# Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso? *

di
G. Paolo Cirillo
Presidente di sezione del Consiglio di Stato
Pubblicato sul sito http://www.giustizia-amministrativa.it/ il 10 novembre 2011

## *1. Premessa.*

Anzitutto, debbo complimentarmi con chi ha scelto il titolo del mio intervento. Infatti, mentre da un lato consentirebbe a me di chiudere immediatamente la cosa dicendo che la mia esperienza di magistrato mi porta a concludere che i requisiti di qualificazione hanno costituito più occasione di contenzioso che strumento di garanzia per l'amministrazione; dall'altro, è stato icasticamente centrato il problema di fondo della materia della qualificazione, che ha sempre oscillato tra l'ansia di costruire requisiti che effettivamente dessero garanzie all'amministrazione e le comprensibili esigenze delle imprese escluse di tentare in ogni modo di far cadere l'intero procedimento di gara, proponendo in sede giurisdizionale letture formalistiche, non sempre respinte dal giudice amministrativo. E' significativa l'efficace espressione di un attento scrittore (Virga), il divieto di <<caccia all'errore>> nelle gare, a seguito dell'inserimento nel codice dei contratti pubblici, all'art. 46, del comma 1 bis, che ha previsto il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare, estendendo il cosiddetto potere di soccorso e realizzando al tempo stesso il divieto di inserimento nei bandi di cause di esclusione più rigorose di quelle previste in via generale dal codice, con la conseguente valorizzazione, al massimo grado possibile, dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del medesimo codice.

Bisogna subito premettere che il legislatore dell'estate 2011 era ben consapevole di ciò, laddove -apportando copiose modifiche alla normativa degli appalti pubblici e, in particolare, alla materia della qualificazione, con l'articolo 4, decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106- ha ritenuto che proprio intervenendo in questa materia gli avrebbe consentito di raggiungere lo scopo che si era prefissato.

Infatti, il primo comma dell'indicata disposizione contiene l'enunciazione degli scopi che il legislatore intende raggiungere, tra cui anche quello di garantire un più efficace sistema di controllo e ridurre il contenzioso, oltre agli altri due, costituiti dalla riduzione dei tempi di costruzione delle opere pubbliche, specialmente se di interesse strategico, e la semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici relativi alle opere pubbliche. A ciò vanno aggiunte tutte quelle

modifiche attraverso le quali si intende realizzare la riduzione dei costi, che sono poi alla base di tutti gli interventi correttivi della finanza pubblica dei mesi precedenti.

Ma veniamo alle novità in materia di qualificazione.

## *2. Rassegna delle principali novità in tema di requisiti generali di partecipazione alle gare.*

Credo non si possa prescindere dalla rassegna, sia pure ragionata, delle principali novità contenute nel decreto convertito.

Si diceva di come sia stato novellato in modo consistente proprio l'art. 38, codice appalti, relativo ai requisiti generali di ordine morale per la partecipazione alle gare, allo scopo di dare soluzione alle tante questioni postesi in sede contenziosa, e per semplificare gli adempimenti a carico di concorrenti e stazioni appaltanti. Non è tollerabile che gli uffici amministrativi delle imprese si scontrino continuamente con i cronici ritardi degli uffici pubblici per procurarsi la documentazione necessaria per la partecipazione alle gare.

E' utile avvertire che tutte le modifiche all'art. 38 si applicano alle sole procedure i cui bandi o avvisi, nonché, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto legge (art. 4, co. 3, d.l. n. 70/2011). L'utilizzazione dello strumento del decreto-legge può creare problemi di diritto transitorio per quelle norme inserite solamente con la legge di conversione e per quelle che invece sono state da quest'ultima soppresse e che hanno avuto efficacia solamente nel periodo intermedio. Ciò crea qualche inconveniente applicativo, ma niente di grave.

Queste le principali modifiche.

**I -** Le lett. b) e c) dell'art. 38, co. 1, del codice, riguardano, rispettivamente, le cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali.

Con le modifiche si è anzitutto inteso risolvere il problema del controllo, durante lo svolgimento della gara, sui soci di società di capitali con socio unico o comunque con meno di quattro soci.

Infatti, finora tale controllo non veniva effettuato proprio perché non espressamente previsto. L'art. 38, contemplava solamente il controllo sui soci in caso di società di persone, salvo poi

procedere al diniego di stipulazione o risoluzione del contratto ove il controllo antimafia rivelasse misure di prevenzione, condanne penali, o processi pendenti, a carico di tali soci.

