

REQUISITI DEI PARTECIPANTI ALLA GARA

Avv. Carlo Contaldi La Grotteria

- Art. 38
- Sono esclusi dalla partecipazione alle 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:

- Nell'impresa individuale → titolare / direttore tecnico
- Nelle società in nome collettivo → Soci / direttore tecnico
- Nelle società in accomandita semplice → Soci
accomandatario / direttore tecnico
- Altro tipo di società → Amministratore munito dei poteri di rappresentanza / direttore tecnico / socio unico persona fisica o del socio di maggioranza se meno di 4 soci

- **LETTERA C**

- **Soggetti che devono rendere la dichiarazione**

procuratore speciale	CdS VI 3655/11
procuratore ad negotia	CdS V 1373/10
institore	CdS V 5913/08
componente CdA	CdS VI 8535/10
vicepresidente vicario	CdS V 3325/10
direttore tecnico servizi	TAR Rm 4842/11
direttore tecnico forniture	TAR RM 5912/11

azienda
incorporata

TAR Sa 1244/11

cedente ramo
d'azienda

CdS III 3580/11

tutte le
consorziate

TAR Rm 3459/11

CdS IV 8535/10

e se il legale
rappresentante si
spoglia dei poteri ?

- Indirizzo formalista: la norma ha natura eccezionale, non può essere interpretata in via analogica (TAR Basilicata 131/09)
- di solito a questo indirizzo vengono ricondotte anche quelle decisioni (CdS V 513/11 e III 6777/11) che però si riferiscono a casi in cui il procuratore e l'istitutore non hanno anche poteri di amministrazione

Amministratori cessati dalla carica

- la condotta morale continua a produrre effetti fino a che non si realizzi una delle due cause estintive

decorre 1 anno

dissociazione

- qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata
- (non dimostri di aver adottato atti o misure di dissociazione)

- Giurisprudenza:
- non è sufficiente una manifestazione di intenti
- non sono sufficienti le dimissioni o il licenziamento (a meno che non si tratti di condanne non connesse alla carica sociale)
- Ok proposizione azione di responsabilità
- Ok rimozione effetti utili

- **Dichiarazioni “per conto terzi”**
- formula “per quanto a propria conoscenza”
- **Pro:** AVCP det. 1/2010 - CdS 3862/11
- **Contra:** TAR Rm 3620/11
- **Necessaria indicazione ragioni impossibilità della dichiarazione personale:** TAR Rm 23277/10
- **Possibile richiesta di integrazioni:** CdS V 513/11
- **Indicazione dei soggetti:** CdS 6278/11

- **Punti critici:**

- scompare “falsa dichiarazione”
- il DPR 445 del 2000 ammette dichiarazione sostitutiva solo se c'è assunzione di responsabilità del dichiarante

TRUCCHI

- **PA:** chiedere ultima dichiarazione del cessato dalla carica
- **PRIVATO:** previsione contrattuale dell'obbligo di rilasciare dichiarazione anche dopo cessazione dalla carica

• **Reati che vanno dichiarati**

- 1) *quelli definiti dall'art. 45 della direttiva Ce n. 2004/18*
- 2) *quelli definiti dalla stessa norma senza individuare precise fattispecie criminose come "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale".*
- **Le prime costituiscono causa automatica di esclusione,**
- **Le seconde lasciano alla stazione appaltante "un margine di apprezzamento sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto" [...].**

- l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima

- **vanno dichiarati i reati “bagatellari” ?**
- SI: il potere di valutarne l'incidenza sulla moralità professionale è della PA (CdS 782/11)
- il d.l. 70 ha precisato che vanno dichiarate **tutte** le condanne
- ma TAR Rm 9688/11 ritiene che non basta la semplice omissione perché ci sia l'esclusione
- “sul filo del rasoio” CdS III n. 8/12

- **cosa vuol dire “Stato”**

- “stato comunità”

- oppure “stato persona”?

- CdS V 1736/09

valutazione discrezionale che deve tener conto (e motivare) di:

- elemento psicologico
- tempo trascorso
- gravità del fatto
- recidive
- beneficio della non menzione

e della
specificità della
gara

VALE ANCHE PER REATI NON COMMESSI NELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE ?

- reati che **incidono** sulla moralità professionale

- offence **concerning** his professional conduct

TAR Fi n.
1240/05



- **Il “falso innocuo”**

- CdS VI 1017/10; V 2066/11; TAR Rm 9696/11

- non c'è lesione del bene protetto

CdS n. 8
del 2012

LETTERA M QUATER

- che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, 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

- **Art. 2359 sono considerate controllate:**

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili 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 influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

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

Sono considerate **collegate** le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa

- Obblighi di verifica per la PA
- *In una situazione obiettivamente ambigua, nella quale elementi e coincidenze non sono tali da configurare con certezza quella situazione di collegamento vietata dal bando e dall'ordinamento in quanto distorsiva della concorrenza, l'Amministrazione **deve** approfondire l'effettiva esistenza di un reciproco condizionamento, tale da far ritenere l'esistenza di un unico centro decisionale.*

(Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6469)

Il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte (...) richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare.

