

La disciplina dei contratti pubblici di lavori e servizi

DOTT.SSA PAOLA REBAGLIATI

Il quadro normativo

- D. Lgs. n. 163/2006 Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: in vigore dal 1° luglio 2006. Unifica, recependo le direttive UE nn. 17 e 18 del 2004, la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
- D. Lgs. n. 113/2007 (II decreto correttivo del Codice Appalti) in vigore dal 1° agosto 2007
- D. Lgs. n. 152/2008 (III Decreto correttivo del Codice Appalti) in vigore dal 17 ottobre 2008

Ambito di applicazione del Codice

- ***Ambito di applicazione del Codice***
- Il Codice ha un **ambito di applicazione** molto più ampio delle direttive:
- - unifica la disciplina dei settori ordinari e speciali;
- - disciplina sia gli appalti di rilevanza comunitaria, che quelli sotto soglia;
- - Non si limita a disciplinare la fase della gara, ma si occupa anche della fase a monte (programmazione e progettazione) e di quella a valle (esecuzione);
- - non si limita a disciplinare soltanto gli appalti, ma prende in considerazione tutti i contratti stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri soggetti tenuti all'applicazione del Codice, ivi compresi i contratti esclusi

Struttura del Codice

- Sotto il profilo della **struttura** il Codice è suddiviso in 5 parti:
 - - Parte I: Principi generali (artt. 1-15) e contratti esclusi (artt. 16-27);
 - - Parte II: Settori ordinari, a sua volta diviso in 3 Titoli:
 - Titolo I, appalti sopra soglia (artt. 28-120);
 - Titolo II, appalti sotto soglia (artt. 121-125);
 - Titolo III, disposizioni speciali per gli appalti pubblici di lavori;
 - - Parte III: Settori speciali;
 - - Parte IV: Contenzioso;
 - - Parte V: Disposizioni di coordinamento, finali, transitorie e abrogazioni.

Ambito oggettivo di applicazione

- Il Codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere (art. 1).
- I «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori (art. 3, c. 2).
- In realtà il Codice detta una sia pur embrionale disciplina anche per i contratti esclusi, negli artt. da 16 a 27.

Le soglie comunitarie – Art. 28

- Per effetto delle Direttive europee n. 17 e 18 del 2004 il numero delle soglie è stato ridotto.
- Inoltre tutte le soglie sono espresse in Euro (scompare il riferimento ai DSP – Diritti Speciali di Prelievo).
- Le soglie del valore stimato al netto dell'IVA ai fini dell'applicazione integrale del codice sono fissate attualmente in:
 - - € 137.000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali indicate nell'allegato IV (tutti i Ministeri e la CONSIP);
 - - € 211.000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle altre amministrazioni e per alcuni servizi aggiudicati da qualunque amministrazione;
 - - € 422.000 per le forniture ed i servizi nei settori speciali;
 - - € 5.278.000 per gli appalti e le concessioni di lavori in ogni settore.
- E' opportuno evidenziare che le soglie originariamente previste nelle Direttive nn. 17 e 18/2004 sono state già modificate due volte, dapprima dal REGOLAMENTO (CE) N. 1874/2004 della Commissione del 28 ottobre 2004 e poi dal REGOLAMENTO (CE) N. 2083/2005 della commissione del 19 dicembre 2005.

L'individuazione degli offerenti

- Il Codice abbandona la tradizionale classificazione delle procedure di gara
- risalente alle norme di contabilità di Stato (pubblico incanto, licitazione
- privata, appalto concorso e trattativa privata) per allinearsi alla
- classificazione comunitaria
- • Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare
- offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti
- utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo
- competitivo.
- • Normalmente l'amministrazione aggiudica mediante le procedure aperte o
- ristrette. Inoltre, alle condizioni specifiche espressamente previste, le
- stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante il
- dialogo competitivo.
- • Infine, nei casi e alle condizioni previste, le stazioni appaltanti possono
- affidare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza
- pubblicazione del bando di gara

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI SECONDO IL CODICE (D. Lgs. 163/2006)

Art. 34 (*Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*)

- a) imprese singole (individuali, artigiane, società commerciali, società cooperative)
- b) consorzi fra soc. cooperative di produzione e lavoro, consorzi tra imprese artigiane
- c) consorzi stabili tra almeno tre soggetti di cui alle lett. a) e b)
- d) raggruppamenti temporanei costituiti tra soggetti di cui alle lett. a), b) e c)
- e) consorzi ordinari (art. 2602 ss. c.c.) costituiti tra soggetti di cui alle lett. a), b) e c)
- f) soggetti che hanno stipulato un contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE)

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

Art. 34, comma 2

“Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile [...]”

Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabile nell'assemblea ordinaria
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria
- 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei nn. 1) e 2) si computano anche i voti spettanti a società controllate, fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

Art. 34, comma 2

“ [...] Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.”

I precedenti sul “collegamento sostanziale”

“E’ illegittima la clausola dei bandi che contenga il divieto di partecipazione delle imprese collegate in quanto il collegamento [...] non è astrattamente idoneo ad alterare gli equilibri della procedura [...]. Tuttavia ben può ammettersi l’introduzione di una clausola che [...] ammonisca i concorrenti sulle conseguenze cui potrebbero andare incontro qualora, a seguito di verifiche compiute caso per caso dalla stazione appaltante, emergessero situazioni oggettive lesive della par condicio tra concorrenti e della segretezza delle offerte.” (Autorità LL.PP. – atto di regolazione 27/2000)

10

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

L'orientamento giurisprudenziale prevalente

- La disposizione dell'art. 10, comma-*bis*, della legge 109/1994, relativa alle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., è norma imperativa, per cui l'esclusione dalla gara va disposta anche in assenza di richiamo nel bando
- negli altri casi, la stazione appaltante può prevedere nel bando fatti e/o situazioni in grado di alterare la serietà e la segretezza delle offerte, in quanto danno luogo ad un unico centro d'interessi
- in presenza di queste ulteriori situazioni non c'è presunzione assoluta di violazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti e della segretezza delle offerte, ma è necessario siano accertati elementi gravi, precisi e concordanti
- il provvedimento di esclusione dalla gara va comunicato all'Osservatorio dei LL.PP. per l'inserimento nel casellario informatico (art. 27, lett. t, DPR 34/2000) (così, ad es.: **Cons. Stato, 6424/2001; 5792/2004; 1644/2005; 3098/2005**)

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

Elementi comprovanti l'esistenza di un "unico centro decisionale"

- offerte presentate nello stesso giorno/ora, con modalità uguali (stesso Ufficio Postale)
- cauzione provvisoria rilasciata dallo stesso fideiussore (stessa Agenzia, con protocolli successivi di emissione delle polizza)
- redazione dei documenti di gara con caratteristiche formali analoghe (impostazione grafica, errori di stampa, dimensioni e colore delle buste)
- identità dei numeri di fax, dell'ubicazione degli uffici aziendali
- intreccio tra i soggetti con poteri di amministrazione/rappresentanza e di conduzione tecnica delle imprese
- intrecci parentali tra i soggetti di cui sopra

Deve comunque trattarsi di "indizi gravi, precisi e concordanti"

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

Alcune fattispecie tipiche nel D. Lgs. 163/2006

Art. 37, comma 7, primo periodo

“E’ fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.”

13

LE SITUAZIONI DI CONTROLLO E DI COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA I CONCORRENTI

Alcune fattispecie tipiche nel D. Lgs. 163/2006

Art. 36, comma 5 “I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’art. 353 c.p.(*omissis*)”

14

Problema

Nel caso di consorzio stabile (art. 34, comma 1, lett. c), il divieto di partecipazione congiunta e la conseguente sanzione penale riguardano indistintamente ciascun consorziato, o solo quello per il quale il consorzio dichiara, in sede di offerta, di concorrere?

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I CONSORZI STABILI (art. 36)

- Formati da non meno di 3 consorziati
- I consorziati devono stabilire, con decisione assunta dai propri organi deliberativi, di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture
- Istituzione di una comune struttura d'impresa
- Durata minima di 5 anni
- Si applicano, in quanto compatibili, le norme del codice civile sui consorzi e le società consortili (artt. 2602 / 2615-ter)

I CONSORZI STABILI (art. 36)

Nonostante sia caratterizzato da una “*comune struttura d’impresa*” il consorzio stabile può eseguire le prestazioni oggetto dei contratti in materia di lavori, servizi e forniture, anche “*tramite affidamento ai consorziati*”, secondo le “condizioni e i limiti” stabiliti dal regolamento, “fatta salva la responsabilità” dei consorziati “nei confronti del soggetto appaltante o concedente”.

Problema

La facoltà di esecuzione anche tramite affidamento ai consorziati è possibile anche in assenza del regolamento e riguarda lavori, forniture ed i servizi ?

I CONSORZI STABILI (art. 36)

- Viene reintrodotta la norma, eliminata dal II correttivo, che ammette la partecipazione alla medesima gara delle consorziate non indicate dal consorzio quali imprese esecutrici.
- Soltanto all'impresa indicata dal consorzio come esecutrice è vietata la partecipazione in forma singola alla medesima gara
- Il terzo correttivo introduce una nuova disposizione che stabilisce il divieto assoluto di partecipazione dei consorziati (compresi quelli non indicati) e del consorzio alla stessa gara qualora la stazione appaltante abbia optato per l'esclusione automatica delle offerte anomale

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 37)

La disposizione del Codice offre le definizioni di ATI **verticale** e di ATI **orizzontale**, sia riguardo ai lavori (comma 1), sia riguardo alle forniture ed ai servizi (comma 2).

