fiscale. Tuttavia, tale chiarimento ha sollevato dubbi, in quanto la disposizione normativa del Codice (art. 38, comma 1°, lettera “g”) richiede la definitività dell’accertamento, ai fini della legittima esclusione. Pertanto, al fine di non determinare equivoci e per garantire parità di trattamento con imprese aventi sede all’estero (ove, non è prevista l’informazione anche relativamente alle violazioni non definitivamente accertate), gli uffici devono indicare solo le violazioni definitivamente accertate.

In una recente pronuncia (Tar Puglia, sez. Lecce III[^], 20 maggio 2011, n. 883), è stato affermato che: *“Alla luce della nuova normativa, introdotta dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), emerge che la violazione fiscale provoca l’esclusione dalla gara allorquando sia definitivamente accertata, vale a dire sia divenuta incontestabile per decisione giurisdizionale o per intervenuta inoppugnabilità. Solo allora, infatti, l’inadempimento tributario è indicativo del mancato rispetto degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.*

Il decreto sviluppo ha introdotto le seguenti modificazioni:

- 1) Le violazioni in materia fiscale, ai fini dell’esclusione, devono essere *gravi*.
- 2) Il 2° comma del novellato articolo 38 stabilisce che 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. Attualmente, l’importo è pari ad € 10.000,00.

Nella recente sentenza del Tar Sardegna, sez. I[^], n. 519 del 26 maggio 2011, è stato già richiamato ed applicato il decreto sviluppo in tema di violazioni fiscali. Precisamente, il tribunale amministrativo ha evidenziato che la ratio della disposizione in esame è chiara e risponde all’esigenza di garantire l’amministrazione relativamente alla solvibilità e solidità finanziaria del soggetto con il quale contrarre e che tale norma è direttamente attuativa dell’articolo 45 della

direttiva 2004/18, la quale è palesemente diretta ad appurare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della Pubblica amministrazione. Secondo il Tar, dalla lettura delle due disposizioni normative (europea e nazionale) e della giurisprudenza correlata, si desume il principio che il giudizio, in ordine rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte, debba strutturarsi con un concreto accertamento della globale regolarità, sul piano tributario, dell'impresa partecipante alla gara e non, piuttosto, sul mero riscontro della sussistenza di singole e isolate omissioni. Per sostenere la bontà di tale assunto, il Tar segnala che: *“significativo, in materia, è l'orientamento del legislatore “correttivo” (de jure condendo), che recepisce proprio l'esigenza e l'orientamento di <restringere> le ipotesi di esclusione per la lettera “g” alle sole ipotesi “gravi” (cfr. art. 4, punto 1.5 del D.L. n. 70 del 13 maggio 2011 “Semestre Europeo, prime disposizioni urgenti per l'economia). In definitiva anche la valutazione dei requisiti di cui all'art. 38, lett. “g” (anteriamente alla modifica, poi intervenuta) deve essere comunque svolta alla stregua del canone della “ragionevolezza”, tenendo presenti le finalità a cui la norma è preordinata. Laddove si riscontrino delle situazioni di non grave consistenza, ovvero delle situazioni da cui emerga l'intento non elusivo delle regole (in tal senso deve essere interpretata la volontà di effettuare il pagamento dei tributi a fronte della concessa rateizzazione), spetta alla stazione appaltante un giudizio sulla meritevolezza del soggetto aspirante contraente. Ed il giudizio non può essere limitato al mero riscontro della sussistenza di pendenze tributarie contenute nei certificati”*.

In merito a tale recentissima modificazione, occorre ricordare che, anche prima, si assisteva ad un dibattito, avente ad oggetto proprio la necessità che la stazione appaltante ponga in essere un'indagine volta ad accertare e valutare l'entità della violazione fiscale. Infatti, accanto ad una giurisprudenza maggioritaria, che sosteneva, a fronte del tenore letterale della norma, l'insussistenza di tale potere (*Il legislatore ha imposto, all'art. 38 lett. g) del d.lgs. n. 163/2006, quale requisito di partecipazione alle pubbliche gare d'appalto, l'assenza di qualsivoglia pendenza fiscale; tanto a prescindere dall'entità del debito e da ogni valutazione di gravità dell'inadempienza, ciò a differenza del parallelo requisito dell'assenza di pregiudizi penali per i quali la legge utilizza il termine gravi reati*) (Tar Piemonte, sez. I[^], n. 3.129/2010; CdS, sez. V[^], n. 6.325/2009), si era sviluppato un diverso indirizzo. Precisamente, si affermava che *“La presenza di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana, non integra una fattispecie di esclusione automatica dell'impresa concorrente che le ha commesse, a prescindere dalla loro valutazione in concreto”* (Tar Lombardia, sez. Brescia II[^], n. 2305/2010). Ancor più recentemente: *“Nella formulazione vigente ratione temporis (antecedente alla novella apportata al codice degli appalti dall'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 che ha introdotto il requisito della “gravità” delle violazioni definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse), deve applicarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non rileva l'eventuale modestia del debito erariale, ritenendosi preclusa alla stazione appaltante ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità della violazione”* (Tar Campania, sez. Napoli VIII[^], 22 agosto 2011, n. 4.238).

Il contrasto, quindi, è stato risolto nel segno dell'attribuzione alla stazione appaltante di un potere valutativo, attraverso l'aggiunta “gravi”, eliminando ogni ipotesi di esclusione automatica.

La nuova disposizione risulta essere la seguente:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **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.

Modificazioni sono intervenute anche per la **lettera “h”**, in tema di **false dichiarazioni**, come risultanti dai dati del Casellario Informatico.

Per quanto concerne la concreta attività di iscrizione dei dati nel Casellario, la giurisprudenza recente evidenzia la necessità di un previo contraddittorio con l’impresa interessata: *“Nell’ipotesi di esclusione di un’impresa, in sede di pubblica gara, per via di dichiarazioni mendaci, è da ritenersi illegittima l’iscrizione nel Casellario Informatico presso l’Osservatorio dei contratti pubblici, qualora l’Autorità di Vigilanza non abbia instaurato il contraddittorio con l’impresa omettendo, peraltro, di procedere alla valutazione del mendacio sotto il profilo soggettivo”*⁴². Proprio in conseguenza di tale giurisprudenza, l’Autorità di Vigilanza ha, recentemente, approvato un regolamento, disciplinante, appunto, le concrete modalità di esercizio del potere sanzionatorio, prevedendo un puntuale procedimento, con ovvio contraddittorio con l’impresa interessata⁴³.

La giurisprudenza più attenta ha evidenziato che il casellario assolve ad una funzione pubblicitaria, consentendo alle stazioni appaltanti di acquisire notizie sulle imprese operanti nel mercato dei contratti pubblici e, in particolare, di effettuare, relativamente alle medesime imprese, le verifiche prescritte dalla legge. Si tratta di una funzione qualificata, nel senso che per ragioni di certezza ed uniformità le stazioni appaltanti debbono innanzitutto trarre le notizie rilevanti ai fini delle prescritte verifiche dal casellario informatico e non da altre fonti⁴⁴. Prima del decreto sviluppo, la disposizione normativa faceva riferimento all’”anno antecedente”, quale intervallo temporale di riferimento. Secondo l’Autorità di Vigilanza⁴⁵, il termine annuale di vigenza della causa ostativa decorre dalla data di iscrizione nel casellario informatico dell’informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere, rese dall’impresa. La giurisprudenza aveva, poi, precisato che *il momento da cui decorre, per le Stazioni Appaltanti, l’obbligo (e non solo la facoltà) di escludere dalle gare chi le ha rese, non è quello dell’annotazione nel Casellario Informatico, bensì quello della sentenza che accerta in modo definitivo la sussistenza della causa di esclusione, di cui all’art. 38, lett. h). La giurisprudenza, sul punto, è scarna e non univoca, dato che accanto a sentenze che affermano la doverosità dell’esclusione in virtù - e dal momento - della mera annotazione (e sono, va sottolineato, la maggioranza) ve ne sono altre che fanno decorrere l’obbligo di esclusione ed il periodo interdittivo dalla data della sentenza definitiva, ovvero da quella dell’eventuale reiezione della istanza di sospensiva. L’applicazione pedissequa della norma, anche a questa diversa fattispecie, finirebbe, ad avviso del Collegio, per violare la regola che impone di mantenere la res litigiosa integra per tutta la durata del giudizio, regola fortemente sentita anche a livello comunitario. Una normativa nazionale, che ignorasse totalmente gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di*

⁴² Tar Lazio, sez. III[^], n. 8455/2009.