Pertanto, d’ora innanzi, il procedimento di prevenzione o le condanne penali menzionate sono causa di esclusione anche se riguardano il socio persona fisica, nel caso si tratti di socio unico di società di capitali ovvero di socio di maggioranza in società di capitali con meno di quattro soci.

Il riferimento al socio “persona fisica”, introdotto con la legge di conversione, serve a chiarire che i controlli non riguardano il caso di socio unico o di maggioranza che non sia una persona fisica, ma a sua volta una società o un ente pubblico.

Sempre nell’art. 38, co. 1, lett. c), significative modifiche sono dirette a risolvere le numerose questioni avutesi in tema di condanne penali a carico degli amministratori cessati dalla carica. Anche in proposito basta compulsare un repertorio di giurisprudenza per registrare un vasto contenzioso. Risale ai mesi scorsi la presa di posizione della terza sezione (giurisdizionale) del Consiglio di Stato (sentenze nn. 3580 e 4354 del 2011), non sempre seguita dai tribunali amministrativi, circa la necessità della verifica dei requisiti di moralità anche nei confronti degli amministratori della società che ha ceduto o affittato l'azienda partecipante; così come ormai pacificamente si ritiene per le ipotesi di incorporazione e trasformazione di società, trattandosi sempre e comunque di modificazioni societarie in cui c'è la confluenza di una società all'interno del soggetto concorrente, che acquista i vantaggi ma anche gli oneri dell'operazione negoziale. Forse sul punto l'intervento del legislatore sarebbe stato quanto mai opportuno.

La causa di esclusione, in precedenza prevista per gli amministratori cessati nel triennio, è stata circoscritta agli amministratori cessati dalla carica nell’anno.

Opportunamente la norma stabilisce che la società può evitare l’esclusione dalla gara in caso di condanne penali a carico degli amministratori cessati, dimostrando la propria dissociazione dalla condotta degli amministratori medesimi.

Ora non si richiede più la prova «di aver adottato atti o misure di completa dissociazione», ma «che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione», potendo così il giudice desumerla liberamente dagli atti prodotti.

Il contenzioso in materia è molto ricco e forse sarebbe stato meglio individuare in concreto un elenco, sia pure esemplificativo, degli indici rivelatori dell'effettività della dissociazione, chiarendosi quanto meno se sia sufficientemente <<effettiva>> la dissociazione nel caso dell'esistenza di un contenzioso risarcitorio instaurato dall'impresa verso l'amministratore infedele.

La medesima disposizione ha generato contenzioso anche in ordine al contenuto della dichiarazione, da rendere dal concorrente, circa l'assenza di cause di esclusione, laddove non era sufficientemente chiaro se il concorrente dovesse dichiarare solo le condanne per reati "gravi" o invece tutte le condanne riportate, essendo riservata esclusivamente alla stazione appaltante valutarne la gravità.

La soluzione privilegiata dalla giurisprudenza era quest'ultima. Tanto più che l'art. 38, co. 2, già stabiliva, significativamente, che il candidato o il concorrente dovessero attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445," in cui (deve) indica(re) anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione".

Tuttavia, il legislatore ha voluto rafforzare l'orientamento, chiarendo che vanno dichiarate "tutte" le condanne riportate. Vanno escluse, per quanto si dirà subito ora, dalla dichiarazione le condanne in caso di estinzione, depenalizzazione, riabilitazione, revoca.

Sempre nell'art. 38, co. 1, lett. c), viene meglio chiarito quali sono le cause estintive previste dal c.p.p. che rendono irrilevante la condanna penale come causa di esclusione; è di questi giorni la sentenza con cui Tar del Lazio ha dovuto accogliere il ricorso di un concorrente escluso perché non aveva dichiarato un precedente riguardante un reato depenalizzato, sent. n. 7788, del 7/10/2011.

In particolare, il vigente riferimento agli artt. 178 c.p. e 445, co. 2, c.p.p., è stato sostituito da un richiamo puntuale ad una serie di ipotesi in cui, secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dell'Autorità di vigilanza, la cause di esclusione non operano.

Il novellato co. 2 dell'art. 38 specifica che ai fini del co. 1, lett. c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione, circa il possesso dei requisiti generali, le condanne per reati

depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.