L'ATI **mista** è delineata solo con riferimento ai **lavori**, e si ha quando, nell'ambito di un raggruppamento con integrazione "verticale", le prestazioni riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporate sono assunte da imprenditori riuniti con integrazione "orizzontale".

Problema: è possibile l'ATI mista nelle forniture e nei servizi ?

Il regime della responsabilità varia con la tipologia dell'ATI:

- tutte le imprese rispondono solidalmente nell'ATI orizzontale
- nell'ATI verticale, la mandataria risponde solidalmente con le mandanti, mentre queste rispondono solo per le prestazioni di relativa competenza.

In tutti i casi, la responsabilità in questione è nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori (**novità per le forniture ed i servizi**).

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 37)

Requisiti per le ATI ed i consorzi ordinari

- nel caso di **lavori**, le imprese che ne fanno parte debbono avere i requisiti indicati nel regolamento (in attesa del nuovo regolamento, valgono i commi 2 e 3 dell'art. 95 DPR 554/1999)
- nel caso di **servizi** e di **forniture**, la norma del Codice non detta alcuna disciplina e non rinvia al regolamento. L'art. 253 (*Norme transitorie*), comma 9, che richiama per l'applicazione dell'art. 37 i requisiti fissati dal DPR 554/1999 e dal DPR 34/2000, può valere per colmare la lacuna ?
Se anche così fosse, perché non è previsto che il nuovo regolamento detti la disciplina dei requisiti degli associati pure nei servizi e nelle forniture ?

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 37)

Momento di costituzione

- È consentita la partecipazione alla gara anche delle ATI e dei consorzi ordinari non ancora costituiti, ma in questo caso l'offerta dev'essere sottoscritta da tutti i componenti e contenere l'impegno alla costituzione dell'ATI o del consorzio nel caso di aggiudicazione (comma 8)
- Nel caso di procedure ristrette o negoziate, l'operatore economico invitato individualmente può presentare offerta quale mandatario di un'ATI (comma 12)
- La composizione dell'ATI o del consorzio ordinario non può essere modificata rispetto a quella esistente o preannunciata in sede di offerta (comma 9)

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 37)

Modalità di costituzione dell'ATI

E' un contratto di mandato, che deve rivestire la forma della scrittura privata autenticata e dev'essere accompagnato da una procura, conferita al legale rappresentante dell'operatore mandatario.

Il mandato è: collettivo, speciale, con rappresentanza (nei confronti della stazione appaltante) anche processuale, per tutte le operazioni dipendenti dall'appalto, gratuito e irrevocabile (la revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante)

I SOGGETTI AFFIDATARI DEI CONTRATTI PUBBLICI

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI E I CONSORZI ORDINARI DI CONCORRENTI (art. 37)

La partecipazione all'esecuzione

- nel caso di **forniture** e di **servizi**, nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (comma 4)
- **in ogni caso** i concorrenti riuniti in ATI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione all'ATI (comma 13)

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Art. 38 - 1. *“Sono esclusi dalle 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 ... “:*

La norma sostanzialmente ripropone il contenuto dell'art. 75 del DPR 554/1999, integrato con alcune fattispecie d'illecito previste dall'art. 45 della direttiva n.18/2004

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. a) L'INSUSSISTENZA DELLO STATO DI FALLIMENTO, DI LIQUIDAZIONE COATTA, DI CONCORDATO PREVENTIVO

La disposizione delinea il requisito “generale” costituito dallo “*stato di affidabilità economica*” dell’operatore e che consiste nell’assenza di stati dichiarati di:

- fallimento;
- liquidazione coatta amministrativa;
- concordato preventivo.

Diversamente dall’art. 75 del DPR 554/1999 non viene richiamata l’amministrazione controllata (fattispecie soppressa dall’art. 147, comma 2, del D. Lgs. 9.01.2006, n. 5)

Diversamente dall’art. 17 del DPR 34/2000 non vengono richiamate:

- l’amministrazione straordinaria;
- le vicende, anche volontarie, di liquidazione o di cessazione dell’attività imprenditoriale.

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. b) L'INESISTENZA DI PROCEDURE CONCORSUALI PENDENTI

A differenza delle fattispecie descritte in precedenza, in questo caso è richiesta la “*pendenza*” di una procedura per la dichiarazione di:

- fallimento;
- liquidazione coatta amministrativa;
- concordato preventivo.