⁴³ Deliberazione 2 marzo 2010.

⁴⁴ Tar Campania, sez. Napoli I[^], n. 16.863/2010.

⁴⁵ Determinazione n. 1/2010.

aggiudicazione di appalto, rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati (Tar Friuli Venezia-Giulia, 25 marzo 2010, n. 198).

Il decreto sviluppo introduce le seguenti modificazioni:

- 1) E' stato eliminata la limitazione all'anno temporale di riferimento, ai fini dell'esclusione.
- 2) La formulazione precedente si riferiva solo alle false dichiarazioni. Ora, vengono comprese anche le "false documentazioni".
- 3) Il comma 1°-ter dell'articolo 38 dispone che, 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, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

La nuova disposizione risulta essere la seguente:

*“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **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”.*

Il comma 1-ter stabilisce che, 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. L'Autorità, 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 *«per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia»*.

Importante: mentre la stazione appaltante esclude il concorrente, che abbia presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione nella specifica gara, senza considerare l'elemento soggettivo e segnala la falsa dichiarazione all'Autorità, quest'ultima è, invece, tenuta a considerare l'imputabilità del fatto all'impresa in considerazione della rilevanza o della gravità.

A.V.C.P.: *“Il fatto che il legislatore abbia demandato l'indagine sull'elemento psicologico all'Autorità si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con accertamenti gravosi in ordine all'elemento psicologico del soggetto che abbia dichiarato il falso in ordine a circostanze rilevanti ai fini di gara, nonché di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione (cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, sentenza 6 giugno 2011 n. 3361). La norma conferma, così, in modo chiaro che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche con riferimento alla mancata comprova dei requisiti generali e non solo con riferimento a quelli speciali ex articolo 48 (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2580 del 2 maggio 2011). Oltre alla falsa dichiarazione, la norma fa inoltre espresso riferimento anche alla presentazione di falsa documentazione”.*

La lettera “I”, in materia di **irregolarità contributive**, è rimasta immutata. Tuttavia, la disposizione normativa deve essere letta in correlazione al novellato comma 2°, dell'articolo 38, che stabilisce quanto segue: “si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva; 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.

In altri termini, il decreto sviluppo ha:

- 1) Lasciato inalterata l'originaria previsione della causa di esclusione;
- 2) Ha introdotto una figura tipica di gravità: le violazioni ostative al rilascio del DURC. L'articolo 9 del Decreto Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 24.10.2007 stabilisce che la violazione, da parte del datore di lavoro o del dirigente responsabile, delle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro indicate nell'allegato A del medesimo Decreto, accertata con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi, è causa ostativa al rilascio del DURC per i periodi indicati, con riferimento a ciascuna violazione prevista dallo stesso allegato.
- 3) Introdotto, per gli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia, l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di regolarità contributiva.

Per quanto concerne il ribadito requisito della “gravità” della violazione, occorre ricordare che il decreto del Ministro del lavoro 24 ottobre 2007, disciplinante il D.U.R.C., fissa una soglia di “gravità”, rilevante anche ai fini dell'esclusione. Precisamente, non va qualificato come “grave” e, quindi, non impedisce il rilascio del D.U.R.C. uno scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad € 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C. (art. 8).

La giurisprudenza minoritaria afferma che la stazione appaltante non ha un autonomo potere di apprezzamento del DURC: “*Attesa la natura giuridica del DURC e la portata di quanto con lo stesso dichiarato ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. f), Codice degli appalti, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati e alle circostanze in esso contenute, e perde di giuridica consistenza la pretesa ad una doverosa istruttoria, che la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare, anche al fine di accertare la sussistenza di eventuali poste in attivo nei confronti degli enti previdenziali*” (Tar Lazio, sez. Roma III[^], n. 12.411/2009)⁴⁶.

Tuttavia, la prevalente giurisprudenza sostiene che la stazione appaltante deve procedere ad una valutazione in merito alla “gravità” della violazione:

- “*In materia di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti dei soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti, l'art. 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lg 12 aprile 2006 n. 163 deve essere interpretato nel senso che il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC, se impone alla stazione appaltante di basarsi sulle certificazioni risultanti da detto documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, non esclude il suo obbligo di valutare se*

⁴⁶ In tal senso: CdS, sez. V[^], n. 5.936/2010.

le irregolarità riscontrate devono considerarsi come gravi o non gravi agli effetti dell'ammissione alla gara” (CdS, sez. V[^], n. 83/2011).

- *“In materia di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti dei soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti", l'art. 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) deve essere interpretato nel senso che il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC (documento unico regolarità contributiva) impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, e debba altresì valutare, innanzi tutto, se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni, ed in secondo luogo se la violazione riportata nel DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no grave” (CdS, sez. IV, n. 6.907/2010).*
- *“Se l'accertamento del requisito dell'art. 38, comma 1, lett. i) Codice contratti fosse da rimettere agli Istituti previdenziali attraverso il rilascio del DURC secondo i parametri del d.m. del 2007, si creerebbe anche una disparità di trattamento tra le imprese con sede in Italia e quelle degli altri Stati membri, non necessariamente dotate di documento equivalente al DURC, e non si spiegherebbe conseguentemente il preciso richiamo che l'art. 38, comma 1, lett. i), contiene - in coerenza con la discrezionalità della valutazione - alla legislazione italiana o dello Stato in cui eventualmente i partecipanti sono stabiliti” (Tar Calabria, sez. Reggio Calabria I[^], n. 296/2010).*

Al riguardo, occorre prendere atto di una importante pronuncia del Tar Calabria (sez. Reggio Calabria, 23 marzo 2010, n. 291), che ha avanzato rilevanti statuizioni in materia, che possono essere così riassunte:

- La valutazione circa l'esistenza di violazioni in materia contributiva e previdenziale costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del documento unico di regolarità contributiva si pongono come elementi indiziari, da cui non si può prescindere, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave e definitivamente accertata⁴⁷.
- Il rapporto, che sussiste tra documento unico di regolarità contributiva e valutazione finale, circa il possesso del requisito generale di partecipazione in questione è, dunque, nel senso che la stazione appaltante è comunque vincolata alle risultanze del d.u.r.c., in ragione della sua natura di dichiarazione di scienza⁴⁸, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso⁴⁹.

⁴⁷ In tal senso, pure: Cons. St., III, 29 settembre 2009 n. 2345/09; VI, 4 agosto 2009 n. 4907; V, 23 marzo 2009 n. 1755; Tar Napoli, I, 11 gennaio 2010 n. 51; Tar Bari, I, 16 luglio 2008 n. 1755.

⁴⁸ *Proprio come dichiarazione di scienza, resa però con riguardo al periodo considerato, il documento in altro senso non può essere inteso che come attestante la regolarità contributiva soltanto fino alla propria scadenza. E' onere della concorrente, una volta verificata l'inidoneità probatoria del documento, attivarsi per contestare all'ente certificatore l'apposizione di un'illegittima scadenza ovvero acquisire un nuovo durc.* (Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 1141/2010).

⁴⁹ In tal senso, pure: Cons. St., IV, 12 marzo 2009 n. 1458.

- Tuttavia, una volta acquisito il documento unico di regolarità contributiva, spetta alla stazione appaltante decidere se le risultanze ivi contenute, oggettivamente non controvertibili, siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità di una violazione che sia emersa dal d.u.r.c..
- In altri termini, un conto è la regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini dell'aggiudicazione di un contratto, che impone un'ulteriore deliberazione da parte della stazione appaltante, non poggiante solo su dati rigorosamente numerici, come invece, stabilisce il D.m. 24 ottobre 2007.
- Spetta, dunque, alla stazione appaltante verificare che eventuali situazioni dall'INPS ritenute come condizioni di irregolarità contributiva, certamente rilevanti e costituenti un grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, possano, in concreto e al di fuori di ogni automatismo, giustificare l'estromissione dalla gara.