(CGE, causa C-538/07, sent. 19 maggio 2009)

• Dichiarazioni:

non essere in una situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura

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'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente

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. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.*

- *Nel caso in cui risultano: spedite le rispettive offerte nello stesso giorno e ora, con le medesime modalità e dallo stesso ufficio postale; costituita la cauzione con polizze fideiussorie rilasciate dalla stessa compagnia, in sequenza, in pari data e con identica autentica notarile; non fugata l'ipotesi della comunanza di sedi delle due imprese, essendo peraltro accertato che l'impresa A ha sede in uno stabile locato dal titolare dell'impresa B, anche socio all'8% con diritto di voto della A, in questo quadro correttamente la stazione appaltante ha ritenuto che il caso rientrasse nella fattispecie del collegamento sostanziale dovendosi ritenere gli elementi suddetti oggettivi e concordanti.*

(Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2010, n. 530)

- *[...] La presenza di partecipazioni azionarie, intrecci di legami familiari e sovrapposizioni di cariche sociali, sono sintomatici di promiscuità gestionale e di un unico centro decisionale.*

(Cons. Stato, sez.V, 17 settembre 2009, n. 5578)

- **Lettera B**

- Nei cui confronti è pendente un procedimento
- per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (ora dlgs n. 159/11)
- o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora dlgs n. 159/11)

- L'incapacità alla partecipazione alle gare è prevista per la pendenza del procedimento, in quanto in caso di avvenuta irrogazione si applica la causa ostativa alla conclusione dei contratti di appalto prevista all'art. 10, della legge 31 maggio 1965, n.575
- (Det.AVCP, 12 gennaio 2010, n.1)

- **Lettera A**
- **che si trovano in stato di:**
- **fallimento**
- **liquidazione coatta**
- **concordato preventivo**
- **o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni**

- *Ratio*: garantire alla SA
- l'affidabilità economica del concorrente
- la sua “longevità”

• **LETTERA D**

- *che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (un anno dall'accertamento definitivo)*
- Finalità dell'esclusione:
- La *ratio* del divieto di intestazione fiduciaria è quella di consentire alla stazione appaltante di avere sempre certezza sulla reale identità dei propri interlocutori contrattuali, a garanzia del rischio di infiltrazioni mafiose occulte, dunque vi è esclusione automatica del concorrente.
- ECCEZIONE: [...] salvo il caso in cui l'intestazione fiduciaria **concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 (le quali a loro volta abbiano comunicato all'amministrazione l'identità dei fiducianti) ...**

- **LETTERA E**

- *Che hanno commesso **violazioni** (infrazioni) gravi, **definitivamente** (debitamente) accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio*
- Finalità dell'esclusione : Lo scopo della previsione è quello di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto della normativa in materia di sicurezza

- La valutazione della gravità era rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante e doveva essere congruamente motivata.
- *La valutazione circa l'esistenza di violazioni in materia contributiva e previdenziale costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del documento unico di regolarità contributiva si pongono come elementi indiziari, da cui non si può prescindere, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave e definitivamente accertata.*

(TAR Calabria - Reggio Calabria, 23 marzo 2010. n. 291)

- ora sono **GRAVI** le violazioni che consistono:
- impiego di personale in nero in misura pari o superiore al 20% dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro
- gravi e reiterate violazioni in materia di salute e sicurezza individuate con DM
- che comportano la sospensione dell'**AZIENDA**

- LA DEFINITIVITA':
- → Sentenza passata in giudicato
- → Provvedimento amministrativo diventato inoppugnabile
- → Risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio
- → Informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante

- **LETTERA F**

- CHE secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante

- *Tale disposizione, da un lato, preclude la partecipazione alle gare d'appalto agli operatori economici che si sono resi responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti contratti, con ciò denotando quindi un'inidoneità "tecnico-morale" a contrarre con la P.A., dall'altro, fissa il **duplice principio** secondo cui la sussistenza di tali situazioni ostative può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova, mentre il provvedimento di esclusione deve essere motivato congruamente. (...) La esclusione di che trattasi non ha carattere sanzionatorio, essendo viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblici (...).*

(Cons. Stato, 27 gennaio 2010 n. 296)

- **NON BASTA** che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa.

(Det. AVCP, 12 gennaio 2010, n.1)

- *La vicenda relativa alla grave inadempienza con un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra nella seconda parte della disposizione, laddove la norma consente all'amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e quindi di tenere conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura.*

(Cons. Stato, sez.V, 15 marzo 2010, n. 1500)

- **L'ERRORE** grave riguarda, più in generale, l'attività professionale dell'imprenditore e quindi la sua reale capacità tecnica e professionale [...] attiene indistintamente tutta la precedente attività professionale dell'impresa.

(Det. AVCP, 12 gennaio 2010, n. 1)

- accertamento richiesto:

- Non si ritiene che la grave negligenza e la malafede debbano essere accertate in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa del comportamento tenuto in ALTRI e PRECEDENTI RAPPORTI CONTRATTUALI dall'impresa partecipante

Ampia discrezionalità della S.A.

L'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.

