

LAVORI PUBBLICI – CAUSE DI ESCLUSIONE DALLA GARE
ART. 38 DEL CODICE DEI CONTRATTI
CHIARIMENTI AUTORITA' PER LA VIGILANZA – DET. 1/2010

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha recentemente reso nota 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'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi”.

Il provvedimento che, su suggerimento dell'Autorità deve essere tenuto in considerazione per la valutazione dei requisiti di ordine generale al fine di garantire i principi di trasparenza e corretta competitività, fornisce importanti indicazioni interpretative in merito alle cause di esclusione sancite dall'articolo 38, prendendole in esame in maniera analitica anche alla luce della prassi applicativa.

In particolare, occorre soffermarsi sulle fattispecie relative alle più recenti cause di esclusione introdotte dal nostro legislatore:

Art. 38, comma 1, lettera m-ter)

Esclusione per omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione

Con riferimento alla lettera m-ter) l'Autorità precisa che tale disposizione – inserita con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (cfr. ns. circ. n. 231/2009) – si applica ai soggetti elencati alla lettera b) dell'articolo 38 (il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società) i quali devono essere esclusi dalle gare nel caso in cui non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata.

Disposizione che non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nel quale si trova la vittima del reato.

La determinazione specifica che l'indagine e la verifica circa la sussistenza di tale circostanza esimente debbano essere svolte dal procuratore della Repubblica, il quale provvederà a trasmettere all'Autorità l'informazione relativa all'omessa denuncia solo a seguito dell'esito negativo dell'accertamento della suddetta circostanza.

La mancata denuncia deve emergere dagli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato formulata nei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando. L'Autorità, a propria volta, dovrà pubblicare sul casellario informatico la comunicazione della mancata denuncia unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare.

Di tale pubblicazione sarà data informazione al soggetto stesso al fine di evitare che l'operatore economico incorra nella falsa dichiarazione in merito al requisito.

http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4115_-a167#a167

Viene inoltre precisato che il periodo triennale decorre dalla data di richiesta di rinvio a giudizio, costituendo tale data il momento in cui si realizza sul piano sostanziale la fattispecie ostativa; laddove il processo penale si concluda, entro il suddetto termine dei tre anni, con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, viene meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione.

<http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=4115 - a168#a168>

Art. 38, comma 1, lettera m-quater)

Esclusione per accertata imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale

In relazione alla lettera m-*quater*) – introdotta con il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 (cfr. ns. circ. n. 283/2009) – viene ricordato che la disposizione prevede l'inammissibilità della partecipazione alla medesima gara per le imprese che siano fra di loro in una delle situazioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., comportando un obbligo in via assoluta ed automatica per le amministrazioni aggiudicatrici di escludere i concorrenti che siano nelle suddette situazioni.

La determinazione, dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa che ha portato all'inserimento della causa di esclusione in commento, si sofferma sull'obbligo di autocertificare l'assenza di situazioni di controllo e collegamento oppure la circostanza che tali situazioni non hanno influito sulla presentazione dell'offerta, allegando, in busta separata, la documentazione idonea a dimostrare che la stessa è stata formulata in modo autonomo.

In particolare, l'Autorità spiega che i documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere, a titolo esemplificativo statuti, documenti riguardanti l'organizzazione aziendale, visure storiche.

Viene inoltre rammentato che la stazione appaltante esclude i concorrenti a seguito dell'accertamento, dopo l'apertura dell'offerta economica, della imputabilità delle offerte al medesimo centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

In tal modo, la disciplina interna consente alle imprese di provare l'insussistenza dei rischi di turbativa della selezione, essendo possibile, ad esempio, che imprese di un gruppo conservino una sfera di autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, che impedisca l'insorgenza di commistioni (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 9 dicembre 2009, n. 12679).

Inoltre, l'autocertificazione nell'ipotesi di assenza di controllo deve fare riferimento anche a situazioni di controllo di fatto e attestare, in ogni caso, la piena autonomia del dichiarante nella formulazione dell'offerta. Parimenti, nell'ipotesi di presenza di situazioni di controllo devono essere dichiarate anche situazioni di controllo di fatto, ferma restando l'attestazione circa l'autonomia nella elaborazione dell'offerta.