Consulenza Legale Appalti

Requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici

L'Autorità di Vigilanza si esprime con la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

on la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012, recante "indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici", l'Autorità di vigilanza ha fornito alcuni chiarimenti di carattere operativo in relazione ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, del Codice degli appalti.

Tale determinazione, che segue la determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, recante "Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi" e il documento di consultazione "prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", si è resa necessaria a seguito delle recenti modifiche introdotte all'art. 38 del Codice dei contratti ad opera (i) del DL n. 70 del 13 maggio 2011 convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 106/2011, (ii) dall'art. 20, comma 1, lett. d) del decreto legge n. 5 del 9 febbraio 2012 convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 35/2012 e (iii) dall'art. 1, comma 5, del decreto legge 2



Misure di prevenzione

Art. 38, comma 1, lett. b

In primo luogo, l'Autorità si sofferma sulle novità introdotte dalla legge n. 106/2011 all'art. 38, comma 1, lett. b), avente ad oggetto l'esclusione dalle procedure di gara dei soggetti nei cui confronti è pendente un procedimento per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia. L'art. 4 della legge 106/2011 ha esteso l'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione in commento, inserendovi anche "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".

Con riferimento alla locuzione "persona fisica", l'Autorità ha chiarito che l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione in discorso deve intendersi circoscritta unicamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci. Tale conclusione discenderebbe, ad avviso dell'Autorità, dalla ratio sottesa alla prescrizione in esame; nelle ipotesi di società con meno di quattro soci, infatti, il potere del socio di maggioranza è senza dubbio minore rispetto a quello in capo al socio unico, con la conseguenza che risulterebbe del tutto illogico limitare l'accertamento in esame alla persona fisica solo per il socio unico ed estendere, invece, tale accertamento anche alle persone giuridiche nelle ipotesi di società con due o tre soci.

L'Autorità si sofferma, quindi, sul significato da attribuire alla locuzione "socio di maggioranza".

Tale espressione andrebbe intesa nel senso di effettuare i controlli di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), nei confronti del socio che detiene il controllo della società, controllo che ben può discendere anche dalla detenzione della sola maggioranza relativa. Tale assunto sarebbe, del resto, conforme alla *ratio* della norma in esame, che mira, infatti, ad assoggettare ad una verifica ancora più stringente unicamente quelle società in cui i singoli soci, in ragione della ridotta compagine azionaria, potrebbero esercitare un'influenza dominante.

Sul punto l'Autorità precisa, altresì, che nel caso di società con due soci, che detengano ciascuno il 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), devono essere rese da entrambi. Quanto, infine, alle modalità con cui le stazioni appaltanti possono procedere alle verifiche necessarie ai fini che qui ci occupano, l'AVCP, ad integrazione di quanto già evidenziato con la determinazione n. 1/2010, ha chiarito che le medesime potranno indirizzare la richiesta di verifica del possesso del requisito in esame al tribunale del luogo di residenza/dimora del soggetto persona fisica che rilascia la dichiarazione; il procedimento per

l'irrogazione di una misura di prevenzione, infatti, può considerarsi pendente solamente a seguito dell'iscrizione nell'apposito registro di cancelleria del tribunale della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, avanzata da uno dei soggetti legittimati (sul punto si veda anche la circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia Penale, del 9 dicembre 2011, recante "Modalità di verifica da parte degli enti pubblici appaltanti dell'eventuale pendenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di coloro che partecipano alle procedure per l'affidamento di concessioni o appalti").

Sentenze di condanna che incidono sulla moralità professionale

Art. 38, comma 1, lett. c

L'Autorità prende, quindi, in esame la disposizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. c), avente ad oggetto l'esclusione dalle procedure di affidamento nelle ipotesi di sentenza di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale e reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio. Con la determinazione in commento, l'Autorità ha, in particolare, fornito alcuni chiarimenti in merito a (i) i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, (ii) le modalità con cui le stazioni appaltanti possono evitare di incorrere nella causa ostativa in esame nelle ipotesi di condotta delittuosa di soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara e (iii) le condanne da dichiarare in sede di dichiarazione sostitutiva.