Occorre, poi, ricordare che, per giurisprudenza costante, non esplica alcun rilievo la successiva regolarizzazione: *“Poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale (così come di quella fiscale) è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l'eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale (o il fisco) non può comportare ex post il venir meno della causa di esclusione. La giurisprudenza del Consiglio ha già avuto modo di chiarire che deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento”* (Consiglio di Stato, sez. IV[^], 12 aprile 2011, n. 2.283; ex plurimis, Consiglio Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n.5575; Cons. Stato, sez. IV n. 1458/2009).

Relativamente alla **lettera “P”**, in tema di **violazione della normativa di tutela del diritto al lavoro dei disabili**, occorre osservare che, in precedenza, erano esclusi i soggetti che non presentavano la certificazione, prevista dall'articolo 17, della legge n. 68/1999. Ora, invece, si stabilisce che sono esclusi i soggetti che non sono in regola con la predetta normativa.

In altri termini, il decreto sviluppo ha:

- 1) Eliminato l'anacronistico obbligo di presentare la certificazione;
- 2) Introdotto l'obbligo di autodichiarare, in conformità alla normativa di cui al Dpr n. 445/2000, di essere in regola con la normativa di settore, cioè con la legge n. 68/1999. Tuttavia, la legge di conversione ha reintrodotto la pregressa versione.

La disposizione risulta essere la seguente:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **D** che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2”.

Completamente modificata risulta essere la **lettera “m-bis”**, in tema **falsa dichiarazione o documentazione ai fini SOA**.

Nella precedente formulazione della norma, si stabiliva che erano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, “i soggetti, nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell’attestazione SOA, da parte dell’Autorità, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”. Per effetto dell’intervento correttivo, di cui al decreto legislativo n. 113/2007 (secondo decreto correttivo), è stata introdotta, nell’articolo 38, la lettera m-bis, con la previsione, quale ulteriore causa di esclusione dalla partecipazione alle gare, dell’esistenza di provvedimenti sanzionatori (sospensione o decadenza) in merito all’attestazione SOA, per accertata falsità della documentazione prodotta o delle dichiarazioni rese dal concorrente, ai fini del rilascio dell’attestazione medesima. In precedenza, l’Autorità di Vigilanza⁵⁰ segnalava la necessità che la stazione appaltante, in sede di consultazione del casellario informatico, ponesse attenzione anche all’eventuale annotazione del rilascio di una nuova attestazione, accanto all’informazione della sospensione o decadenza. Al riguardo, l’Autorità evidenzia l’importanza di verificare se la nuova attestazione sia stata rilasciata in coerenza con quanto stabilito nella determinazione n. 6/2006. In tale provvedimento, l’Autorità ha statuito che la non imputabilità della falsità all’impresa acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione. Ciò perché, in caso di falso non imputabile, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l’ammissione alle pubbliche gare. Fra l’altro, siffatta impostazione determina anche un ovvio effetto pratico: nel casellario informatico, oltre all’annotazione relativa alla decadenza dell’attestazione (per falsa documentazione o mendaci dichiarazioni), dovrà essere inserita, nei riguardi dell’operatore economico, anche l’informazione relativa al rilascio di una nuova attestazione.

Ora, con il decreto sviluppo:

- 1) è stato introdotto l’obbligo di verificare una possibile iscrizione nel Casellario;
- 2) denunciante la presentazione di una falsa dichiarazione o documentazione, finalizzata ad ottenere il rilascio dell’attestazione SOA;
- 3) dunque, sembra essere venuta meno la causa di esclusione per sospensione o decadenza della SOA.

La nuova disposizione risulta essere la seguente: “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **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”.

Per quanto concerne la **lettera “m-ter”**, in tema di **omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione**, il decreto sviluppo ha introdotto una lieve modificazione.

Come si ricorderà, il comma 19°, dell’articolo 2, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (“Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”) ha introdotto un nuovo requisito generale di partecipazione alle pubbliche gare, che si aggiunge a quelli già previsti dall’articolo 38 del Codice. Tale nuovo requisito (art. 38, 1° comma, lett. “m-ter”), sintetizzabile nella formula “omessa denuncia dei reati

⁵⁰ Determinazione n. 1/2010.

di concussione ed estorsione”, si presenta così articolato: Non possono partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti, i quali:

- a) seppur non interessati da un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione⁵¹ o di una causa ostativa previste⁵²,
- b) e pur essendo stati vittime dei reati di concussione⁵³ e di estorsione⁵⁴,
- c) non abbiano denunciato i fatti, oggetto di reato, all’autorità giudiziaria,
- d) salvo che ricorrano i casi di esclusione di responsabilità, ai sensi dell’articolo 4, 1° comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689⁵⁵.

La disposizione normativa si preoccupa di precisare che la mancata denuncia deve emergere dagli indizi, posti a base di una richiesta di rinvio a giudizio, formulata nei confronti dell’imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all’Autorità di Vigilanza, la quale ha l’obbligo di curare la pubblicazione della comunicazione sul sito dell’Osservatorio. Si è in presenza di una disposizione sicuramente “forte”, in quanto determina una chiara anticipazione della difesa della concorrenza. Infatti, al fine di combattere i fenomeni concussivi ed alterativi della concorrenza, si impedisce l’ingresso alle gare, per quei titolari di imprese, che, sostanzialmente, sono state vittime di un reato (la concussione e l’estorsione), pur se non hanno avuto il coraggio di presentare denuncia. In tal modo, proprio tale obbligo di denuncia viene elevato a requisito generale. La determinazione si preoccupa di ricordare e di evidenziare che la novella causa di esclusione non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità, nel quale si trova la vittima del reato. Per quanto attiene l’ambito procedurale, l’Autorità di Vigilanza⁵⁶ segnala che, secondo la sua prospettazione, *“l’indagine e la verifica circa la sussistenza di tale circostanza esimente debbano essere svolte dal Procuratore della Repubblica, il quale provvederà a trasmettere all’Autorità l’informazione relativa all’omessa denuncia solo a seguito dell’esito negativo di detto accertamento”*.

Ora, il decreto sviluppo ha:

- 1) eliminato il riferimento all’assenza di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa;
- 2) ridotto ad un anno (dai precedenti tre) la rilevanza dell’omessa denuncia.

La nuova disposizione risulta essere la seguente: “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: **m-ter** di cui alla

⁵¹ Ai sensi dell’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

⁵² Ai sensi dell’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

⁵³ Articolo 317 codice penale.

⁵⁴ Articolo 629 codice penale.

⁵⁵ Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. Se la violazione è commessa per ordine dell’autorità, della stessa risponde il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine. I comuni, le province, le comunità montane e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB), gli enti non commerciali senza scopo di lucro che svolgono attività socio-assistenziale e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio sanitario nazionale ed i loro amministratori non rispondono delle sanzioni amministrative e civili che riguardano l’assunzione di lavoratori, le assicurazioni obbligatorie e gli ulteriori adempimenti, relativi a prestazioni lavorative stipulate nella forma del contratto d’opera e successivamente riconosciute come rapporti di lavoro subordinato, purché esaurite alla data del 31 dicembre 1997.

⁵⁶ Determinazione n. 1/2010.

precedente lettera b) che, ~~anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 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 nei tre anni antecedenti 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.~~

Per quanto concerne la lettera “**m-quater**”, in tema di **controllo e collegamento sostanziale**, il decreto sviluppo ha operato una completa rivisitazione della fattispecie, intervenendo attraverso la disposizione, contenuta nel comma 2°, dell'articolo 38, che dispone, ora, quanto segue:

Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, ai sensi del comma 2°, dell'articolo 38, 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; OPPURE
- 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; OPPURE
- 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.

Rilievo centrale, in tema di **CAUSE DI ESCLUSIONE**, è assunto dall'**articolo 46** del Codice⁵⁷, come modificato dal comma 2, d) dell'articolo 4 del decreto legge.

Sussistevano ben pochi dubbi in merito al fatto che il comma 1°-bis, dell'articolo 46, del Codice dei contratti pubblici, introdotto dal recente “decreto sviluppo” (decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011), avrebbe determinato non pochi problemi interpretativi ed applicativi. Ciò, per due precise ragioni. In primo luogo, per la “delicatezza” del settore di intervento normativo, le cause di esclusione, da sempre guardato con troppo timore, talora eccessivo, da parte degli operatori interessati (funzionari delle stazioni appaltanti, operatori economici, giudici, avvocati, etc.). In secondo luogo, per la presenza di opacità esegetiche, presenti nel testo normativo medesimo.