La riforma dovrebbe risolvere, almeno in parte, il problema, postosi in giurisprudenza , laddove si è ritenuto che il concorrente non può essere sanzionato per il solo fatto dell'omissione, dovendosi comunque verificare se la condanna sia o meno grave e se incida sulla moralità professionale. È prevalsa la tesi, comunitariamente orientata, secondo cui se la condanna non integra la “gravità” di cui sopra, l'omissione costituisce un <<falso innocuo>> e quindi non si giustifica l'esclusione.

Quanto all’entrata in vigore, le modifiche all’art. 38, co. 1, lett. b) e c), e all’art. 38, co. 2, nella parte sinora illustrata, sono in vigore dal 14 maggio 2011, salvo che per la locuzione “persona fisica” aggiunta alle parole “il socio unico”, in vigore dal 13 luglio 2011.

**II.** Nell’art. 38, co. 1, lett. d), che prevede come causa di esclusione la violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all’art. 17, l. 19 marzo 1990 n. 55. E’ noto che l'ipotesi è stata introdotta al fine di consentire alle amministrazioni di avere sempre certezza sulla reale identità dei propri contraenti, prevenendo cosi il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose nell'esecuzione di pubblici appalti. Con la riforma viene circoscritta temporalmente la durata e la decorrenza della causa di esclusione, che dura un anno a partire dall’accertamento definitivo della violazione. Si precisa che a prescindere da tale limite temporale, l’esclusione va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa.

Tale modifica è entrata in vigore il 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e non toccata dalla l. di conversione.

**III.** Il d.l. aveva modificato anche l’art. 38, lett. e), relativo alle violazioni gravi in materia di sicurezza e lavoro, eliminando la previsione secondo cui la violazione deve risultare dai dati in possesso dell’Osservatorio, e inserendo nell’art. 38, co. 2, dei parametri normativi di gravità. La previsione non è stata convertita in legge, e pertanto ha avuto vigore dal 14 maggio al 12 luglio 2011, per i bandi pubblicati in tale intervallo temporale.

**IV.** La novella ha toccato anche un altro punto generatore di contenzioso, ossia l’art. 38, co. 1, lett. g), che prevede come causa di esclusione la commissione di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la

legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. E' stato aggiunto l'aggettivo "gravi" e stavolta vengono individuati parametri normativi di determinazione della gravità, la cui valutazione resta pertanto sottratta alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

In particolare, si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, co. 1 e 2-bis, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, ossia 10.000,00 euro.

Forse qualche chiarimento da parte del legislatore sul significato da dare all'espressione "definitivamente accertate" avrebbe sicuramente inciso positivamente su molto del contenzioso in corso, dove ancora si discute sul momento in cui deve sussistere l'irregolarità contributiva, sul valore dell'ammissione alla rateizzazione del debito e sull'impugnazione dell'atto impositivo, non sospeso dal giudice tributario.

Tale modifica è entrata in vigore il 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e non toccata dalla l. di conversione.

Tuttavia, non è tanto peregrina l'idea che si possa applicare la normativa anche alle procedure in corso o sub iudice, venendo in rilievo il rapporto tra tempo e procedimento e trattandosi di norme poste a presidio dell'ordine pubblico economico che l'amministrazione non può non applicare nei procedimenti aperti. In ogni caso hanno un indubbio valore interpretativo. Peraltro il giudice amministrativo, in qualche non recente pronuncia, già aveva ritenuto che l'omesso versamento di somme irrisorie non poteva certo considerarsi significativo ai fini della solvibilità, affidabilità morale e professionale dell'impresa. Così come, in altri casi, per la stessa ragione aveva annullato aggiudicazioni per appalti di milioni di euro.

**V.** L'art. 38, co. 1, lett. h) prevedeva come causa di esclusione l'aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, secondo i dati dell'Osservatorio.

La norma aveva dato luogo a varie questioni, peraltro già risolte in giurisprudenza, sia per quanto riguarda la decorrenza della causa di esclusione annuale, individuata, dalla recente giurisprudenza, nella data di iscrizione nel casellario informatico, sia per quanto riguarda l'ambito delle false dichiarazioni da iscrivere nel casellario informatico, ossia se qualsivoglia falsa dichiarazione o solo quelle rese con dolo o colpa grave.