Anche in questo caso, non vengono più indicate quale requisito generale l'assenza di procedure in corso per la dichiarazione di:

- amministrazione controllata (fattispecie soppressa dall'art. 147, comma 2, del D. Lgs. 9.01.2006, n. 5);
- amministrazione straordinaria.

Secondo l'Autorità LL.PP. (deliberazione 144/2004) una procedura concorsuale non può ritenersi formalmente aperta con il deposito del ricorso per la relativa ammissione, ma solo con l'emissione del decreto del Tribunale che dichiara l'ammissibilità della domanda

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

L'ASSENZA DI PROCEDIMENTI IN CORSO PER L'APPLICAZIONE DI "MISURE ANTIMAFIA"

La causa di esclusione consiste nella pendenza di un *“procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27.12.1956, n. 1423, o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31.05.1965, n. 575”*

Quali sono le “misure antimafia” richiamate dalla norma?

- sorveglianza speciale della p.s.; divieto di soggiorno o obbligo di soggiorno in un determinato comune (art. 3 legge 1423/1956);
- divieto di ottenimento o decadenza da licenze di polizia, di commercio, da iscrizioni in albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche, da contratti di appalto o subappalto riguardanti la P.A. (art. 10 legge 575/1965)

Si vedano le determinazioni dell'Autorità LL.PP.16-23/2001 e 13/2003

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

L'ASSENZA DI PROCEDIMENTI IN CORSO PER L'APPLICAZIONE DI "MISURE ANTIMAFIA"

Ulteriori fattispecie rilevanti

(Autorità LL.PP.:determinazione 13/2003)*

- condanna con sentenza definitiva, oppure confermata in appello, per uno dei delitti di associazione di stampo mafioso ex art. 51, comma 3 bis, c.p.p. (art. 10, comma 5, ter, L.575/65);
- avvenuta irrogazione della misura di prevenzione (art. 10, comma 2, L.575/65);
- l' "informazione supplementare atipica" (art. 4,D.Lgs 490/94)

* *La determinazione si riferisce espressamente alla causa di esclusione ex art. 75, c. 1, lett. b), DPR 554/1999*

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

L'ASSENZA DI PROCEDIMENTI IN CORSO PER L'APPLICAZIONE DI "MISURE ANTIMAFIA"

La "pendenza" del procedimento "antimafia"

Il procedimento è da ritenersi "pendente" quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta dell'applicazione della misura di prevenzione nei registri di cui all'art. 34 della legge 19.03.1990, n. 55, tenuti dalle segreterie delle Procure della Repubblica presso le Cancellerie dei Tribunali.

La documentazione comprovante l'iscrizione nei registri è rappresentata dal certificato dei carichi pendenti.

28

I soggetti interessati

Il titolare dell'impresa individuale, tutti i soci nel caso di Snc, i soci accomandatari nel caso di Sas, gli amministratori muniti di rappresentanza per altre Società e per i Consorzi, in tutti i casi anche il direttore tecnico

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. c) LE SENTENZE PENALI DI CONDANNA ED I PROVVEDIMENTI ASSIMILATI

Provvedimenti rilevanti:

- sentenze di condanna passate in giudicato;
- decreti penali di condanna (così già l’Autorità LL.PP. determinazione 13/2003)
- sentenze di applicazione della pena su richiesta (c.d. “patteggiamento”)

Soggetti interessati:

- il titolare e il direttore tecnico nel caso dell’impresa individuale
- il socio e il direttore tecnico nel caso di Snc
- il socio accomandatario e il direttore tecnico nel caso di Sas
- l’amministratore munito di rappresentanza e il direttore tecnico negli altri tipi di Società e nei Consorzi

Rilevano anche i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, qualora l’impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata (ad es.: azione di responsabilità ex art. 2393 c.c.).

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

LE SENTENZE PENALI DI CONDANNA ED I PROVVEDIMENTI ASSIMILATI

I provvedimenti giurisdizionali debbono riguardare *“reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”*

Tipologia dei reati che incidono sulla moralità professionale *

- Reati contro la pubblica amministrazione;
- Reati contro l'ordine pubblico;
- Reati contro la fede pubblica;
- Reati contro il patrimonio

* (così: art. 27, comma 2, lett. q), DPR 34/2000; Circolare Ministero LL.PP. 1.3.2000 n.182/400/93; determinazioni Autorità LL.PP. 56/2000, 16-23/2001, 13/2003, 6/2004)

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

LE SENTENZE PENALI DI CONDANNA ED I PROVVEDIMENTI ASSIMILATI

Il criterio dell' "equo apprezzamento"

La Stazione appaltante deve tener presente, ai fini dell'accertamento del requisito generale di qualificazione (assenza della causa di esclusione):

- dell'elemento psicologico del reato (dolo, colpa grave, colpa semplice)
- della gravità del fatto, sulla base, ad esempio, delle relative conseguenze dannose sulla persona offesa
- delle eventuali recidive
- del tempo trascorso dalla commissione del fatto per il quale è stata pronunciata la sentenza penale di condanna o di patteggiamento o il decreto penale di condanna

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

LE SENTENZE PENALI DI CONDANNA ED I PROVVEDIMENTI ASSIMILATI

Costituiscono sempre causa di esclusione dalle gare e di impedimento alla stipula dei contratti di concessione, di appalto e di subappalto, per cui le stazioni appaltanti non dispongono al riguardo di alcun potere di apprezzamento discrezionale, le condanne, con sentenza passata in giudicato, per i seguenti reati richiamati dall'art. 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18:

- partecipazione a un organizzazione criminale (*associazione per delinquere: art. 416 c.p.; associazione di stampo mafioso: art. 416-bis c.p.*)
- corruzione (*corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio: art. 319 c.p.*)
- frode che lede gli interessi delle Comunità europee (*malversazione: art. 316 c.p.; indebita percezione di erogazioni pubbliche: art. 316-ter c.p.; truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: art. 640-bis c.p.; indebito conseguimento di contributi comunitari; art. 2, legge 23.12.1986, n. 898*)
- riciclaggio (*riciclaggio: art. 648-bis c.p.*)

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Le Stazioni appaltanti non dispongono di poteri di apprezzamento discrezionale neppure nelle ipotesi previste dall'art. 38, lett. m), del D.Lgs. 163/2004:

- reati che comportano l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (art. 32, quater del c.p.)
- reati che comportano tale sanzione interdittiva a carico dell'impresa (ai sensi del D.Lgs. 231/2001)

In questi casi l'effetto ostativo alla qualificazione o all'ammissione alla singola gara è già sancito dalle disposizioni che disciplinano la "pena accessoria" o la "sanzione amministrativa" a carico della persona giuridica.

Il Codice dei contratti pubblici ha esplicitato con specifica norma quanto già evidenziato dall'Autorità LL.PP. (determinazione 13/2003)

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

LE SENTENZE PENALI DI CONDANNA ED I PROVVEDIMENTI ASSIMILATI

Efficacia “sanante”

- della riabilitazione (causa di estinzione della pena ex art. 178 c. p.), pronunciata dal giudice di sorveglianza, su istanza del condannato, una volta trascorsi 5 anni (10 anni nel caso di recidivi) dall'esecuzione della pena principale;
- dell'estinzione del reato, disposta con ordinanza dal giudice dell'esecuzione (art. 676 c.p.p.), nel caso di “patteggiamento”, quando siano trascorsi 5 anni (nel caso di delitto) e 2 anni (nel caso di contravvenzione), senza commissione di altro delitto o di altra contravvenzione della stessa indole (art. 445 c.p.p.)

34

Sul punto si vedano il comunicato alle SOA n. 282002 e la determinazione 13/2003

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Modalità di dimostrazione del requisito

“2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

“3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo si applica l’art. 43 del DPR 28 dicembre 2000, n. 445 [...]. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all’art. 21 del DPR 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all’art. 33, comma 1, del medesimo DPR 313/2002.”

35

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. d) LA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI INTESTAZIONE FIDUCIARIA

Secondo l'art. 17, comma 3, della legge 55/1990, con DPCM sono “*definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari. Con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che quest'ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti; in presenza di violazioni alle disposizioni del presente comma, si procede alla sospensione dall'Albo Nazionale dei Costruttori o, nei casi di recidiva, alla cancellazione dall'Albo stesso.*”

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. e) VIOLAZIONI DELLE NORME IN MATERIA DI SICUREZZA E DI OBBLIGHI DERIVANTI DAI RAPPORTI DI LAVORO

Per avere effetto ostativo alla qualificazione, le violazioni delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui luoghi di lavoro, così come dei restanti obblighi derivanti dai rapporti di lavoro debbono essere:

- **“gravi”**. La gravità può desumersi dalla tipologia dell’infrazione, della corrispondente sanzione, dell’eventuale reiterazione, dal grado di colpevolezza e dalle conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro), ecc.;
- **“definitivamente accertate”**. L’accertamento deve avere carattere di definitività sul piano amministrativo o giurisdizionale (l’Autorità LL.PP., nella determinazione 13/2003 sottolinea la differenza tra l’espressione “definitivamente accertate” del DPR 34/2000 e quella “debitamente accertate” del DPR 554/1999, per la quale è sufficiente un accertamento amministrativo, ancorché non definitivo, perché tuttora oppugnabile)