Si tratta, sicuramente, di una disposizione, volta a limitare la discrezionalità “creativa” delle stazioni appaltanti. Occorre, infatti, ammettere che, non in modo infrequente, le stazioni appaltanti

⁵⁷ Ora denominato: “*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*”.

includono nei disciplinari di gara clausole a pena di esclusione del tutto immotivate. Ora, lo “spazio creativo” delle stazioni appaltanti sembra davvero limitato, se non inesistente.

Veniamo alla disposizione normativa.

Il novello comma 1°-bis dispone quanto segue: *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento delle 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 nel caso di 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”*.

Tentiamo, ora, di illustrare in dettaglio la disposizione:

- a) E’ possibile escludere i concorrenti solo in caso di **inosservanza delle prescrizioni, contenute nel Codice, nel Regolamento** ed in **“altre disposizioni di legge vigenti”**. Tale ultima categoria di prescrizioni (“altre disposizioni di legge vigenti”) potrebbe destare qualche perplessità, in ragione della necessità e correlata difficoltà di individuare siffatte disposizioni. Infatti, nell’ambito del Codice sono individuabili varie disposizioni, che esplicitano l’esclusione in caso di mancato rispetto dell’adempimento, come ad esempio in caso di partecipazione alla medesima gara del consorzio e del consorziato (articolo 37, comma 7°), oppure in caso di mancato impegno del fideiussore nella garanzia provvisoria a rilasciare garanzia definitiva (articolo 75, comma 8°). Viceversa, per quanto concerne le “altre disposizioni di legge vigenti”, le cause di esclusione esplicite sono rilevabili, ad esempio, nell’articolo 1, comma 67°, della legge 266/2005, in base al quale l’obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici all’AVCP è condizione di ammissibilità dell’offerta nell’ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di appalti; quindi il mancato pagamento del contributo costituisce causa di esclusione dalla gara. Una fattispecie interessante è rappresentata dal *“Patto d’integrità”*. Trattasi di un istituto, che mira a garantire la leale concorrenza e le pari opportunità di successo a tutti i partecipanti alle gare in fase concorsuale, oltre che una corretta e trasparente esecuzione del contratto assegnato nella fase contrattuale successiva. Tale Patto, recepito tramite l’inclusione di clausole negli avvisi e nei bandi di gara, viene infatti sottoscritto dalle imprese partecipanti (pena l’esclusione dalla gara) e stabilisce la reciproca, formale obbligazione di conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza, correttezza, nonché l’espreso impegno anticorruzione di non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente. L’impresa partecipante, con la sottoscrizione del Patto di Integrità, accetta delle regole tese a rafforzare l’osservanza di comportamenti, già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara, e che potrebbero essere sintetizzati nel principio di non compiere atti limitativi o distorsivi della concorrenza. Nel caso di mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione, il concorrente accetta che possano essergli applicate specifiche sanzioni, oltre alla conseguenza, ordinaria per tutte le procedure concorsuali, dell’estromissione dalla gara. La Stazione appaltante, dal canto suo, si impegna a rendere pubblici i dati più rilevanti riguardanti la gara, permettendo ad ogni impresa costruttrice, fornitore e operatore economico, di conoscere e verificare gli aspetti tecnici dell’opera, della fornitura o del

servizio. Orbene, il problema è rappresentato dal fatto che l'adesione e la sottoscrizione del Patto viene prevista "a pena di esclusione" e ciò impatta con il comma 1°-bis, dell'articolo 46, del Codice dei contratti pubblici, introdotto dal "Decreto sviluppo". Ora, il problema è il seguente: l'inserimento, in sede di bando di gara, dell'obbligo di aderire, a pena di esclusione, al Patto d'integrità, costituisce un "requisito" o una "prescrizione"?

- Se costituisce un "requisito", allora, non dovrebbe trovare applicazione la novella disposizione, sulla base di un convincente orientamento, come vedremo fra breve.
- Se costituisce una "prescrizione", allora bisogna capire se rientra nell'alveo di quelle ammesse dal comma 1°-bis.

b) Ancora, è possibile escludere:

- Nei casi di **incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**.
- Per **difetto di sottoscrizione**.
- **O di altri elementi essenziali**. Le ultime due fattispecie presentano un problema di interpretazione alquanto gravoso. La questione è la seguente: il "difetto di sottoscrizione" ed il "difetto di altri elementi essenziali" costituiscono cause autonome di esclusione oppure sono esplicitazioni della prima fattispecie ("incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta")? In altri termini, il difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali determinano l'esclusione, indipendentemente dall'indicata prima fattispecie? Se la risposta è positiva, allora il "difetto di altri elementi essenziali" acquista una sua autonomia, facendo recuperare alle stazioni appaltanti un minimo di potere di prescrizione. Infatti, se la risposta è positiva, le stazioni appaltanti potranno prevedere cause autonome di esclusione, contrassegnandole espressamente come "difetto di elementi essenziali". L'Autorità di vigilanza sembra pervenire anch'essa ad una risposta positiva, nel suo recente documento ("Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro. Documento di consultazione"). Ovviamente, si spera che le stazioni appaltanti medesime facciano un congruo e corretto uso di tale potere, se mai legittimamente configurabile.
- Ovvero nel caso di **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".

c) I bandi e le lettere di invito non possono contenere prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle ora illustrate. Tale eventuali ed illegittime prescrizioni sono comunque nulle.

Orbene, al di là dell'ultima prescrizione normativa (lettera "c"), indubbiamente chiara (divieto di ulteriori prescrizioni a pena di esclusione), il resto della novella disciplina, come già evidenziato, si presta ad incertezze. La giurisprudenza è intervenuta su due fronti.

In primo luogo, sul versante oggettivo: cioè qual è l'alveo applicativo della norma? **Solo prescrizioni od anche requisiti?** Invero, il tenore letterale farebbe propendere per le sole "prescrizioni", nel senso che la novella disciplina si applica alle sole prescrizioni, intesi come adempimenti formali e non ai requisiti, intesi come titoli di partecipazione. Infatti, il comma 1°-bis parla espressamente di "prescrizioni". Pur tuttavia, una prima pronuncia sembra estendere l'alveo applicativo anche ai requisiti. In una gara, avente ad oggetto l'affidamento dei "servizi di pulizia del materiale rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di piccola manutenzione", si richiedeva, quale requisito di capacità tecnica, di "avere eseguito nel biennio 2009/2010 almeno

un contratto del valore di € 10.000.000,00 e, in alternativa, almeno due contratti del valore di € 5.000.000,00”. Chiaramente, si è in presenza di un requisito di qualificazione tecnica, individuato dalla stazione appaltante. Non è questa la sede per disquisire sulla congruità e proporzionalità del requisito. Ciò che importa e che rileva è che si tratta di un requisito e non di una formale prescrizione. Allora, il Tar Milano, per giustificare la propria decisione di accoglimento della richiesta di sospensiva, ha sorprendentemente affermato che: *“in ogni caso il sopravvenuto D.L. 13.11.2011, n. 70 ha interdetto alle stazioni appaltanti d'introdurre nei propri bandi prescrizioni a pena di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle stabilite dal Codice dei contratti pubblici”* (Decreto presidenziale n. 1.171 del 15 luglio 2011). In sede cautelare di appello, il Consiglio di Stato (sez. VI[^], ordinanza n. 3932 del 14 settembre 2011), ha correttamente statuito che la novella disposizione si riferisce alle “prescrizioni” del bando, e non ai “requisiti”. Infatti, il CdS afferma che: *“l'articolo 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/06 (che riguarda le irregolarità formali dell'offerta) non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti requisiti specifici e rigorosi a comprova della capacità tecnica, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara”*.

Il secondo fronte di interesse giurisprudenziale è rappresentato dall'**insufficiente cauzione provvisoria**, presentata in sede di gara.

In una prima fattispecie, il Tar Veneto (sez. I[^], n. 1.376 del 13 settembre 2011), ha affermato che *“l'articolo 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, Il comma, n. 2, lett. “d” del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario; che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto”*.

Ancora, in una successiva pronuncia, è stato affermato che: *“Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a.. La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi. Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito”* (Tar Liguria, sez. II[^], n. 1.396 del 22 settembre 2011). Siamo di fronte ad un'interpretazione, che non può essere condivisa. In primo luogo, il non disporre l'esclusione per “insufficiente cauzione” sembra violare il principio della par condicio, in quanto potrebbe prodursi un effetto aberrante: si aggiudica l'appalto l'impresa che, negligenza o per dolo, ha prestato una cauzione inferiore al minimo legale e, quindi, ha speso meno. In secondo luogo, sembra evidenziarsi una palese violazione di legge, nel senso che è l'articolo 75, comma 1°, del Codice, che stabilisce l'importo legale minimo della cauzione provvisoria. Quindi, se l'impresa presenta un'insufficiente cauzione deve essere esclusa, non tanto per violazione di una qualche prescrizione, prevista nel bando di gara o nella lettera di invito, ma per violazione di una precisa disposizione del Codice!

Orbene, la novella disciplina intende, meritoriamente, ridimensionare in modo significativo il c.d. “formalismo senza scopo”, ovvero la tendenza ad associare nella *lex specialis* la sanzione espulsiva dalla gara per inadempimenti meramente formali privi di alcuna funzionalità rispetto ai principi essenziali di *par condicio* e di trasparenza, che presidiano il corretto esperimento del confronto concorrenziale. Tuttavia, occorre procedere ad un attento esame della nuova disposizione, che non sembra essere, sia detto con franchezza (!), stata correttamente interpretata dalla giurisprudenza in questi suoi primi interventi. Attendiamo fiduciosamente i prossimi.

POSSIBILE DISCIPLINA DEL BANDO:

H – AVVERTENZE - ESCLUSIONI

Resta inteso che:

- il recapito del piego rimane ad esclusivo rischio del mittente, ove per qualsiasi motivo lo stesso non giunga a destinazione in tempo utile;
- trascorso il termine fissato non viene riconosciuta valida alcuna offerta anche se sostitutiva od aggiuntiva di offerta precedente;
- non sono ammesse le offerte condizionate a quelle espresse in modo indeterminato o con riferimento ad offerta relativa ad altro appalto. In caso di discordanza tra la misura percentuale indicata in cifra e quella indicata in lettere è ritenuta valida quella indicata in lettere;
- non sono ammesse offerte in aumento.

Si avverte che il comma 1-*bis* dell’articolo 46 del Codice ha stabilito che: *la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento delle 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 nel caso di 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*. Il medesimo comma prevede, poi, che *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

In buona sostanza, le prescrizioni a pena di esclusione sono quelle:

- a) previste dal Codice;
- b) previste dal Regolamento;
- c) previste da altre disposizioni di legge;
- d) relative a casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta.
- e) relative a casi di difetto di sottoscrizione.
- f) relative a casi di difetto di altri elementi essenziali.

Di conseguenza, sono considerate “cause di esclusione”, in aderenza all’illustrata disposizione normativa, le seguenti ipotesi, concretanti *“difetto di elementi essenziali”*:

- Plico pervenuto oltre il previsto termine di arrivo;
- Offerta mancante od incompleta di uno dei documenti richiesti, dalla legge o dal presente bando;
- Omissione anche solo di una delle dichiarazioni – indicazioni - attestazioni, indicate al punto G.2.

In merito alla “**regolarizzazione dei documenti di gara**” ed all’**articolo 46, comma 1°, del Codice**, rimasto inalterato (“*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*”), vi è un accesso dibattito.

In sede comunitaria, da tempo, si sostiene la sussistenza, in capo alla stazione appaltante, di un potere di richiesta di integrazione e di chiarimenti documentali, consistente nel consentire, ai partecipanti ad una gara pubblica, l’integrazione o la regolarizzazione della documentazione richiesta. In altri termini, la Pubblica amministrazione, avvedutasi in sede di gara di una “manchevolezza”, relativa alla documentazione complessivamente presentata dall’impresa partecipante, ha la facoltà di invitare l’impresa medesima ad integrare-regolarizzare la documentazione medesima, onde eliminare il vizio riscontrato. E’ ben evidente che, alla base di tale potere, vi è il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, il quale esige condotte non iperformalistiche in sede di gara, al fine di non addivenire ad esclusioni, giustificate per imperfezioni solo formali delle offerte presentate. Tale principio è diretto a consentire alla Pubblica Amministrazione di valutare ed individuare la migliore offerta, sulla base del maggior numero di soggetti offerenti. Pertanto, il principio tutela due interessi non contrastanti fra di loro, ma anzi riuniti in una comune “prospettiva teleologica”: a) l’interesse pubblico ad individuare la migliore offerta entro un “paniere” il più vasto possibile; b) l’interesse privato, diretto a partecipare alla gara ed, eventualmente, vincerla.

Il principio di sanabilità ha conosciuto esplicito riconoscimento nella legislazione nazionale. L’articolo 17 del D.Lgs. n. 157/1995, ora abrogato dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), stabiliva, infatti, che “le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”. In tema di appalti pubblici di forniture, l’articolo 15, comma I, del D.Lgs. 358/1992 (Testo Unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE; pur esso abrogato) conteneva una disposizione pressoché identica.

Orbene, il problema è, chiaramente, rappresentato dall’individuazione dei legittimi profili di applicazione del principio.

Occorre rilevare che le norme, che regolano l’evidenza pubblica, non sono poste solo a tutela dell’interesse dell’amministrazione, del soggetto aggiudicatore, e non hanno solo lo scopo di procedimentalizzare la volontà negoziale. Al contrario, anche per l’influsso crescente del diritto comunitario, le regole di evidenza pubblica esprimono esigenze di tutela dei principi fondamentali della concorrenza e del mercato, e concretizzano i valori dell’imparzialità e del buon andamento, enunciati dalla Costituzione, strettamente correlati ai canoni fondamentali del rispetto dell’ordine pubblico.

Le norme sull’evidenza pubblica, i principi che reggono la materia, anche nel campo delle concessioni (Commissione CE, comunicazione 29/04/2000), delineano un complesso rapporto amministrativo, non connotato da poteri privatistici dell’amministrazione, ma dal dovere di rispettare norme sempre più cogenti e vincolate, a tutela del mercato e degli imprenditori, difficilmente conciliabili con la costruzione che poi, in presenza della stipula del contratto, riduca l’incidenza dell’annullamento degli atti amministrativi presupposti alla mera annullabilità, così facendo recedere le posizioni di tutela delle imprese.

L'effetto conservativo della documentazione di gara, realizzabile mediante un'attività integrativa da parte del soggetto partecipante, costituisce una delle possibili applicazioni pratiche del principio, valevole in ogni ramo del diritto, di conservazione degli atti giuridici.

Come noto, questa costituisce una regola generale elaborata dalla giurisprudenza, in base alla quale si tende, per esigenze di economia dei mezzi giuridici e di certezza dei relativi rapporti, a salvaguardare i valori, sostanzialmente conformi al diritto, che siano stati prodotti da un determinato atto, ancorché viziato sul piano formale. Così, ad esempio, è stata elaborata la categoria della "irregolarità" del provvedimento, come vizio sanabile attraverso una mera correzione materiale dello stesso e non implicante l'esercizio di una nuova attività provvedimentale, o del cosiddetto criterio del "raggiungimento dello scopo", in base al quale, si può sorvolare sui vizi dell'atto o del procedimento, allorché si sia comunque adeguatamente curato l'interesse pubblico. Ulteriore corollario è rappresentato dalla cosiddetta "prova di resistenza", applicabile quando, in un organismo collegiale, la partecipazione, ancorché viziata, di un singolo membro del consesso non sia risultata decisiva per l'adozione della deliberazione finale. Infine, si è ritenuta ammissibile, anche in ambito amministrativo, l'operatività di quella interpretazione in funzione conservativa, prevista in materia contrattuale dall'articolo 1.376 del codice civile.

In tutte queste ipotesi, a ben vedere, l'intento ultimo che si intende perseguire, è rappresentato da un'esigenza eminentemente pratica: quella di evitare la paralisi dell'Amministrazione, a seguito di impugnative pretestuose, e di economizzare sulle risorse pubbliche, finanziarie ed umane, da utilizzare nei relativi procedimenti.

Quanto detto costituisce il "retrotterra" teorico del principio di sanabilità delle irregolarità, il quale, pur se supportato e fondato su più che meritevoli ragioni e valori, come illustrato, incontra dei chiari limiti nella propria operatività.

Al riguardo, occorre segnalare che la sanabilità delle irregolarità trova, attualmente, il proprio fondamento in due precise disposizioni normative.