Quanto al punto sub (i) l'Autorità di Vigilanza, rimandando a quanto osservato con riferimento all'art. 38, comma 1, lett. b) in merito all'interpretazione da dare alle locuzioni di "persona fisica" e "socio di maggioranza", ha chiarito che gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza sono tenuti a rendere le dichiarazioni a prescindere dal fatto che nella sostanza svolgano o meno tale attività; secondo l'Autorità, pertanto, è del tutto irrilevante la ripartizione interna dei compiti e delle deleghe tra gli appartenenti al management societario. I procuratori *ad negotium* sono, dunque, esclusi dal novero dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c); tali soggetti saranno, infatti, tenuti a rendere le dichiarazioni in esame unicamente nell'ipotesi in cui siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, non essendo, invece, sufficiente il solo conferimento del mero potere di rappresentare la società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la PA.

Con riferimento al punto sub (ii) l'AVCP ha, invece, rilevato che, mentre nella formulazione antecedente alle modifiche apportate dalla l. n. 106/2011, per evitare l'esclusione conseguente alla condotta delittuosa dei soggetti cessati dalla carica, si richiedeva di fornire alla stazione appaltante la dimostrazione dell'adozione di "atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata", il nuovo testo della disposizione in commento richiede, oggi, la dimostrazione della "completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata".

Secondo l'avviso espresso con la determinazione in commento, tale modifica sarebbe indice della volontà del Legislatore di separare la prova dell'intervenuta effettiva e completa dissociazione dalla formale adozione di atti e misure indirizzati in tal senso. Tra gli indici rilevatori dell'effettività della dissociazione, l'Autorità ha, a titolo esemplificativo, richiamato le circostanze già individuate con la determinazione n. 1/2010 ovvero "l'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale".

Quanto, infine, al punto sub (iii) l'AVCP ha evidenziato come la nuova formulazione del comma 2, dell'art. 38, che impone al concorrente di indicare tutte le condanne penali riportate, comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione, fatte salve unicamente le condanne relative a reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna, le condanne revocate e le condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione, ha definitivamente chiarito che spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità delle condanne riportate; il concorrente sarà pertanto tenuto ad indicare tutte le condanne, non potendo, quest'ultimo, effettuare nessuna valutazione in ordine alla gravità del reato ascrittogli. Nei casi di omessa dichiarazione di condanne riportate sarà, pertanto, legittimo il provvedimento di esclusione del concorrente, senza necessità di alcuna valutazione sulla gravità della condanna da parte della stazione appaltante; in tali casi, infatti, l'esclusione dell'operatore discende direttamente dalla omissione della prescritta dichiarazione. In tali ipotesi la stazione appaltante sarà, altresì, tenuta a segnalare la condotta del concorrente che abbia omesso di indicare le condanne riportate all'Autorità di Vigilanza che, ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, dispone l'iscrizione nel casellario informatico se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave.

Divieto di intestazione fiduciaria

Art. 38, comma 1, lett. d

La determinazione in commento si sofferma, quindi, sulla prescrizione contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. d), avente ad oggetto l'esclusione dei soggetti che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria previsto dall'art. 17 della legge n. 55/90.

L'art. 4, della I. n. 106/2011 ha inserito nella disposizione in commento la seguente previsione: "l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamente."

to definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa".

Sul punto l'Autorità di Vigilanza si è limitata ad osservare che (i) l'espressione "accertamento definitivo della violazione" richiama l'ipotesi di accertamento definito con provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile e (ii) l'interdizione dovrebbe decorrere dal momento in cui diventa inoppugnabile il provvedimento con cui l'amministrazione aggiudicatrice/committente accerta la violazione dell'intestazione fiduciaria, in quanto sono le stesse amministrazioni aggiudicatrici ad essere legittimate ad esercitare il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e il divieto di intestazione fiduciaria.

Irregolarità fiscali

Art. 38, comma 1, lett. g

La determinazione in commento prende, quindi, in esame la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), avente ad oggetto l'esclusione dei soggetti che abbiano "commesso violazioni gravi, definitivamente accertate", in materia di pagamento delle imposte e tasse.

La novella legislativa ha introdotto nella disposizione in esame l'aggettivo "gravi".