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. f) GRAVE NEGLIGENZA, MALAFEDE, ERRORE GRAVE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' PROFESSIONALE

La norma delinea due diverse situazioni:

- la commissione di **grave negligenza o malafede** nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla **stazione appaltante che bandisce la gara**
- la commissione di **errore grave nell'esercizio dell'attività professionale**, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante

Attualmente sono inseriti nel Casellario informatico, a norma dell'art. 27, comma 2, lett. p), del DPR 34/2000, *“eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori pubblici ovvero gravi inadempienze contrattuali anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporti di lavoro, comunicate dalle stazioni appaltanti”*

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. g) VIOLAZIONI IN MATERIA DI PAGAMENTO DI IMPOSTE E TASSE

La norma richiede che le irregolarità siano “*definitivamente accertate*”.

Secondo l’Autorità LL.PP. (determinazioni 16-23/2001 e 13/2003), che si è pronunciata sull’identica fattispecie dell’art. 75, comma 1, lett. g), del DPR 554/1999, la definitività può conseguire:

- da una decisione giurisdizionale non più impugnabile
 - oppure
- da un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

Secondo l’Autorità LL.PP., ai fini dell’attestazione da parte della SOA della sussistenza del requisito generale di cui trattasi, l’impresa deve consegnare a quest’ultima una dichiarazione sostitutiva di atto notorio circa l’inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse (determinazioni 47/2000 e 6/2004).

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. h) LE FALSE DICHIARAZIONI SUI REQUISITI

Le “false dichiarazioni”, per produrre effetto ostativo riguardo alla sussistenza del requisito di ordine generale per la qualificazione e per l’ammissione alla singola gara devono:

- avere ad oggetto i requisiti (sia di ordine generale, sia di ordine speciale) richiesti per il conseguimento della qualificazione nel “sistema unico”, oppure richiesti per l’ammissione alla singola procedura di affidamento di un contratto di lavori, forniture o servizi;
- non dipendere da un “errore scusabile” (vedi Autorità LL.PP. determinazione 16-23/2001);
- essere oggetto di una “annotazione” inserita nel Casellario informatico (attualmente ex art. 27, comma 2, lett. s, DPR 34/2000) da non più un anno (determinazione Autorità LL.PP. 1/2005, che modifica quanto stabilito nella determinazione 16-23/2001, che faceva decorrere l’anno dalla falsa dichiarazione e non dal suo inserimento nel Casellario).

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. i) VIOLAZIONI ALLE NORME IN MATERIA DI CONTRIBUZIONE SOCIALE

Secondo la disposizione del Codice, per avere effetto ostativo alla qualificazione, le violazioni alle norme in materia di contribuzione sociale devono essere :

“gravi”. La gravità può desumersi dalla tipologia dell’infrazione, della corrispondente sanzione, dell’eventuale reiterazione, ecc.;

- “definitivamente accertate”. L’accertamento deve avere carattere di definitività sul piano amministrativo o giurisdizionale (nella determinazione dell’Autorità LL.PP. n.13/2003 viene sottolineata la differenza tra l’espressione “definitivamente accertate”, impiegata dal DPR 34/2000, e quella “debitamente accertate”, impiegata dal DPR 554/1999, per il quale è sufficiente un accertamento amministrativo, ancorché non definitivo, perché tuttora oppugnabile).

A differenza di quanto previsto dall’art. 75, lett. e), del DPR 554/1999, non è più richiesto che la violazione risulti “*dai dati in possesso dell’Osservatorio*”

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

LA CERTIFICAZIONE DI REGOLARITA' CONTRIBUTIVA – D.U.R.C.

Art. 38 - 3. “[...]; resta fermo, per l'**affidatario**, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2 del D.L. 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'art. 3, comma 8, del D. Lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e successive modifiche e integrazioni [...].”

Attenzione: mentre la partecipazione alla gara non viene automaticamente preclusa da un'irregolarità in materia di contributi sociali che non possa considerarsi “grave” e che non risulti “definitivamente accertata”, l'esistenza di irregolarità risultanti dal D.U.R.C. – ancorché non “definitivamente accertate” ed eventualmente neppure “gravi” può costituire causa ostativa all'efficacia della aggiudicazione definitiva (ex art. 11, comma 8: *“l'aggiudicazione definitiva diviene efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*) e, comunque, della stipula del contratto.