In linea generale, nell'articolo 6, comma 1°, lettera b), della legge n. 241/1990, ove si stabilisce che il responsabile del procedimento "può chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete". In riferimento allo specifico settore dei contratti pubblici, l'articolo 46 del Codice, riproponendo quasi integralmente il già illustrato articolo 17 del D.Lgs. n. 157/1995, stabilisce che "le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

A ben vedere, entrambe le disposizioni ed, in particolare la seconda, pongono uno spinoso problema: il completamento della documentazione o delle dichiarazioni omesse, sia pure in parte, implicano un'attività di integrazione, invero vietata, in ottemperanza al fondamentale principio della *par condicio*. In altri termini, consentire ad un'impresa, distratta o superficiale, di rimediare ad una propria negligenza, da un lato potrebbe apparire plausibile, in nome del principio di massima partecipazione, in quanto rimedia ad errori, talora involontari. Dall'altro, non vi è dubbio che, in tal modo, si determina un'ingiustificata disparità di trattamento: alcune imprese, alquanto distratte, vengono "aiutate", a scapito di altre, che si sono diligentemente comportate, ottemperando a tutte le prescrizioni del bando! E' evidente, allora, che la regolarizzazione, nonostante il letterale riferimento al "completamento", non può implicare alcuna attività integrativa, come ben confermerà, fra breve, il Consiglio di Stato. Fra l'altro, la netta distinzione fra "regolarizzazione" ed "integrazione documentale" costituisce un solido postulato dell'attuale giurisprudenza: *"In tema di regolarizzazione di un'offerta ad una gara ad evidenza pubblica, il doveroso bilanciamento tra il*

dovere di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai candidati ed il principio della par condicio tra i partecipanti va, in conclusione, ricercato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale, tenendo presente che quest'ultima non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento, a differenza della regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione” (Tar Lazio, sez. Roma II[^]-ter, n. 12.583/2007). Più recentemente: “Nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica, dominate dall’esigenza di garantire la parità di trattamento dei concorrenti (v. art. 2 del Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006), i poteri di regolarizzazione della documentazione richiesta dal bando a pena di esclusione possono essere esercitati solo se non comportino una integrazione di elementi mancanti (Tar Sardegna, sez. I[^], n. 1.796/2008).

In un importante sentenza (sez. V[^], n. 4.397/2008), il Consiglio di Stato ha affermato che *“il mancato esercizio del potere di regolarizzazione, da parte della stazione appaltante in sede di gara, costituisce una facoltà, insindacabile da parte del giudice amministrativo. Inoltre, il suo esercizio in concreto non può determinare un’alterazione della par condicio delle imprese, attraverso una modifica dell’offerta, incidente su elementi o formalità essenziali della medesima. Infine, può riguardare solamente documenti già presentati, ma non dichiarazioni o documentazioni omesse, trovando, altresì, un limite temporale nel termine perentorio, individuato dal bando, per la presentazione delle offerte e del relativo corredo documentale”*. Proprio in riferimento alla necessaria distinzione fra *“regolarizzazione”*, attività consentita, e *“integrazione”*, attività non consentita, il Consiglio di Stato dà inizio al proprio percorso argomentativo, nella sentenza in esame.

In primo luogo, i giudici amministrativi di appello affermano che *“il mancato esercizio di tale facoltà è insindacabile da parte del giudice amministrativo”*. In altri termini, l’esercizio del potere di regolarizzazione dà luogo, in primo luogo, ad una *“facoltà”*. Siffatta affermazione trova ampio riscontro nella giurisprudenza, che, al riguardo, invero, utilizza il termine di *“potestà discrezionale”*: *“Il potere dell’Amministrazione appaltante di invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione, prodotta in sede di gara, costituisce una potestà discrezionale e non un obbligo (Tar Sicilia, sez. Catania II[^], n. 1.459/2007; in tal senso, pure: CdS, sez. V[^], n. 3.595/2002)*. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, aggiunge un *“qualcosa”* di importante; afferma che il mancato esercizio del potere di regolarizzazione è *insindacabile da parte del giudice amministrativo*, cioè non può essere censurato in sede giudiziaria. Ciò comporta, di conseguenza, che il mancato esercizio, cioè la decisione di non consentire la regolarizzazione, può non essere motivata, in quanto il giudice amministrativo non può, in alcun modo, censurarla. Dunque, la decisione di non regolarizzare costituisce una decisione libera, quasi arbitraria, che travalica l’ordinario alveo della discrezionalità amministrativa, in quanto non deve essere ancorata ad alcuna motivazione, in violazione del generale obbligo di motivazione, di cui all’articolo 3 della legge n. 241/1990! In ultima analisi, l’esercizio del potere di regolarizzazione non implica alcuna giustificazione: la stazione appaltante è libera di esercitarlo o meno, senza dover renderne conto. Per dovere di completezza sul punto, occorre segnalare che giurisprudenza minoritaria (Tar Campania, sez. Salerno I[^], n. 62/2007) afferma che il potere di regolarizzazione costituisce non *“una mera facoltà o un potere eventuale, ma un ordinario modus procedendi”*.

Chiarito tale aspetto, il CdS procede ad esaminare il secondo carattere essenziale del potere di regolarizzazione: il **rispetto della par condicio** fra le imprese concorrenti in gara. Al riguardo, i

giudici amministrativi di appello sono, alquanto, chiari: *“il suo esercizio in concreto non può determinare una alterazione della par condicio delle imprese, attraverso una modifica dell’offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa”*. L’osservanza del principio di parità costituisce postulato univoco in giurisprudenza: *“La procedura di regolarizzazione dei documenti incontra, pur sempre, il limite della garanzia della par condicio dei partecipanti, non essendo consentita l’integrazione postuma dei requisiti richiesti a pena di esclusione, nella quale ipotesi deve necessariamente comminarsi l’esclusione, ove, come nel caso di specie, sia stata espressamente prevista da una disposizione del bando* (Tar Sicilia, sez. Catania II[^], n. 1.459/2007).

Il rispetto della *par condicio* determina, di conseguenza, il **divieto di integrazione**: non è possibile inserire, all’interno del necessario formalismo di gara, elementi (documenti e dichiarazioni), non prodotti, nella loro essenza e nel loro preciso contenuto, entro i “termini ed i modi di gara”.

Infine, ad avviso del CdS, il potere di regolarizzazione incontra un chiaro limite temporale: il **termine di presentazione delle offerte**. In altri termini, è possibile consentire la regolarizzazione solo entro un chiaro termine, quello di scadenza delle offerte, superato il quale, il necessario formalismo delle pubbliche gare impone il venir meno di qualsivoglia attività. Spirato tale termine, i “giochi sono fatti” e non è possibile intaccare le operazioni e le attività sino a quel momento compiute.

Riassumendo il percorso argomentativo del Consiglio di Stato, è possibile pervenire alla seguente sintesi: il potere di regolarizzazione costituisce una facoltà insindacabile, il cui esercizio deve rispettare il generale principio di *par condicio*, non può dar luogo ad alcuna attività integrativa e deve esplicarsi entro il termine di presentazione delle offerte.

Al fine di dar luogo ad un esaustivo discorso in merito al potere di regolarizzazione, appare doveroso far cenno a due ulteriori elementi essenziali.

Parte della giurisprudenza segnala che il potere in esame deve avere a fondamento giustificativo del suo esercizio la sussistenza di **incertezze o equivoci, presenti nel disciplinare di gara**, cui il potere medesimo è diretto a porre rimedio. In altri termini, è possibile regolarizzare solo se il bando o la lettera di invito contiene prescrizioni o clausole dall’incerto significato, che possono dar luogo a dubbi interpretativi ed applicativi: *“La dichiarazione sostitutiva di un’impresa concorrente, attestante l’inesistenza dell’obbligo di assunzione di disabili, priva della sottoscrizione nell’ambito della procedura di affidamento di un appalto pubblico, determina un chiaro vizio; tale difetto non può essere sanato da una successiva dichiarazione dell’amministratore delegato, volta a confermare il contenuto della dichiarazione, sia perché la regola della sanabilità non può estendersi a profili di identificazione dei documenti prodotti dalle parti, sia perché la regolarizzazione si utilizza quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall’ambiguità delle clausole del bando e della lettera di invito o, comunque, presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie”* (CdS, n. 364/2004). Più recentemente: *“L’Amministrazione può invitare le imprese a regolarizzare la documentazione non in regola, solo se l’inosservanza non è dovuta all’incuria delle imprese medesime, ma a fatto imputabile alla stazione appaltante”* (CdS, Sez. V[^]; n. 12/2007).