Recependo gli orientamenti della giurisprudenza e dell'Autorità di vigilanza, il legislatore ha riscritto la lett. h) e ha inserito nell'art. 38 un comma 1-ter, da cui risulta l'esclusione del concorrente nei cui confronti, ai sensi del co. 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico 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.

A sua volta il neoinserito co. 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, che, se ritiene 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 co. 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

In conclusione, sistema giuridico che ne vien fuori è che, mentre al fine dell'esclusione dalla singola gara è oggettivamente rilevante qualsivoglia falsa dichiarazione o falsa documentazione in essa presentate, al fine dell'esclusione da altre gare per la durata di un anno rileva solo la falsa dichiarazione o documentazione resa con dolo o colpa grave.

La valutazione dello stato soggettivo rilevante spetta all'Autorità e l'esclusione disposta dalla stazione appaltante dalla singola gara, non comporta inevitabilmente l'iscrizione nel casellario informatico, e quindi l'esclusione da altre gare per la durata di un anno, decorrente dall'iscrizione nel casellario. Anche quest'ultimo profilo sulla decorrenza aveva generato contenzioso.

Entrambe le ultime modifiche ricordate (l'art. 38, co. 1, lett. h) e co. 1-ter) sono entrate in vigore il 14 maggio 2011, essendo state introdotte dal d.l. e non toccate dalla l. di conversione.

**VI.** E' stato toccato anche l'art. 38, co. 1, lett. i). Esso contempla l'esclusione per violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali.

La norma ha dato luogo a numerose questioni in ordine alla rilevanza del d.u.r.c. e alla mancanza del d.u.r.c. al fine della valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali da parte della stazione appaltante.

E’ noto che la giurisprudenza oscillava tra la tesi secondo cui la mancanza o esistenza del d.u.r.c. non sono condizione necessaria né sufficiente per ritenere sussistente o insussistente la gravità della violazione, che resta rimessa alla stazione appaltante (posto che l’art. 38, co. 1, lett. i), non menziona il d.u.r.c.), e la tesi secondo cui la mancanza di d.u.r.c.determina automaticamente la gravità delle violazioni e dunque porta all’esclusione, con la conseguenza, viceversa, che la sussistenza del d.u.r.c. comporta la non gravità delle violazioni.

La novella non tocca la lett. i) dell’art. 38, ma inserisce nel co. 2 dell’art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al d.u.r.c. e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali.

In particolare, ai fini del co. 1, lett. i), dell’art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all’art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, conv. in l. 22 novembre 2002 n. 266.

Inoltre, i soggetti di cui all’art. 47, co. 1, codice (vale a dire gli operatori economici stabiliti negli altri Paesi dell’Unione europea) dimostrano, ai sensi dell’art. 47, co. 2, codice, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Tali previsioni sono state introdotte dal d.l. e non toccate dalla l. di conversione, per cui sono in vigore dal 14 maggio 2011.

Sempre in tema di d.u.r.c., la legge di conversione ha introdotto una disposizione a regime (art. 4, co. 14-bis, d.l. n. 70/2011), che tuttavia non novella il codice, ma rimane extravagante nell’ordinamento.

Viene stabilito che per i contratti di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell’art. 46, co. 1, lett. p), d.P.R. n. 445/2000, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell’art. 71, d.P.R. n. 445/2000.

E’ da ritenere che la disposizione si riferisca a qualsivoglia d.u.r.c. per tale tipo di contratti, sia quelli da produrre in corso di gara, sia quelli da produrre in fase di esecuzione del contratto.

La previsione è in vigore dal 13 luglio 2011, e in difetto di regime transitorio si applica anche ai procedimenti di gara in corso, e ai contratti in corso di esecuzione.

**VII.** Il d.l. aveva modificato l'art. 38, co. 1, lett. l), in tema di violazioni alla legge sul diritto al lavoro dei disabili; la previsione non è stata convertita in legge, per cui è stata in vigore dal 14 maggio al 12 luglio 2011, per i bandi pubblicati in tale arco temporale.

**VIII.** Sinora l'art. 38, co. 1, lett. m-bis) aveva previsto quale causa di esclusione la sospensione o decadenza dall'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico.

Anche tale causa di esclusione ha dato luogo a dubbi in giurisprudenza a causa della sua indeterminatezza temporale e per la sua assolutezza, mancando la previsione di scriminanti soggettive.