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. I) OMESSA CERTIFICAZIONE SUL COLLOCAMENTO DEI DISABILI

E' necessario presentare in gara:

- la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68
oppure
- una dichiarazione sostitutiva (ex art. 77 *bis* del DPR 445/2000)

L'art. 17 della legge 68/1999 obbliga i datori di lavoro che occupano più di 14 dipendenti a produrre, a pena di esclusione dalla gara:

- una dichiarazione del legale rappresentante che attesta di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili
- apposita certificazione rilasciata dagli Uffici competenti (Ufficio per l'impiego della Provincia), dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della legge 68/1999.

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. m) LA SANZIONE INTERDITTIVA DEL DIVIETO DI CONTRARRE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il D. Lgs. 231/2001 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni*) stabilisce che:

- tali soggetti sono oggettivamente responsabili per i reati commessi nel loro interesse / vantaggio da parte di persone che rivestono ruoli di rappresentanza / amministrazione / direzione, o da parte dei loro sottoposti
- i reati che assumono rilievo sono soprattutto contro la pubblica amministrazione o contro il patrimonio
- le sanzioni a carico delle persone giuridiche, società, associazioni, sono di carattere pecuniario e/o di carattere interdittivo (tra cui il **divieto di contrattare con la pubblica amministrazione**)
- la responsabilità viene meno se il soggetto ha adottato modelli organizzativi interni, atti a prevenire la commissione dei reati.

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

art. 38 lett. m-bis) SOSPENSIONE O DECADENZA ATTESTAZIONE
SOA

La sanzione scatta per avere prodotto falsa documentazione o per avere
reso dichiarazioni mendaci risultanti dal casellario informatico

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Nel dibattito che ha preceduto ed accompagnato il recepimento della direttiva 18/2004 e l'emanazione del codice si è sottolineato che nella direttiva :

- l'avvalimento “gara per gara” è configurato come facoltà del concorrente, senza che lo Stato membro possa precluderne l'utilizzo (** il Consiglio di Stato – Sez. VI, 11.04.2006, n. 2010, ha ritenuto direttamente applicabile, dal 1° febbraio 2006, la norma comunitaria anche in assenza di un suo recepimento formale*)
- l'avvalimento nel “sistema di qualificazione” è, invece, rimesso alla scelta degli Stati membri, peraltro solo nel senso che è facoltativa la costituzione di elenchi ufficiali di esecutori di lavori/forniture/servizi, mentre una volta proceduto a tale costituzione, la previsione dell'avvalimento dei requisiti per l'iscrizione negli elenchi ha natura obbligata.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Si è concluso che il codice dei contratti dovesse prevedere e disciplinare sia l'avvalimento “gara per gara”, sia l'avvalimento nel “sistema di qualificazione”, configurandoli entrambi con riguardo a tutti gli ambiti di disciplina del codice:

- lavori pubblici
- forniture
- servizi.

Tutto ciò non si dimostra coerente con la scelta che lo stesso codice ha operato riguardo alle modalità di qualificazione dei soggetti che operano in tali, distinti, ambiti.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Infatti la qualificazione “gara per gara” è prevista per gli appalti di forniture e di servizi (artt. 41 e 42) (** nei settori tradizionali l’iscrizione in elenchi ufficiali non può configurarsi quale condizione necessaria per la partecipazione all’appalto art. 45, comma 4*), mentre la qualificazione attraverso un “sistema unico” è prevista come obbligatoria solo per gli appalti di lavori pubblici (art. 40).

Ne consegue una grave “asimmetria” tra le caratteristiche della qualificazione e le modalità dell’avvalimento, con particolare riferimento all’ambito dei lavori pubblici, ove si vorrebbe far “convivere” un “sistema unico” di qualificazione con il riconoscimento della facoltà di avvalimento “gara per gara”.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 49: “1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato [...], in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell’attestazione SOA di altro soggetto.”

- a) l'avvalimento “gara per gara” è consentito in ogni ambito di appalto (servizi, forniture ed anche lavori pubblici)
- b) lo possono utilizzare sia i concorrenti singoli, sia quelli che fanno parte di ATI o di qualsiasi tipologia di consorzio
- c) può riguardare sia i singoli requisiti “speciali”, sia l’attestazione SOA

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 49: “2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all’eventuale attestazione SOA propria e dell’impresa ausiliaria [...].”

Problema

L’espressione “*eventuale*” riferita all’attestazione SOA si spiega:

- perché la norma riguarda tutti gli ambiti di appalto, mentre la attestazione SOA attiene ai soli appalti di lavori pubblici ?
- perché la norma consente la partecipazione alla gara e l’esecuzione del lavoro pubblico anche al concorrente privo di attestazione SOA (l’assenza dell’attestazione non può riguardare l’impresa ausiliaria, perché i relativi requisiti di qualificazione, oggetto di avvalimento da parte del concorrente, debbono essere già attestati da una SOA) ?