Infine, la regolarizzazione può essere effettuata solo in riferimento a **“vizi puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale”**, e non ad elementi essenziali dell’offerta: *“In tema di riconoscimento dell’errore materiale e di sanatoria del medesimo, nell’ambito di procedure caratterizzate dalla previsioni di termini di esclusione e dal principio della par condicio tra concorrenti, la regolarizzazione documentale può essere consentita quando i vizi siano puramente*

formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione” (CdS, sez. V[^], n. 5.511/2007).

La giurisprudenza più recente sembra confermare tali posizioni:

- *“In materia di gare pubbliche di appalto, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, i criteri disposti ai fini dell'integrazione documentale possono riguardare esclusivamente documenti incompleti relativi a requisiti di partecipazione, ma non l'offerta. La possibilità, infatti, d'intervento dell'amministrazione, inteso a far prevalere la sostanza sulla forma, va considerata finalizzata soltanto ad ottenere chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali, ma non può trovare applicazione nel caso in cui l'incompletezza o la mancata chiarezza o la non conformità alle prescrizioni della legge di gara riguardi l'offerta o il progetto tecnici; in caso contrario, infatti, risulterebbe violato il principio della par condicio dei concorrenti mediante l'integrazione o modificazione postuma dell' offerta, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma” (CdS, sez. V. n. 846/2011).*
- *“Nella partecipazione alle gare pubbliche di appalto, ai sensi dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento” (CdS, sez. V[^], n. 5084/2010).*

In una recente pronuncia (Tar Piemonte, sez. I[^], 6 luglio 2011, n. 739), è stato statuito quanto segue: *“L'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) ed il relativo dovere di soccorso alle imprese non è invocabile, quando la procedura di gara è pervenuta alla fase di valutazione dell'offerta. Invero, il perimetro applicativo del citato articolo resta circoscritto e contenuto alla fase della prequalificazione, atteso che la norma dispone che la stazione appaltante invita i concorrenti a chiarire il contenuto di dichiarazioni o documenti presentati in sede di offerta ed è doverosamente delimitato temporalmente e confinato alla fase nella quale l'Amministrazione deve ammettere alla gare le imprese. Viceversa, la norma non può trovare applicazione per interpretare, chiarire, completare dati afferenti alla successiva fase dell'offerta in senso proprio, pena la violazione della par condicio”.*

Precisamente, ad avviso dei giudici amministrativi piemontesi, l'articolo 46 può trovare legittima applicazione solo nella della prequalificazione, *“atteso che la norma dispone che la stazione appaltante invita i concorrenti a chiarire il contenuto di dichiarazioni o documenti presentati in sede di offerta ed è doverosamente delimitato temporalmente e confinato alla fase nella quale l'Amministrazione deve ammettere alla gare le imprese”.* A sostegno di tale esegesi, il Tar evidenzia le seguenti due pregresse pronunce:

- *“L'integrazione suscettibile di richiesta in sede di gara da parte della stazione appaltante, allo scopo di far prevalere la sostanza sulla forma, si rivela finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali, onde non può estendersi una tale facoltà al caso in cui l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della “par condicio” dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma” (Tar Emilia Romagna, sez. Parma, n. 90/2008).*

- *“La facoltà di integrazione, si riferisce esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica, mentre non è possibile integrare, rettificare o precisare e, sostanzialmente, cambiare, gli elementi negoziali costitutivi dell’offerta”* (Tar Lombardia, sez. Brescia, n. 180/2007).

Ora, dalla lettura delle due indicate sentenze, è possibile desumere cosa intenda effettivamente sostenere il Tar Piemonte. Quando il Tar parla della “prequalificazione” intende riferirsi alla fase, preliminare all’apertura del plico contenente l’offerta, in cui si effettua l’esame della completezza e della validità delle previste autodichiarazioni e presentazioni di documenti. Allora, solo in tale fase, ad avviso dei giudici piemontesi, è possibile “completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”⁵⁸. Nella successiva fase, cioè quella dell’apertura e della valutazione dell’offerta⁵⁹, la regolarizzazione non è più possibile. Orbene, anche alla luce delle precedenti sentenze riportate, occorre prendere atto che si è in presenza di un orientamento, confermato anche dalla pronuncia in esame, diretto ad operare una diversa restrizione del potere di regolarizzazione. Non più solo chiarificazione di documenti già presentati e divieto di integrazione, ma limitazione della portata prescrittiva dell’intera disposizione normativa alla sola fase della “prequalificazione”, cioè quella antecedente all’apertura del plico contenente l’offerta. Invero, deve osservarsi che il 1° comma dell’articolo 46 del Codice fa riferimento al “contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”. Ora, dal momento che anche l’offerta sembra costituire una “dichiarazione”⁶⁰, per cui potrebbe agevolmente rientrare nell’alveo precettivo della norma in esame, non può che prendersi atto che l’orientamento giurisprudenziale indicato opera una significativa esegesi della disposizione, che sembra travalicare l’elemento puramente letterale.

In tema di controllo sul possesso dei requisiti, rilevante è la modifica apportata all’**articolo 48** del Codice, relativamente al **controllo** operato dalle stazioni appaltanti **sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa** auto-dichiarati dai concorrenti. Al fine di semplificare e di accelerare l’iter di verifica, è previsto che la documentazione di comprovazione del loro possesso, per gli appalti di fornitura e servizi, debba essere inserita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all’articolo 62-bis del D.Lgs n. 82/2005, istituita presso l’Autorità di Vigilanza. In tal modo, le stazioni appaltanti potranno eseguire la verifica direttamente *on line*. La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), nata per la pubblicazione dei soli bandi e avvisi, avrà, dunque, il compito di fornire alle stazioni appaltanti tutti i dati relativi al possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari dei concorrenti. Ove la documentazione risulti disponibile, la Stazione appaltante dopo aver effettuato il sorteggio di cui all’articolo 48 del Codice, non dovrà più richiedere all’impresa sorteggiata o alla prima e alla seconda a norma del secondo comma sempre dell’articolo 48, la dimostrazione del reale possesso dei requisiti speciali richiesti, ma, ove disponibile, dovrà verificarne l’esattezza attraverso la banca dati istituita presso la stessa Authority.

Nell’ottica di alleggerire gli oneri burocratici connessi alle gare pubbliche, il decreto legge introduce, nell’**articolo 64** del Codice, la previsione, secondo cui le stazioni appaltanti dovranno

⁵⁸ Art. 46, comma 1°, Codice.

⁵⁹ Solo economica, in caso di massimo ribasso; oppure economico-qualitativa, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa.

⁶⁰ Si parla, infatti, sovente di “dichiarazione di offerta”.

predisporre i bandi di gara sulla base di modelli standard approvati dall'Autorità di Vigilanza, previo parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (**predisposizione dei bandi di gara**). Nei bandi dovranno essere indicate le cause tassative di esclusione, così come ora riformulate dal comma 1°-bis dell'articolo 46. Le deroghe al cd. bando-tipo dovranno essere espressamente motivate nella delibera a contrarre. Invero, tale disposizione deve essere correlata con il comma 3°, dell'articolo 74, il quale stabilisce che: “salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari il mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione”.

In tema di offerte anomale, rilevante è la modificazione introdotta dall'**articolo 253**, con il nuovo comma 20-*bis*, in cui si stabilisce la possibilità per stazioni appaltanti di procedere all'**esclusione automatica delle offerte anomale**, sia in tema di appalti di lavori (art. 122, comma 9°) che di forniture e servizi (art. 124, comma 8°), per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie, fino al 31 dicembre 2013. Prima, la possibilità di prevedere l'esclusione automatica era molto più limitata nei profili economici: € 1.000.000,00 per lavori ed € 100.000,00 per servizi e forniture.