La nuova disposizione circoscrive la causa di esclusione all'ipotesi dell'iscrizione nel casellario informatico, ai sensi dell'art. 40, co. 9-quater, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA. A sua volta il neoinserito co. 9-quater dell'art. 40 dispone che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità ( e non direttamente le SOA, come pure si era ipotizato), 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'art. 38, co. 1, lett. m-bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Entrambe le disposizioni richiamate sono in vigore dal 14 maggio 2011, essendo stati introdotti dal d.l. e convertiti senza modificazioni.

**IX.** L'art 38, comma1, lett. m-ter contempla l'omessa denuncia dei reati di concussione e estorsione aggravati dallo stampo mafioso da parte della vittima come causa di esclusione dai pubblici appalti, ipotesi prevista dalla l. n. 94/2009.

Anche tale disposizione aveva dato luogo a molte perplessità –taluno aveva scritto che era diventata causa di esclusione <<la mancanza di coraggio>>- e la novella ha cercato di eliminare le incertezze, eliminando le parole, giudicate superflue (esse sono già causa di

esclusione autonoma), «, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste,» e circoscrivendo il periodo rilevante, ridotto dai tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara ad un anno antecedente.

La previsione è in vigore dal 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e convertita senza modificazioni.

**X.** L'art. 38, , inserito dalla l. n. 94/2009, prevede l'esonero dalle cause di esclusione dell'art. 38 per le aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies, d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356, o della l. 31 maggio 1965 n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario. La novella ha circoscritto l'esonero dalle cause di esclusione, riferendo l'inoperatività a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

Sicchè, se le cause di esclusione si verificano dopo l'affidamento dell'azienda o società confiscata o sequestrata al custode o amministratore giudiziario, sono irrilevanti se riferite al periodo anteriore. Diventano rilevanti invece se riferite al periodo successivo. La finalità è quella di reimmettere l'azienda sequestrata o confiscata nel circuito delle gare pubbliche proprio perché affidata a un custode o amministratore, con sanatoria dei fatti pregressi, ma non con esonero a tempo indeterminato, come era nella formulazione precedente.

La previsione è in vigore dal 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e convertita senza modificazioni.

**XI.** L'art. 38, co. 1, lett. m-quater), introdotto dal d.l. n. 135/2010 in adeguamento al diritto comunitario (in particolare la sentenza della Corte di giustizia europea 19 maggio 2009 C-538/07), prevede l'esclusione per i concorrenti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. 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.

Sempre il d.l. n. 135/2010 aveva novellato l'art. 38, co. 2, chiarendo che ai fini del co. 1, lett. m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. con nessun partecipante alla medesima procedura; b) 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 tale situazione; tale dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. 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.

Anche tale previsione ha dato luogo a difficoltà applicative perché il concorrente potrebbe non essere a conoscenza che altre imprese in situazione di controllo partecipano alla medesima gara.

Pertanto, la previsione è stata novellata (v. nuovo testo dell'art. 38, co. 2), con l'inserimento della possibilità per il concorrente di dichiarare di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di gara di altri soggetti in relazione di controllo.

La nuova previsione dispone che ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. m-quater) il concorrente allega, alternativamente:

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle citate lett. 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.

Tale modifica è in vigore dal 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal d.l. e convertita senza modificazioni.

### *3. Collegamento sostanziale tra le imprese partecipanti e unicità del centro decisionale . Poteri dell'amministrazione e collaborazione, nel procedimento di gara, delle imprese danneggiate. Ipotesi di garanzia e non semplice occasione di contenzioso.*

Occorrerebbe soffermarsi su ciascuno dei punti contenuti nella rassegna svolta. Ma il tempo a disposizione non lo consente. Tuttavia prima di chiudere vorrei soffermarmi proprio sull'ultima ipotesi, ponendo la domanda se la previsione di un terzo tipo di dichiarazione -ossia quella di essere a conoscenza della partecipazione di altri soggetti con cui si è in situazione di controllo, ma di aver formulato l'offerta in via autonoma- sia sufficiente a scongiurare il pericolo che si verifichi una situazione di collegamento sostanziale tale da alterare il libero svolgimento della gara.

Infatti, mentre quasi tutte le ipotesi contenute nell'elenco di cui si è detto tendono a garantire l'amministrazione, scongiurando la partecipazione di imprese che in un certo qual modo si sono poste in contrasto, formalmente accertabile, con l'ordinamento generale, quella di cui all'articolo 38, co 1, lett m-quater è diretta a scongiurare i riflessi che i complicati meccanismi legati al fenomeno dei gruppi societari possono avere sulle procedure ad evidenza pubblica, senza porsi apparentemente in contrasto con l'ordinamento generale. Questo comporta da parte dell'amministrazione la necessità dell'attivazione di strumenti istruttori molto affinati e da parte delle imprese danneggiate l'impossibilità di intraprendere contenziosi fondati su violazioni formali e spesso pretestuose.

Brevemente: la questione va riguardata alla luce di quanto statuito dalla Corte di giustizia della comunità europea, con la sentenza del 19 maggio 2009 C-538/07, laddove, pur riaffermando che il divieto di simultanea partecipazione ad una medesima gara da parte di imprese controllate contrasti con il diritto comunitario e con i principi della libera circolazione (della massima partecipazione e della proporzionalità), ha anche stabilito che la sussistenza del rapporto di controllo non determina l'esclusione automatica delle imprese, essendo necessario verificare da parte dell'amministrazione se esso abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della procedura e se abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte, depositate dalle imprese interessate nell'ambito della stessa procedura.

E' noto come la statuizione della Corte di giustizia abbia avuto un immediato effetto nel nostro ordinamento, inducendo il legislatore nazionale ad abrogare l'articolo 34, comma 2, che prevedeva l'esclusione dei concorrenti per i quali le stazioni appaltanti avessero accertato

l’imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate sulla base di univoci elementi; previsione, che è stato riprodotta dal nuovo l’articolo 38, comma 1, lett. m-quater, introdotto mediante l'articolo 3 del decreto legge n. 135 del 2 settembre 2009, convertito con modificazioni in legge 20 novembre 2009 n. 166, ed emanato proprio in applicazione della sentenza.

In altri termini, il nuovo impianto normativo tende ad escludere solamente l’automaticità dell’esclusione, ma non incide sui presupposti che la possono determinare.

Quindi, sia in base alla vecchia che alla nuova normativa, diventa essenziale per il giudice verificare se l’amministrazione abbia svolto in maniera adeguata l’indagine sulla possibile sussistenza di una delle situazioni di controllo, ai sensi dell’articolo 2359 cod. civ., oppure del caso in cui le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

E’ noto che, sulla base di quanto dispone l’articolo 2359 del codice civile, il primo caso si ha quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria di altra società; quando la medesima società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria di altra società; quando le società sono sotto l’influenza dominante di altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sulla base della medesima norma sono, invece, considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’”influenza notevole” ma non dominante. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società possiede azioni quotate in mercati regolamentati.

Invece, il secondo caso ricorre quando, al di là dell’espressa previsione codicistica, si verifichi una situazione di “collegamento sostanziale”, desumibile sulla base di univoci elementi individuati in concreto dalla stazione appaltante, da cui è possibile ritenere che vi sia stato un rapporto tra società tale da alterare il libero svolgimento della gara nel rispetto della parità dei concorrenti.

Il persistente riferimento ad un unico centro decisionale cui sono imputabili le diverse offerte, a prescindere dal controllo e collegamento di cui all’articolo 2359 del codice civile, quale causa di esclusione, costituisce la riprova che il legislatore ha imposto una soluzione sostanziale e non formale, laddove consente l’esclusione dalle gare di concorrenti che siano tra loro in un rapporto di effettivo controllo, ancorché realizzato attraverso ipotesi non riconducibili allo schema della norma del codice civile. Sicchè, è sufficiente la presenza di un collegamento tra imprese perché sorga l’onere in capo all’amministrazione di verificare se esso è stato tale da alterare il

normale meccanismo della gara. D’altronde ciò è coerente con il sistema disegnato dalla norma del codice civile, laddove essa, prevedendo semplicemente una presunzione nell’unica ipotesi di collegamento rilevante individuata, non esclude che vi possano essere altre forme di collegamento o controllo societario in concreto idonei ad alterare il meccanismo di gara.

La norma originaria, e comunque molti bandi di gara, prevedeva l'esclusione solamente per le situazioni di controllo e non anche per quelle di semplice collegamento. Tuttavia la previsione di cui all'ultima parte del comma 2 dell'articolo 34, secondo cui le stazioni appaltanti dovevano escludere dalla gara i concorrenti per i quali era accertato che le relative offerte fossero imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi, finiva con l’attrarre nella previsione legislativa anche l’ipotesi del collegamento sostanziale, ossia quello non espressamente previsto in via presuntiva dall’articolo 2359 del codice civile.

Tuttavia, le due ipotesi non erano collocate sullo stesso piano, nel senso che per la prima si poteva ipotizzare l’esclusione automatica, poi definitivamente sconfessata dalla giurisprudenza comunitaria e dal legislatore, mentre per la seconda era necessaria comunque una verifica, attraverso l’apertura di un sub-procedimento, da parte dell’amministrazione. Ciò si evinceva da due elementi di sicuro affidamento: il primo, costituito dal dato normativo, laddove per la prima ipotesi legislatore usa l’espressione “non possono partecipare”, mentre per la seconda ipotesi usa l’espressione “le stazioni appaltanti escludono “altresi” dalla gara”; il secondo, costituito dal fatto che il cosiddetto collegamento sostanziale deve necessariamente scaturire da un accertamento indiziario di fatto, non determinabile a priori come il collegamento semplice o presunto, di cui all’ultimo comma dell’articolo 2359, dove l’influenza notevole, che è una situazione di genere di cui “l’unicità del centro decisionale” è una specie, viene desunta dall’entità dell’esercizio dei voti assembleari.

In ogni caso, anche a voler ammettere l’esclusione automatica per entrambe le ipotesi, persiste comunque il potere di accertamento dell’amministrazione circa la sussistenza dei presupposti, a prescindere dalla questione dell’automaticità dell’effetto. Sicché diventa determinante verificare se sussistano o meno i presupposti dell’esclusione. La verifica deve essere condotta dall'amministrazione, tenendo conto del fattivo apporto delle imprese che hanno interesse a dimostrare la presenza di un unico centro decisionale, acquisendo le giustificazioni delle imprese indiziate e tutti gli atti risultanti dagli uffici pubblici.

L'ipotesi di prevista dal legislatore non costituisce certo la soluzione definitiva al problema. Tuttavia essa segna un decisivo passo in avanti, in quanto, d'ora innanzi, le amministrazioni a fronte

di una dichiarazione siffatta sono chiamati ad effettuare necessariamente un'istruttoria diretta ad accertare l'effettiva autonomia dell'offerta da parte dell'impresa dichiarante.

## *4. Le modifiche in materia di contenzioso e conclusioni.*

Avviandomi rapidamente alle conclusioni, bisogna riconoscere che l'intervento del legislatore si è sicuramente mosso, in alcuni casi felicemente in altri meno, nella direzione di porre fine a quel tipo di contenzioso, che, anziché garantire l'amministrazione, finiva semplicemente per ritardarne l'azione. Anzi, spesso l'uso sapiente delle tecniche processuali da parte di professionisti altamente specializzati ha di fatto dettato tempi e contenuti alle stazioni appaltanti, che non sempre hanno trovato conferma nelle soluzioni definitive del giudice d'appello. Per altro verso si è voluto disegnare un sistema meno chiuso in un formalismo sterile, senza pericolosamente allargare (ove non strettamente necessario) la discrezionalità delle commissioni di gara, realizzando un sistema predefinito di seria verifica del profilo morale e professionale delle imprese in competizione, senza possibilità di emarginazioni arbitrarie.

A chiusura dell'intervento non posso non ricordare, a ulteriore riprova delle reali intenzioni del legislatore, le novità apportate in tema di contenzioso; in particolare l'accordo bonario, la limitazione delle riserve e la disposizione processuale volta a scoraggiare le c.d. liti temerarie. Con quest'ultima previsione viene introdotta una vera e propria sanzione amministrativa, legata alla temerarietà della lite; ed è irrogata anche d'ufficio. L'entità non è simbolica, essendo ancorata alla misura del contributo unificato, con un minimo e massimo prestabiliti per legge. Pertanto la sanzione potrà oscillare tra gli ottomila e ventimila euro. Sicuramente non sono somme da spaventare, anche in un periodo di grave crisi, operatori economici dalla capacità economica finanziaria e tecnica proprie di chi aspira a diventare contraente dell'amministrazione pubblica, ma sicuramente costituisce un segnale chiaro e preciso.

G. Paolo Cirillo
Presidente di sezione del Consiglio di Stato

* Relazione tenuta nell'ambito del convegno "Appalto Pubblico:chance di sviluppo efficiente", tenuto a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011.