Il secondo comma dell'art. 38, come risultante a seguito delle modifiche apportate dalla I. n. 106/2011 e dalla I. n. 44/2012, chiarisce, poi, 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.PR 29 settembre 1973, n. 602" (ovvero di importo superiore a diecimila Euro - art. 4, l. n. 106/2011) e che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili" (art. 1, comma 5, l. 44/2012). Con specifico riferimento alla definitività dell'accertamento della violazione tributaria, l'Autorità ha evidenziato che l'art. 1 della I. n. 44/2012, oltre ad aver aggiunto l'inciso sopra richiamato all'art. 38, comma 2, dispone, altresì, al comma 6, che "Sono fatti salvi i comportamenti già adottati alla data di entrata in vigore del presente decreto dalle stazioni appaltanti in coerenza con la previsione contenuta nel comma 5"; pertanto, il comma 6 della disposizione in commento attribuisce carattere retroattivo alla disposizione contenuta al comma 5.

A tale riguardo, l'Autorità, ribadendo quanto già affermato con la determinazione n. 1/2010, ha chiarito che non si intendono scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato concordato un piano di rateazione ed il contribuente sia in regola con i relativi pagamenti, a condizione che il concorrente dimostri di aver beneficiato di tale misura entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara o di presentazione dell'offerta.

Da ultimo, con la determinazione in commento viene chiarito che non è rinvenibile in capo alla stazione appaltante alcun margine discrezionale per la valutazione della gravità della violazione dell'operatore economico, con la conseguenza che in presenza di un'irregolarità fiscale, di importo superiore a quello previsto dalla normativa sopra richiamata, la stazione appal-

tante sarà tenuta ad escludere il concorrente essendo la valutazione della gravità della violazione già compiuta a monte da parte del Legislatore.

False dichiarazioni

Art. 38, comma 1, lett. h

L'Autorità si sofferma, quindi, sulla disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. h) del Codice dei Contratti. Nella versione antecedente alle modifiche in commento, l'art. 38, comma 1, lett. h) affermava l'esclusione dei soggetti che, nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando, avevano reso false dichiarazioni in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, secondo i dati in possesso dell'Osservatorio. Tale prescrizione aveva, tuttavia, sollevato alcuni dubbi interpretativi, aventi, in particolare, ad oggetto (i) la decorrenza della causa di esclusione annuale individuata nella data di iscrizione nel casellario informatico e (ii) l'ambito delle false dichiarazioni da iscrivere nel casellario informatico.

Le modifiche apportate al codice dei contratti hanno riscritto la lettera h) ed inserito un nuovo comma 1-ter all'art. 38 del d.lgs. 163/2006.

La nuova lettera h) prevede, ora, che la stazione appaltante escluda gli operatori economici che risultano iscritti nel casellario informatico dell'Osservatorio per aver reso falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti o condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, senza alcun margine di discrezionalità.

Sul punto, l'Autorità, confermando quanto rilevato con la determinazione n. 1/2010, ha chiarito che (i) in presenza di un'annotazione per falsa dichiarazione a carico di un operatore economico l'esclusione è automatica, senza che permanga in capo alla PA alcun margine di discrezionalità e (ii) nelle ipotesi in cui la stazione appaltante ravvisi falsità nelle dichiarazioni rese dal concorrente o nella documentazione presentata, la stessa deve comunque procedere all'esclusione in quanto l'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti si configura come autonoma causa di esclusione dalla procedura di gara.

Il nuovo art. 38, comma 1-ter, d.lgs. 163/2006, 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 che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia". L'iscrizione nel casellario informatico non può, dunque, mai essere automatica essendo, invece, subordinata ad un'indagine dell'AVCP volta all'accertamento dell'elemento soggettivo consistente nel dolo o colpa grave in considerazione della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione.

In conclusione (i) l'esclusione dalla singola gara è pronunciata dalla stazione appaltante in presenza di falsa dichiarazione resa dall'operatore economico nella stessa gara, (ii) l'esclusione da altre gare, per un anno, è comminata dall'Autorità di vigilanza al termine di un'indagine in cui sia accertato che la falsa dichiarazione sia stata resa dall'operatore con dolo o colpa grave. Da ultimo, l'Autorità ha precisato che l'esclusione dalla singola gara non comporta automaticamente l'iscrizione nel casellario informatico e la conseguente esclusione dalle altre gare.

Irregolarità contributive

Art. 38, comma 1, lett. i

Nessuna modifica è stata apportata all'art. 38, comma 1, lett. i) del d.lgs. 163/2006, ai sensi del quale non possono partecipare alle procedure di gara i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Il c.d. decreto sviluppo ha però inserito, al comma 2 della disposizione in commento, un inciso che chiarisce il significato da attribuire all'espressione "violazioni gravi". Ai sensi dell'art. 38, comma 2, infatti, "si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266".

Pertanto, l'emissione di un DURC irregolare equivarrebbe, di fatto, alla sussistenza di una violazione grave, accertata dall'ente previdenziale, senza che residui alcun margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante, che è, dunque, vincolata alle risultanze del documento unico di regolarità contributiva.

Alcun chiarimento è stato, invece, introdotto dalle modifiche in commento con riferimento alla definitività dell'accertamento. A tale riguardo l'Autorità si è, dunque, limitata a richiamare le osservazioni già svolte con la citata determinazione n. 1/2010.

In ultimo l'Autorità, rilevato che con la l. n. 183/2011 sono state introdotte alcuni rilevanti novità in materia di rilascio di certificazioni, ha chiarito che tali novelle non comportano novità sostanziali in merito alle modalità di partecipazione alla gara. Rimane, pertanto, fermo l'obbligo per il concorrente di rendere la dichiarazione di non trovarsi nella situazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. i), spettando, poi, alla stazione appaltante pubblica ed alle amministrazioni procedenti la verifica, ex art. 71 DPR 445/2000, della correttezza delle dichiarazioni rese mediante acquisizione d'ufficio del DURC.

L'Autorità evidenzia, infine, la novità introdotta dall'art. 4, comma 14-bis, del DL n. 70/2011, ai sensi del quale "Per i contratti di forniture e servizi fino a ventimila euro stipulati con la pubblica amministrazione e le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'articolo 46, comma 1, lettera p), del testo unico di cui al d.PR 28 dicembre 2000, n. 445, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell'articolo 71 del medesimo testo unico di cui al d.PR n. 445 del 2000".

OSSERVATORIO NORMATIVO

- Determinazione Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture 16 maggio 2012, recante "Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici. (Determinazione n. 1)", (12A06767), pubblicato in GU n. 141 del 19 giugno 2012
- Comunicato Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, recante "Rilevazione degli appalti che rispettano i criteri di sostenibilità ambientale (Green Public Procurement-GPP)". (12A06835), pubblicato in GU n. 142 del 20 giugno 2012
- Decreto Ministero dell'Economia e delle Finanze 22 maggio 2012, recante "Modalità di certificazione del credito, anche in forma telematica, di somme dovute per somministrazione, forniture e appalti da parte delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici nazionali", (12A06962), pubblicato in GU n. 143 del 21 giugno 2012
- Deliberazione Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 20 giugno 2012, recante "Disposizioni relative alla riduzione compensata dei pedaggi autostradali per i transiti effettuati nell'anno 2011. (Deliberazione n. 10/2012)", (12A07112), pubblicato in GU n. 145 del 23 giugno 2012
- Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", (12G0109), pubblicato in GU n. 147 del 26 giugno 2012 Suppl. Ordinario n. 129
- Legge 6 luglio 2012, n. 94, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica", (12G0116), pubblicato in GU n. 156 del 6 luglio 2012
- Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95, recante "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini", (12G0117), pubblicato in GU n. 156 del 6 luglio 2012 Suppl. Ordinario n. 141

Sospensione o revoca dell'attestazione SOA

Art. 38, comma 1, lett. m-bis

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-bis, del Codice non possono partecipare alle procedure di gara i soggetti "nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA".

Tale disposizione, come risultante a seguito delle modifiche introdotte dal di sviluppo, consente di superare i dubbi interpretativi sorti dalla formulazione antecedente alle modifiche in commento ed aventi ad oggetto, in particolare, (i) l'indeterminatezza temporale della sanzione dell'esclusione dalle gare e (ii) la mancanza di una previsione relativa all'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

La nuova disposizione circoscrive, infatti, la causa di esclusione in esame all'esistenza, nel casellario informatico dell'Osservatorio, di una specifica iscrizione a carico dell'operatore economico per falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio della SOA ai sensi dell'art. 40, comma 9-quater, del Codice, ai sensi del quale "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell' esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia". A differenza di quanto previsto dall'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006, la sanzione dell'esclusione prevista dal citato art. 40, comma 9-quater, è sempre di un anno senza possibilità di graduazione.

Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione

Art. 38, comma 1, lett. m-ter

L'art. 38, comma 1, lett. m-ter, del Codice, sancisce l'esclusione dalle gare dei soggetti che "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". Sul punto, l'AVCP, con la determinazione in esame, ha rilevato che (i) la disposizione si applica ai soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice, (ii) tale prescrizione non trova applicazione nelle ipotesi in cui il fatto è stato commesso, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima oppure in stato di necessità o per legittima difesa e (iii) le modifiche apportate dal c.d. decreto sviluppo hanno ridotto ad un anno antecedente alla pubblicazione del bando il periodo rilevante ai fini della prescrizione in commento.

Rapporti di controllo e collegamento sostanziale

Art. 38, comma 2, in riferimento all'art. 38, comma 1, lett. m-quater

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, del d.lgs. 163/2006, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara i soggetti che "si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di af-

fidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Il secondo comma dell'art. 38, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal dl n. 70/2011, con riferimento alla causa di esclusione in discorso, richiedeva al concorrente di allegare alternativamente (i) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. con nessun partecipante alla medesima procedura, (ii) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste la situazione di controllo.

Tale disposizione, non prendeva, dunque, in esame l'ipotesi in cui il concorrente non fosse al corrente della partecipazione alla medesima gara di altre imprese in situazione di controllo.

Tale lacuna è stata superata dalle modifiche introdotte dal DL sviluppo all'art. 38, comma 2. Tale disposizione, infatti, prevede, oggi, la possibilità per il concorrente di dichiarare di non essere a conoscenza della partecipazione alla gara di altri soggetti in relazione di controllo; ai sensi della prescrizione in commento, il concorrente, ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, deve allegare alternativamente: (i) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; (ii) la dichiarazione di non essere a conoscenza della parte-

cipazione 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; (iii) 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.

Con riferimento alla prescrizione in commento, l'Autorità ha, quindi, rilevato che (i) la dichiarazione deve sempre attestare che il concorrente ha formulato l'offerta autonomamente, (ii) il concorrente non deve dichiarare l'esistenza di una situazione di controllo, bensì l'essere o meno a conoscenza della partecipazione alla gara di soggetti in relazione di controllo e (iii) nelle ipotesi in cui il concorrente dichiari di essere a conoscenza della partecipazione alla procedura di gara di soggetti che si trovano in una situazione di controllo non vi è più l'obbligo, a carico dei concorrenti, della presentazione di una busta contenente gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla determinazione dell'offerta.

Da ultimo l'Autorità, con riferimento alla causa di esclusione in discorso, ha rilevato che, come specificato dalla giurisprudenza, le eventuali comunanze a livello strutturale non sono sufficienti a dimostrare la sussistenza di un collegamento sostanziale; tali comunanze possono

tutt'al più essere considerati quali indici che necessitano, comunque, di un'ulteriore indagine volta ad accertare l'impatto concreto delle stesse sul comportamento tenuto in gara dal concorrente. Tale verifica non può prescindere dall'esame del contenuto sostanziale delle offerte e presuppone, pertanto, l'apertura delle buste contenenti le offerte, come ora richiesto espressamente dal legislatore (art. 38, comma 2, d.lgs. 163/2006).

Modifiche apportate all'art. 38, comma 1-bis

L'Autorità prende, infine, in esame le modifiche apportate all'art. 38, comma 1-bis del Codice dei Contratti, ai sensi del quale le cause di esclusione di cui all'art. 38 "non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora artt. 20 e 24 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.), ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario". Le modifiche introdotte dal DL sviluppo hanno, dunque, limitato l'inoperatività della causa di esclusione in commento al "periodo precedente al predetto affidamento"; pertanto, le cause di esclusione che ricorrono dopo l'affidamento dell'azienda o della società confiscata o sequestrata al custode o all'amministratore giudiziario, sono irrilevanti se riferite al periodo anteriore al suddetto affidamento e diventano, invece, rilevanti se riferite al periodo successivo.