Rilevanti modifiche sono state apportate al **finanza di progetto**, di cui all'**articolo 153**, in cui si prevede che gli stessi operatori economici possano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici delle proposte circa la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, non rientranti nella programmazione triennale, di cui all'articolo 128 o negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta dovrà contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico e finanziario asseverato da una banca e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Sarà compito dell'amministrazione valutare il pubblico interesse della proposta e richiedere le eventuali modifiche al progetto preliminare per la sua approvazione. Il progetto preliminare così approvato sarà messo a base di gara, per l'affidamento della concessione, in cui il proponente rivestirà il ruolo di promotore. Il bando può richiedere ai concorrenti eventuali varianti al progetto, e specificare che al promotore è riconosciuto il diritto di prelazione, che può esercitare ove non risultasse aggiudicatario, impegnandosi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Ulteriori novità sono le seguenti:

- a) In materia di **avvalimento**, è stata modificata la lettera “c”, del comma 2°, dell'articolo 49, in tema di obblighi di allegazione a carico dell'impresa concorrente in gara: “una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, *nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento*”.
- b) Per gli appalti, aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori affidati con **procedura ristretta semplificata**, di cui all'**articolo 123**, è stata innalzata la soglia originaria, passando da € 1.000.000,00 a € 1.500.000,00.
- c) Per le **varianti in corso d'opera** previste all'**articolo 132 al comma 3°** (“varianti migliorative”), viene specificato che devono trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera, al netto del 50% dei ribassi d'asta conseguiti.

- d) La **compensazione**, ai sensi dell'**articolo 133, comma 5°**, per aumento o diminuzione dei prezzi dei singoli materiali legato a circostanze eccezionali, è fatta per la metà della percentuale eccedente il 10%. La compensazione viene determinata, applicando la metà della percentuale di variazione che eccede il 10% al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente il decreto, di cui la comma 6°, nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.
- e) E' stata modificata la disciplina in tema di **scorrimento della graduatoria**, attraverso una specifica modificazione dell'articolo 140. Precisamente, la nuova formulazione della disposizione normativa prevede che lo scorrimento sarà possibile in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto (fattispecie resa ora generica e non più limitata come prima alla sola risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore).
- f) In tema di **infrastrutture strategiche**, l'**articolo 165** ha previsto che il vincolo preordinato all'esproprio abbia una durata di sette anni decorrenti dalla data in cui diventa efficace la delibera del Cipe, che ha approvato il progetto preliminare dell'opera. Entro tale termine, pena la decadenza del vincolo preordinato all'esproprio, deve essere approvato il progetto definitivo, che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Il decreto di esproprio dovrà essere emanato entro il termine di sette anni dalla sopraindicata delibera del Cipe.
- g) Relativamente all'**articolo 240**, si prevede che, entro 30 giorni dalla comunicazione delle **riserve** da parte del direttore dei lavori, il responsabile del procedimento deve promuovere la costituzione di un'apposita commissione (il cui compenso non può superare l'importo di 65 mila euro da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), che deve formulare una proposta motivata di accordo bonario.
- h) Importante limitazione viene posta all'**articolo 240-bis**, in cui si stabilisce che le **riserve** non possono superare il 20% dell'importo contrattuale. Comunque, le riserve non possono avere ad oggetto gli aspetti progettuali, già oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 112 del regolamento.
- i) L'**articolo 246-bis** introduce un disincentivo per le **liti temerarie**, ove si prevede una sanzione pecuniaria, per la parte soccombente, pari ad una somma non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo (nel decreto originario era il "triplo") del contributo unificato, dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati.
- j) Viene istituito, presso ogni Prefettura, l'**elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso**, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. La Prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco. L'elenco viene aggiornato continuamente dal Prefetto. L'iscrizione nell'elenco è requisito di ordine generale per l'affidamento dei subappalti.

Il comma 15° dell'articolo 4 del decreto legge apporta significative **modifiche al nuovo Regolamento attuativo** del Codice, in materia di certificazioni SOA per le nuove categorie specialistiche introdotte dal Regolamento. In particolare, viene prevista una modifica dell'articolo 357 del Regolamento, attraverso l'introduzione di una proroga di ulteriori 180 giorni (a decorrere

dagli originari 180 giorni previsti dall'entrata in vigore del Dpr n. 207/2010), dunque al 9 giugno 2012, per l'entrata in vigore di diverse disposizioni, che riguardano le certificazioni in base all'allegato B1 del Regolamento. Tra queste, assume rilievo quella che impone alle Amministrazioni di riscrivere i certificati relativi alle lavorazioni appartenenti all'attuale categoria OG11 (impianti tecnologici), suddividendo l'importo dei lavori nelle singole categorie specialistiche OS3, OS5, OS28 e OS30. Si dispone il medesimo rinvio al 9 giugno 2012, in relazione alle categorie OS10 e OS11 ed alle diverse OS7, 8, 12, 18, 20 e 21, sia per la redazione dei bandi di gara, sia per la dimostrazione dei requisiti da parte delle imprese.

Ancora, è stato modificato il comma 10°, dell'articolo 267 del nuovo Regolamento, stabilendo che i servizi di cui all'articolo 252, cioè i servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, il cui corrispettivo complessivo stimato sia inferiore a 20.000 euro, possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11 (affidamento diretto), del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo.

Infine, occorre far cenno ad una novità, non contenuta nell'articolo 4 del decreto, ma immediatamente afferente il settore dei lavori pubblici e dai risvolti potenzialmente stravolgenti. Si intende far riferimento all'articolo 5, comma 2°, lettera "a" del decreto legge, ove viene disposto l'inserimento all'articolo 16 del Dpr n. 380/2001 del nuovo comma 2°-bis, avente il seguente contenuto: *"Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione l'[articolo 122, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#)".* In altri termini, tale disposizione disapplica completamente il comma 8°, dell'articolo 122 del Codice dei contratti pubblici, in tema di esecuzione di **opere di urbanizzazione a scomputo di valore inferiore alla soglia comunitaria**, senza intervenire, però, sul Codice medesimo, ma attraverso una fonte normativa diversa (il Dpr n. 380/2001: *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*) ed inferiore⁶¹. Quindi, come sostenuto anche dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili⁶², *"non è più necessario esperire la procedura negoziata, di cui all'articolo 57, comma 6°, del D.Lgs. 163/2006, ma sarà possibile procedere direttamente alla realizzazione delle urbanizzazioni stesse da parte del titolare del permesso di costruire"*. Ad avviso dell'A.N.C.E., la disposizione è finalizzata a soddisfare l'esigenza di una progettazione unitaria e, soprattutto, di un'esecuzione contestuale e coordinata delle opere di urbanizzazione primaria e degli interventi principali, in quando, secondo la sua prospettazione, la realizzazione diretta di tali opere costituisce un onere connaturato alla trasformazione urbanistica del territorio.

Ora, occorre ricordare che, in tema di opere di urbanizzazione e di similari interventi, l'Autorità di vigilanza, con la nota determinazione n. 4/2008, anche prima del terzo decreto correttivo⁶³, ha affermato che la realizzazione di opere o di lavori, da parte di soggetti privati, anche nell'ambito di Piani urbanistici "complessi"⁶⁴, rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori. Di conseguenza, l'affidamento della loro esecuzione soggiace alla disciplina, contenuta negli articoli 32, comma 1°, lett. g) e 122, comma 8°, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006) e, dunque, deve

⁶¹ Appunto: un Dpr.

⁶² A.N.C.E., News n. 845 del 16 maggio 2011.

⁶³ Il D.Lgs n. 152/2008.

⁶⁴ Quali i Piani di Riqualificazione Urbana ed i Programmi Integrati di Intervento.

avvenire con gara, salvo il caso in cui le amministrazioni precedenti abbiano esperito, preventivamente, una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale. Il terzo decreto correttivo ha confermato tale impostazione, consentendo la procedura negoziata senza previo bando di gara per gli importi sotto soglia, ma escludendo la possibilità di un'esecuzione diretta. Viceversa, tale possibilità sembra essere stata reintrodotta dal decreto sviluppo, seppur sussiste un rilievo formale, che deve essere attentamente valutato. Siffatto rilievo è rappresentato dal fatto che, disponendosi la disapplicazione del solo articolo 122, comma 8° (relativo all'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomuto sotto soglia), resta in vigore ed in piena applicazione l'articolo 32, comma 1°, lett. g), norma che, in presenza di quella ora disapplicata, disciplinava il solo sopra soglia (*rectius*: l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomuto sopra soglia), ma che ora, proprio in virtù della disapplicazione, dovrebbe disciplinare anche i lavori di urbanizzazione sotto soglia. Tuttavia, in sede di conversione del decreto legge, la novità è stata eliminata.