

Massime per Atto Ricercato: Determinazione n. 13 del 15/07/2003 - rif.

Determinazione n. 13 del 15/07/2003 - rif. legge 109/94 Articoli 10 - Codici 10.3

L'esclusione dalle gare di appalto e dalla stipulazione dei relativi contratti è ammissibile nell'ipotesi di amministrazione straordinaria, di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, benché a tale situazione l'art. 75, comma 1, lett. a), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. non faccia espresso riferimento, in quanto vi fa riferimento implicito l'art. 24 della direttiva comunitaria 93/37/CE, secondo cui può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni imprenditore "che sia in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione dell'attività, di regolamento giudiziario o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista dalle legislazioni e regolamentazioni nazionali". Ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto e dalla stipula dei relativi contratti ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. b), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., il procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55, istituiti presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali. In caso di provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione non solo colpisce il destinatario del provvedimento, ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575, ma può estendersi, ai sensi del comma 4, del citato art. 10 della legge n. 575/1965, ai conviventi ed agli enti di cui il soggetto è rappresentate o gestore, con durata quinquennale, a condizione, tuttavia, che disponga in tal senso un'apposita pronuncia del tribunale. Qualora nei confronti di un concorrente ad una gara di appalto sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta (cosiddetto patteggiamento) per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale, la genericità della prescrizione normativa di cui all'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. lascia alla stazione appaltante, ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto e dalla stipula dei relativi contratti, un ampio spazio di valutazione discrezionale circa l'idoneità ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario, consentendo margini di flessibilità operativa al fine di un apprezzamento delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali l'elemento psicologico, la gravità del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive. E' fatta salva, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 178 del codice penale e 445 del codice di procedura penale, riguardanti la riabilitazione e l'estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena patteggiata. Non è consentita alcuna valutazione discrezionale della concreta fattispecie, dovendosi automaticamente escludere il concorrente, nel caso di ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 32quater del codice penale (malversazione, corruzione, etc.), nonché di quella di irrogazione di sanzione interdittiva nei confronti della persona giuridica emessa ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio commessi nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica medesima. Attesa la generica formulazione contenuta nell'art. 75, comma 1, lett. c), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., le condanne che incidono sull'affidabilità morale e professionale consentono alla stazione appaltante la valutazione discrezionale del caso concreto indipendentemente dalla modalità di irrogazione della sanzione, fermo restando l'obbligo di idonea e congrua motivazione. Ne consegue l'obbligo per il partecipante alle gare di dichiarare anche i decreti penali di condanna ex art. 459 del codice di procedura penale. Sotto il profilo soggettivo sussiste preclusione alla partecipazione alle gare anche in ipotesi di condanne del direttore tecnico o amministratore in epoca anteriore all'assunzione in carica nell'impresa, dovendosi ritenere ininfluenza il fatto che la condanna dello stesso sia o meno temporalmente e funzionalmente correlata alla carica ricoperta in seno all'impresa. E' parimenti ininfluenza la circostanza che l'impresa abbia cessato di avvalersi dell'amministratore o del direttore tecnico condannati, a meno che non dimostri di averli per tale ragione estromessi dall'incarico, dando così prova di dissociazione dalla relativa condotta criminosa. Ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare e dalla stipulazione dei relativi contratti ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. d), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., che disciplina l'ipotesi di acclarata intestazione fiduciaria, non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante. Ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare e della preclusione alla stipulazione dei contratti ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. e), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., per gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro debbono intendersi non soltanto le omissioni inerenti il mancato pagamento dei relativi contributi, ma anche le infrazioni alle prescrizioni di cui al D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e D.Lgs. 19 novembre 1999, n. 528 sulla sicurezza nei cantieri. L'espressione "debitamente accertate" deve intendersi nel senso che

dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore. E' da considerare grave la violazione agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro in caso di omesso versamento dei contributi assicurativi, qualunque ne sia l'importo e fino a che la situazione contributiva non venga completamente regolarizzata. Ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto e dalla stipula dei relativi contratti ai sensi dell'art 75, comma 1, lett. f), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., che disciplina l'ipotesi di grave negligenza o malafede nell'esecuzione dei lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara, non basta che i lavori non siano stati eseguiti a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente. Occorre, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'appaltatore. Pacifico il ricorrere della gravità nel caso di dichiarazione di non collaudabilità dei lavori ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.. I comportamenti compiuti dai dipendenti dell'impresa in danno della stazione appaltante si pongono in stretta connessione con l'esecuzione dei lavori ed integrano l'ipotesi di negligenza dell'impresa appaltatrice che abbia al riguardo omesso ogni dovuto e preventivo controllo, anche nella scelta delle maestranze e collaboratori che non diano dimostrazione di affidabilità sia sul piano tecnico che su quello morale. L'esclusione dalle gare di appalto e dalla stipula dei relativi contratti ai sensi dell'art 75, comma 1, lett. g), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. può aver luogo solo qualora la commissione di irregolarità rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse sia stata definitivamente accertata, sia da una decisione giurisdizionale sia da un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile. Qualora ricorra la fattispecie dell'esclusione per falsità delle dichiarazioni rese in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, di cui all'art 75, comma 1, lett. h), del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., e la sua conoscenza da parte di altre stazioni appaltanti si verifichi prima dell'aggiudicazione di un appalto, non vi sono effetti sulla regolarità della procedura di gara una volta esclusa l'impresa non in possesso dei requisiti richiesti. Solo nel caso in cui la sua offerta abbia già contribuito alla formazione della graduatoria provvisoria, occorre determinare la nuova soglia di anomalia. Qualora, invece, sia già intervenuta l'aggiudicazione ma non sia stato ancora stipulato il contratto di appalto occorre distinguere se aggiudicataria è la stessa impresa nei cui confronti sussista la causa preclusiva di cui alla lettera h) del citato art. 75 o altro concorrente non aggiudicatario. Nel primo caso la stazione appaltante deve procedere all'annullamento dell'aggiudicazione e alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione. Nel secondo caso deve effettuare una prova di resistenza ed eventualmente procedere alla nuova aggiudicazione. Identica soluzione va seguita se vi è stata consegna anticipata dei lavori. Qualora, infine, sia stato già stipulato il contratto o sia già avvenuta la consegna dei lavori, può ugualmente distinguersi a seconda che la causa preclusiva di cui alla lettera h) del citato art. 75 riguardi l'impresa aggiudicataria oppure altra impresa, ma va sempre valutato concretamente, quindi, caso per caso, l'eventuale sussistente interesse al proseguimento del rapporto o l'interesse all'annullamento dell'aggiudicazione congiuntamente all'esigenza di un ripristino della legalità violata. In caso di partecipazione alle procedure di gara per l'esecuzione di lavori pubblici di imprese associate ovvero tra loro consorziate o che intendano associarsi o consorziarsi, le cause di esclusione dalle gare di appalto e dalla stipulazione dei relativi contratti elencate nell'art. 75, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m. rilevano per tutte le imprese facenti parte dell'associazione o consorzio, in quanto la collaborazione tra le imprese, tipica di detti fenomeni, non può implicare una deroga alla regola della necessaria affidabilità morale, professionale e tecnica di tutti i soggetti contraenti a qualsiasi titolo con l'amministrazione. La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m., nella parte in cui richiede di dimostrare, mediante la produzione del certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti, che non ricorrono le condizioni di cui all'art. 75, comma 1, lettere b) e c) del medesimo decreto, è da ritenersi implicitamente abrogata a seguito della riforma di cui alla legge 16 gennaio 2003, n. 3, in tema di disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione, atteso che l'art. 15, comma 1, lettera b), della citata legge ha esteso l'applicazione delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'art. 78 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Ne consegue che la presentazione di dichiarazione sostitutiva è ormai consentita anche con riferimento alla cause di esclusione di cui all'art. 75, comma 1, lettere b) e c).