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

Art. 49: “2 Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all’eventuale attestazione SOA propria e dell’impresa ausiliaria:

- a) una sua dichiarazione verificabile [...], attestante l’avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell’impresa ausiliaria;*
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all’articolo 38;*
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell’impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 38;”*

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

“d) una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui [...] si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse [...] di cui è carente il concorrente;”

Problema

Qual è la sorte dell’appalto acquisito grazie all’avvalimento, qualora l’impresa ausiliaria non rispetti l’obbligo di mettere a disposizione le risorse di cui il concorrente/appaltatore era carente ?

Venendo meno in corso d’appalto la disponibilità in capo all’appaltatore dei requisiti di qualificazione, si ha la nullità (o l’annullabilità) del contratto per sopravvenuto difetto della capacità giuridica (legittimazione soggettiva a concorrere alla gara ed a stipulare il contratto) dell’appaltatore, o si può immaginare una soluzione analoga a quella delineata dall’art. 94 DPR 554/1999 (art. 37, comma 19, del codice) per il fallimento della mandante di una ATI ?

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

“ e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata [...] né si trova in una situazione di controllo [...] con una delle altre imprese che partecipano alla gara;

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;”

53

Problema

Nel caso di lavori, dove l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA, qual'è l'oggetto del contratto ?

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

“L’avvalimento nelle gare per l’affidamento di lavori sembra nella sostanza riferirsi all’attestazione SOA, di conseguenza la dichiarazione relativa alla messa a disposizione delle risorse dovrebbe riferirsi all’insieme dei mezzi, del personale e dei beni materiali e immateriali che hanno permesso il rilascio di questa attestazione [...]. In ultima analisi, si dovrebbe concludere che l’impresa ausiliaria debba dichiarare che mette a disposizione non questa o quella singola risorsa, bensì l’azienda nel suo complesso o al massimo un ramo di azienda”

(R. Mangani, “Debutta l’avvalimento ma in versione ridotta rispetto alle direttive europee”, Edilizia e Territorio, 17/2006)

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

- In ciascuna gara ogni impresa ausiliaria può avvalere una sola impresa concorrente
- Alla singola gara non possono partecipare contemporaneamente sia l'impresa concorrente, sia l'impresa sua ausiliaria

L'eccezione

Se consentito dal bando, in ragione della peculiare natura dell'appalto e della connessa esiguità del numero di soggetti in possesso di particolari attrezzature, le imprese che dispongono di quest'ultime possono prestare avvalimento a più concorrenti, purché a parità di condizioni economiche.

Conclusioni

L'istituto dell'avvalimento ed il relativo recepimento nell'ordinamento interno presentano numerose aree problematiche.

Soprattutto con riguardo ai lavori pubblici è innegabile la difficile conciliabilità dell'avvalimento (soprattutto di quello azionabile "gara per gara") con il sistema "unico" di qualificazione basato sull'attestazione SOA.

Inoltre, l'istituto dell'avvalimento può prestarsi a potenziali elusioni della disciplina delle ATI e dei consorzi, così come di quella che regola i limiti quantitativi del subappalto.

L'AVVALIMENTO NEL CODICE DEI CONTRATTI

- **SCHEMA:**
- **DOCUMENTAZIONE:**
 - - Dichiarazione impresa concorrente di avvalersi dei requisiti dell'impresa ausiliaria;
 - - Dichiarazione impresa concorrente sui propri requisiti generali;
 - - Dichiarazione impresa ausiliaria sui propri requisiti generali;
 - - Dichiarazione impresa ausiliaria di impegno a mettere i propri requisiti a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto;
 - - Dichiarazione impresa ausiliaria di non partecipazione alla gara in nessun modo (forma singola, associata, consorziata o imprese controllate/controllanti)
- Originale o copia autentica del Contratto attestante il legame giuridico (in caso di avvilimento infragruppo è sufficiente una semplice dichiarazione sostitutiva)
- **LIMITAZIONI/PRESCRIZIONI:**
 - - Assoggettamento dell'impresa ausiliaria alle verifiche antimafia;
 - - Limite di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito (salvo diversa previsione del bando che può ammettere più imprese ausiliarie per requisito);
 - - L'impresa ausiliaria può prestare i requisiti ad un solo concorrente (salvo diversa previsione del bando);
 - - Il bando può prevedere la Limitazione ad una sola tipologia di requisiti (solo requisiti tecnici o economici) o a parte di essi (la percentuale può essere fissata dal bando). In questo caso il concorrente deve possedere il requisito almeno in parte;
 - - Obbligo di comunicare l'avvalimento all'Autorità.
 - - Vincolo di responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria con l'ausiliata