→[...] a differenza di altre ipotesi di esclusione previste dallo stesso articolo 38 primo comma, che richiedono espressamente il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato della sentenza (lett. c), nella fattispecie in questione è necessario che vi sia un'adeguata prova dell'inadempimento e che lo stesso rilevi sul piano della menomazione dell'affidabilità dell'impresa privata nei confronti della medesima amministrazione

(TAR Molise, sez. I, 23 giugno 2010, n. 236)

• **LETTERA G**

- *[...] Lo stato di “definitivo accertamento” delle violazioni fiscali deve essere rinvenuto nelle situazioni caratterizzate dall’assenza di pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali, di istanze di rateizzazione del debito tributario o del termine utile per impugnare l’atto di imposizione*

(TAR Campania Napoli, sez. I, 20 luglio 2010, n. 16885)

[...] La definitività dell’accertamento consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile

(Det. AVCP, 12 gennaio 2010, n. 1)

- MARGINI DI VALUTAZIONE
- **ORA SOLO VIOLAZIONI GRAVI (+ di 10mila)**
 - Sebbene qualche indirizzo giurisprudenziale reputa che anche le violazioni fiscali, al pari di quelle contributive, debbano assumere una connotazione di gravità, opportunamente vagliata da parte della stazione appaltante, va prestata adesione al più diffuso orientamento, maggiormente rispettoso della lettera della legge, che non richiede per tale tipologia di infrazioni la necessità della valutazione della loro entità al fine di appurare l'affidabilità dell'impresa, bastando a determinare l'esclusione dalla procedura la semplice esistenza di una situazione di irregolarità nel pagamento delle imposte e tasse .
 - (TAR Campania Napoli sez. I 20/7/2010 n. 16885)

- Ancor più chiaramente (prima del dl 70/2011)
- *ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non può che essere escluso ogni rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, **non essendo in proposito previsto da parte della stazione appaltante alcun apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione (...)***

(TAR Toscana, sez. I, 10 giugno 2010 n. 1803)

- [...] la formulazione della disposizione citata è riferita a ogni violazione, anche di importo esiguo, **senza che sia consentito all'amministrazione che ha bandito la gara, e tanto meno al concorrente, valutarne la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente**, giacché tale valutazione - diversamente dalle ipotesi di cui alle lett. e) ed f) - è stata evidentemente effettuata dal legislatore in ragione dello scopo della norma di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente (...).

(Cons. Stato, Sez.V, 15 ottobre 2009 n. 6325).

- ***Non è possibile la “regolarizzazione successiva”***
- Il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito è quello della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, con la conseguenza che l’eventuale regolarizzazione successiva, pur essendo idonea ad eliminare il contenzioso tra l’impresa ed il fisco, non potrà giammai comportare il venir meno ex post della causa di esclusione.

(TAR Campania Napoli, sez. I, 20 luglio 2010 n. 16885)

- **LETTERA H**

- **Prima:** che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio
- **Adesso:** nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, 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

- Quindi si tratta di attività vincolata:
- Nel caso in cui la stazione appaltante riscontri sul casellario informatico la presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è, quindi, automatica (per l'anno previsto dalla norma)

• Obblighi della SA

- segnalare all'Autorità tutti i casi di non corrispondenza, con riferimento ai requisiti e condizioni per la partecipazione alle gare, tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la successiva documentazione

(Det. AVCP n.1/1005 e n.1/2008)

OBBLIGHI DELL'AUTORITÀ:

In seguito alla segnalazione, l'Autorità deve provvedere alla diretta iscrizione del dato nel casellario informatico 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

- **LETTERA I (e DURC)**

- Violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali:
- *sono gravi le violazioni ostative al rilascio del DURC*

- **LETTERA L**

- che non siano in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili

- **LETTERA M**

- nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248

- a) Il D.lvo 8 giugno 2001, n. 231 – responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati connessi, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da persone che rivestono funzioni rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli stessi o da dipendenti.
- a*) L' art. 9, d.lvo n.231/2001, tra le pene comminabili dal giudice c'è il divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni un pubblico servizio.
- b) L' art. 14 D.lvo 9 aprile 2008, n.81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.
- c) La Legge n.248/06 e in particolare, l'art. 36 bis, comma 1, recante Misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.

- **LETTERA M ter**

- (anche in *assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste*), 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. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato (*nei tre anni*) nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio

- **comma I bis**

- *I casi di esclusione previsti dal presente articolo 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, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.*

- **Comma 2**

- il possesso dei requisiti è attestato mediante dichiarazione sostitutiva

- **Comma 3**

- accertamenti d'ufficio
- fermo restando obbligo di depositare il DURC
- casellario giudiziario

- *A fronte della dichiarazione di essere in regola con i relativi adempimenti in materia di contributi resa dai concorrenti in sede di richiesta di partecipazione alla gara e in presenza dell'impegno a produrre il DURC all'atto dell'aggiudicazione, deve ritenersi che la mancata allegazione del DURC all'offerta non potesse costituire legittima causa di esclusione.*

(TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 7 giugno 2010, n. 5425)

- **COMMI 4 e 5**

- *4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.*
- *5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza*