

L' "estate legislativa 2009" e le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici

Autore: Gurrieri Aldo

In: Diritto amministrativo

Il D. Lgs. 163/06 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici) è stato assoggettato a diverse modifiche ad opera di vari interventi normativi succedutisi tra luglio e settembre 2009:

1)

la Legge n. 69 del 18/06/09, entrata in vigore il 04/07/09, c.d. "legge sulla competitività", recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile";

2)

la Legge n. 94 del 15/07/09, entrata in vigore il 05/08/09, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica";

3)

la Legge n. 102 del 03/08/09, c.d. "Anticrisi", avente ad oggetto la "Conversione in legge con modificazioni del D.L. 1/7/09 recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali";

4)

la Legge n. 166 del 20/11/2009 (pubblicata sulla G.U. n. 274 del 24/11/09) avente ad oggetto la “Conversione in legge del D.L. 135 del 25/09/09 recante disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia Europea”.

Il codice degli appalti pubblici è stato, in brevissimo tempo, “ritoccato” in diversi punti da ciascuno dei sopra elencati provvedimenti normativi, con la comune finalità, in linea principale, di agevolare la partecipazione al mercato degli appalti pubblici di quella parte del mondo imprenditoriale che maggiormente e più diffusamente rappresenta il settore produttivo in Italia e che, al momento, pare essere più sofferente dal punto di vista commerciale ed economico: la piccola-media impresa.

La legge 69/09

Con il suddetto obiettivo l’art. 17 della L. 69/09 ha introdotto misure di semplificazione delle procedure relative ai piccoli appalti pubblici, mediante la seguente disposizione: Al fine di fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto e per incentivare l’accesso alle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese, a decorrere dal 1° luglio 2009 sono abrogate le disposizioni di cui all’articolo 36, comma 5, terzo periodo, nonché all’articolo 37, comma 7, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

Pertanto il nuovo testo del comma 5 dell’art. 36 (“ConSORZI stabili”) è costituito semplicemente dalla seguente disposizione: I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi e’ fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’art. 353 del codice penale. E’ vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

La parte abrogata (cioè il “il terzo periodo”) recitava: Qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all’art. 122, comma 9, e all’art. 124, comma 8, e’ vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati; in caso di inosservanza

di tale divieto si applica l’art. 353 del codice penale.

Allo stesso modo il nuovo testo del comma 7 dell’art. 37 (“Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti”) è costituito semplicemente dalla

seguinte disposizione: E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettera b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi e' fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale.

La parte abrogata (cioè il "il terzo periodo") recitava: Per i consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettera b), qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all'art. 122, comma 9, e all'art. 124, comma 8, e' vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio e dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale.

Gli articoli 36 e 37, sin dalla loro stesura originaria, impongono agli operatori economici il divieto, peraltro penalmente sanzionato (secondo le previsioni del codice penale riferite al reato di "Turbata libertà degli incanti"), di partecipare ad una qualunque procedura di gara contemporaneamente sia in forma individuale sia in forma associata. La ratio di tale divieto è riscontrabile nell'osservazione secondo la quale l'appartenenza di due offerenti ad un unico organismo imprenditoriale associativo implica il rischio di reciproco condizionamento delle offerte presentate in gara; in tal caso infatti è ragionevole il timore che la conoscenza degli elementi fondamentali dell'offerta da parte di diversi soggetti (consorzio e consorziati) influenzi la formulazione delle rispettive offerte arrivando ad alterare l'equilibrio concorrenziale nella singola procedura. L'intento di evitare flussi di informazioni fra soggetti che, seppur distinti, costituiscono comunque un unico centro decisionale ha determinato la preclusione normativa alla partecipazione contestuale dei soggetti indicati.

Il D. Lgs. 152/08, il c.d. "terzo decreto correttivo", aveva ulteriormente presidiato questa regola generale introducendo le disposizioni sopra riportate (che una volta inserite nel testo originario degli articoli 36/5°c. e 37/7°c. ne hanno costituito quello che poteva essere identificato come il "terzo periodo"), al fine di garantire il principio dell'equilibrata competizione prioritariamente rispetto a qualunque altra esigenza di tipo socio-economico, anche in fattispecie di rilevanza economica contenuta.

Riassumendo, le sopra riportate disposizioni del D.Lgs. 163/06 aggiornato al D. Lgs. 152/08 (nella stesura antecedente alla L. 69/09) disciplinano due ipotesi:

a) in generale: il consorzio indica espressamente nella documentazione di gara i consorziati per i quali concorre, sia nel caso in cui concorre solo per alcuni sia se concorre per tutti i consorziati; in tale ipotesi il divieto di partecipazione riguarda soltanto le imprese (tra quelle consorziate) indicate in sede di offerta (di conseguenza le altre imprese, non essendo state citate, sono libere di partecipare);

b) in particolare: gare con valore economico inferiore a € 100.000/€ 1.000.000 (rispettivamente per

Forniture di beni/servizi e per Lavori) per le quali la Stazione appaltante ha previsto nel bando/invito di avvalersi della facoltà di “esclusione automatica”, per quanto attiene all’anomalia dell’offerta (art. 122, comma 9 e art. 124, comma 8); in tal caso il divieto di partecipazione è esteso a tutte le imprese facenti parte del consorzio, anche se non espressamente citate come associate rappresentate e dunque a prescindere dall’effettivo coinvolgimento nella predisposizione dell’offerta.

La modifica della L. 69/09 incide su quest’ultimo caso, prevedendo l’eliminazione del divieto “indiscriminato” e venendo ad assoggettare ad un’unica disciplina di portata generale anche quella peculiare ipotesi che il D. Lgs. 152/08 aveva voluto sottoporre ad una perentoria preclusione “generalizzatrice”. L’intento di siffatta norma preclusiva consisteva nel non rimettere l’esito dell’aggiudicazione alla possibilità di calcoli predeterminati ad opera delle ditte collegate (se non addirittura, nel peggiore dei casi, colluse), in considerazione del fatto che su tale procedura la S.A. non avrebbe potuto esercitare alcuna discrezionalità né alcun correttivo, in quanto privata dalla stessa *lex specialis* anche della possibilità di azionare il subprocedimento di verifica in contraddittorio dell’anomalia delle offerte.

Di segno contrario l’intenzione del legislatore 2009, il quale si pone in via prioritaria l’obiettivo di consentire concretamente alle imprese di non grandi dimensioni di provare ad ampliare e diversificare i propri obiettivi commerciali.

In conclusione, dopo la L. 69/09 gli operatori economici tornano liberi di partecipare, nonostante la contemporanea partecipazione del consorzio di appartenenza (e a condizione di non essere citati come consorziati rappresentati nella medesima procedura), anche alle gare con valore economico inferiore a € 100.000/€ 1.000.000 per le quali le Stazioni appaltanti abbiano previsto nel bando/invito di avvalersi, ai sensi dell’art. 122/9°c. o dell’art. 124/8°c., della facoltà di esclusione automatica dell’offerta risultata al di sopra della soglia di anomalia.

In tal modo il legislatore dell’estate 2009 ha dato priorità all’impellente esigenza socio-economica di predisporre strumenti per contrastare effettivamente la situazione straordinaria di crisi rispetto alle sopra illustrate esigenze di garanzia “assoluta” dell’equilibrio concorrenziale; in quest’ottica di semplificazione lo strumento per accrescere la competitività e tutelare l’interesse del settore imprenditoriale alla libera iniziativa commerciale è stato individuato nella liberalizzazione dell’accesso alle gare pubbliche (per piccoli appalti) delle imprese che, sia ordinariamente e stabilmente aggregate in forma di consorzio sia temporaneamente riunite in associazione, acquisiscono la possibilità di partecipare in proprio nome e nell’esclusivo proprio interesse alle gare di contenuta rilevanza, soltanto sulla base di una decisione imprenditoriale autonoma e non condizionata da meccanismi giuridico-associativi.

La legge 94/09

L'art. 2/19° comma della L. 94/09 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") ha integrato l'art. 38 del D.Lgs. 163/06 aggiungendo un'ulteriore fattispecie all'elenco delle cause di esclusione dagli appalti pubblici ivi contenuto. L'art. 38/1° comma prevede che 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 che non sono in possesso dei requisiti predeterminati dal Codice quali garanzie di moralità professionale e contraddistinti nello stesso articolo 38/1° c. dalla lettera a) sino alla lettera m bis). A tale elencazione è stata aggiunta la lettera m-ter), recante la seguente disposizione: sono esclusi i soggetti "di cui alla precedente lettera b) che, 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 antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso 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".

Solo per completezza va tenuta presente l'altra modifica apportata dalla L. 94/09, in virtù della quale dopo il comma 1 viene inserito il seguente: «comma 1-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». Con tale ultima disposizione viene introdotta una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma del citato art. 38, che pertanto, secondo il nuovo dettato, non devono essere riferite alle aziende e società sottoposte a misure di sequestro o confisca.

Riguardo al punto di nostro interesse (l'aggiunta della lettera m-ter) va rilevato che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nell'ambito della propria attività di regolazione del mercato degli appalti pubblici, ha predisposto il c.d. "Documento base sui requisiti di ordine generale", nell'occasione della cui elaborazione è stata svolta una consultazione degli operatori del settore e delle Amministrazioni interessate proprio sull'argomento dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (a tal fine si sono svolte una consultazione on line -conclusa il 9/11/09- e un'audizione presso il Consiglio dell'Autorità in data 11/11/09).

Con riferimento specifico alla neo introdotta disposizione il suddetto autorevole documento prevede: <<La novella normativa si applica ai soggetti elencati alla lettera b) dell'art. 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. Questa disposizione non opera quando il fatto è stato commesso, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della L. 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa>>.

In altri termini la causa di esclusione di cui alla lettera m ter) non opera se la mancata denuncia sia riconducibile a situazioni di natura esimente nelle quali possa venire a trovarsi la vittima del reato.

Al riguardo sono stati sollevati dubbi sia in relazione al momento in cui la sussistenza di tale circostanza esimente andrebbe accertata sia in relazione al soggetto titolato all'accertamento. Al riguardo nel documento dell'A.V.C.P. viene osservato che 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 proprio sito dell'Osservatorio la comunicazione della mancata denuncia unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare. A questo punto sorge un ultimo dubbio in merito alla decorrenza dell'esclusione: dalla data di rinvio a giudizio o dall'inserimento nel casellario presso l'Autorità? Il "Documento base" indica quella dell'inserimento nel casellario informatico come la tesi ad oggi più convincente.

La legge 102/09

L'art. 4 quater della L. 102/09 ha introdotto "misure per la semplificazione in materia di contratti pubblici". L'apporto più rilevante di tale intervento è consistito nel modificare parti rilevanti degli articoli 86, 87 e 88 del D. Lgs. 163/06, nel che si è concretizzata una significativa rivisitazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Innanzitutto è stato abrogato il 5° comma dell'art. 86("Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse"), per cui non è più vigente la disposizione secondo la quale "Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

In secondo luogo il 1° comma dell'art. 87 ("Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse") è sostituito dal seguente: "Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede

all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica in contraddittorio”.

La semplificazione in tal caso consiste nell'aver eliminato l'obbligo per il concorrente di presentare a corredo dell'offerta le giustificazioni relative alle componenti del prezzo. Adempimento che appesantiva e complicava la predisposizione dell'offerta senza che ciò corrispondesse ad un momento essenziale della procedura, ma solo eventuale. Sulla base di tale ultima riflessione si è ritenuto che tale adempimento costituisse un aggravio ingiustificato, in quanto sproporzionato rispetto allo scopo perseguito.

Infine anche l'art. 88 (“Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse”) è stato “rimaneggiato” in più punti ed il nuovo testo (quasi integralmente riscritto) è il seguente:

1) La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni. 1-bis) La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.2) All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.3) La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1- bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.4) Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5) Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione. 6) (comma soppresso dall'articolo 2, comma 1, lettera r), d.lgs. n. 152 del 2008). 7) La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.”

Riassumendo, il nuovo procedimento di verifica dell' anomalia delle offerte prevede:

a) i calcoli per la determinazione della soglia e l'individuazione delle offerte anomale; detta fase rimane disciplinata dalle regole previgenti alla L. 102/09;

b) a questo punto l'offerta risultata pari o al di sopra della soglia di anomalia verrà assoggettata all'attività di verifica ed è solo in questa fase che la stazione appaltante avanzerà richiesta (scritta) alla ditta concorrente di presentare (entro un termine non inferiore a 15 giorni) le giustificazioni;

c) ricevuta la documentazione contenente le giustificazioni la stazione appaltante effettua la valutazione applicando i criteri fissati dall'art. 87/commi 2-5, orientandosi attraverso gli strumenti previsti dall'art. 89 ("Strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi") e seguendo la procedura dettagliatamente definita dall'art. 88;

d) al riguardo si evidenziano i momenti salienti di tale subprocedimento:

-facoltà per la S.A. di istituire una commissione per l'esame delle giustificazioni; in tal modo la L. 102/09 prevede una norma di tutela degli operatori economici, volta a garantire la natura tecnica e specialistica dell'esame della documentazione e del giudizio sulla congruità delle voci d'offerta;

-obbligo per la S.A. di chiedere ulteriori chiarimenti in via di precisazione, qualora le giustificazioni siano state ritenute insufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta; anche tale norma vuole tutelare le ditte, in quanto volta a garantire l'accuratezza e la serietà dell'attività di valutazione in questione;

-obbligo per la S.A. di convocare l'offerente per invitarlo a indicare ogni elemento utile, prima di poter procedere all'esclusione; tale garanzia di contraddittorio era già presente nel precedente assetto; l'unica novità è rappresentata dalla riduzione da cinque a tre del numero di giorni lavorativi costituenti il preavviso obbligatorio minimo per la convocazione;

e) se al termine della verifica l'offerta risulta anomala, la S.A. non provvede a dichiarare l'esclusione dell'offerta (come invece previsto originariamente dal Codice degli appalti) e procede secondo le stesse modalità sin qui illustrate nei confronti della migliore offerta successiva (detta regola è stata introdotta dal D. Lgs. 152/08). Al riguardo va sottolineata la portata semplificativa di un'ulteriore modifica operata dalla L. 102/09, la quale introduce una modalità alternativa rispetto allo scorrimento "una alla volta" delle offerte individuate al di sopra della soglia di anomalia; il nuovo comma 7 dell'art. 88 infatti consente alla S.A. di riservarsi, mediante espressa previsione nel bando/avviso di gara o nella lettera di invito, la facoltà di procedere "contemporaneamente" alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta; comunque viene fatta salva l'inderogabilità degli adempimenti (sin qui descritti) previsti dal medesimo art. 88 ai commi da 1a5;

f) soltanto all'esito del subprocedimento di verifica, appena viene identificata la prima migliore offerta non anomala, la S.A. provvede a dichiarare l'esclusione delle offerte risultate complessivamente inaffidabili e procederà, nel rispetto di quanto disposto dagli articoli 11 e 12 (N.B.: tale precisazione è stata inserita

testualmente dall'art. 4 quater-L. 102/09), all'aggiudicazione definitiva in favore della ditta che ha presentato la migliore offerta non anomala.

Il D.L. 135/09 convertito nella Legge 166/09

L'art. 3 del D.L. 135/09 ha il fine di adeguare l'ordinamento interno alla pronuncia della Corte di Giustizia C.E. del 19/05/09, avente ad oggetto la normativa nazionale italiana che non autorizza la partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione, in modo concorrente, di società aventi fra loro un rapporto di controllo o d'influenza notevole.

La suddetta sentenza si riferisce alla causa Assitur Srl contro C.C.I.A.A. di Milano e nei confronti di SDA Express Courier SpA e Poste Italiane SpA (procedimento C-538/07), avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 CE proposta il 14/11/07 dal T.A.R. Lombardia.

Tale domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 29/1° comma-DIR. C.E. 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici (il testo dell'art. 29/1° c., "Criteri di selezione qualitativa": Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale: a) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali; b) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali; c) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato; d) si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione; e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione; f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione; g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del

presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni").

La questione è sorta nell'ambito di una controversia in merito alla compatibilità con le disposizioni e i principi comunitari summenzionati dell'art. 34/2° comma del D. Lgs. 163/06, il quale, nel testo originario, vieta la partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto, in modo separato e concorrente, di società tra le quali sussista un rapporto di controllo o delle quali una eserciti sulle altre un'influenza notevole ("Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti

escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi”).

Al riguardo la Corte ha innanzitutto sottolineato che la volontà del legislatore comunitario è stata quella di prendere in considerazione, nella disposizione dell’art. 29- DIR. 92/50/CEE, soltanto cause di esclusione riguardanti unicamente le qualità professionali degli interessati. Nella misura in cui l’art. 34 del Codice Appalti ribadisce siffatte cause di esclusione, tale elenco è stato considerato tassativo dalla Corte.

La Corte ha aggiunto che questo elenco tassativo non esclude tuttavia la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette, in particolare, a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, che costituiscono la base delle direttive comunitarie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a condizione però che venga rispettato il principio di proporzionalità.

Ebbene l’art. 34/2°c. comporta per le amministrazioni aggiudicatrici un obbligo assoluto di escludere dalla procedura di gara d’appalto le imprese che presentino offerte separate e concorrenti, qualora tali imprese siano legate fra loro da rapporti di controllo, quali quelli previsti dalla normativa civilistica italiana cui fa testuale rinvio la disposizione in questione.

Tuttavia, secondo la C.G.E, appare contraria ad un’efficace applicazione del diritto comunitario l’esclusione sistematica, per le imprese tra loro collegate, del diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico; una siffatta soluzione, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario.

Da ciò è conseguito che la conformità al diritto comunitario della norma in questione è stata ulteriormente esaminata dalla Corte alla luce del principio di proporzionalità.

Nel contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell’interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d’appalto. Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l’una con l’altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

Per questi motivi, la 4^a Sezione della C.G.E. ha dichiarato che l’art. 29/1°c. della direttiva 92/50/CEE deve essere interpretato nel senso che:

-in generale esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per

conseguire la suddetta finalità;

-in particolare: il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Con la finalità di adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario nel senso indicato dalla C.G.E. con la pronuncia sopra riportata, l'art. 3 del D.L. 135/25.09.09 ha introdotto le seguenti modifiche al Codice degli appalti:

-il sopra citato art. 34/comma 2

e' stato abrogato (e di conseguenza sono stati soppressi i richiami testuali allo stesso art. 34/2 presenti nelle altre disposizioni del medesimo Codice degli appalti).

-all'articolo 38/comma 1, dopo la lettera m-ter), è stata aggiunta la seguente: **m-quater)** la quale prevede l'esclusione dalla gara per quelle imprese "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.";

-all'articolo 38, comma 2 è stato aggiunto il seguente periodo: «Ai fini del comma 1, lettera m-quater), i concorrenti allegano, alternativamente: a) la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura; b) la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione; tale dichiarazione e' 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.».

Al riguardo va rilevato (analogamente a quanto evidenziato sopra con riferimento alla L. 94/09, la quale ha aggiunto la lettera m-ter all'art. 38/comma 1) che l'A.V.C.P., nell'ambito della propria attività di regolazione del mercato degli appalti pubblici, ha predisposto il c.d. "documento base sui requisiti di

ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici". Con riferimento specifico alla neo introdotta disposizione di cui alla citata lettera m-quater il suddetto autorevole documento prevede: pare opportuno rilevare che la soluzione prospettata pone un onere estremamente gravoso a carico delle stazioni appaltanti rappresentato dalla verifica, caso per caso, della imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. Si ricorda che con alcune recenti decisioni il Consiglio di Stato ha in primo luogo ribadito il proprio orientamento ritenendo che la scelta di annotare nel casellario l'esclusione di imprese in quanto collegate da collegamento sostanziale, che rivela l'imputazione delle relative offerte ad un unico centro decisionale, è idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici ed è pertanto opportuna, se non doverosa. Il giudice amministrativo ha tuttavia escluso che detto collegamento sostanziale si configuri quale falsa dichiarazione, tenuto conto della definizione in senso penalistico di "attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera"; nel caso di collegamento sostanziale si tratta di una situazione non oggettivamente accertabile, se non sulla base di elementi di natura indiziaria, con la conseguente impossibilità di accertare il dolo del soggetto. Pertanto la dichiarazione circa l'assenza di situazioni di controllo o collegamento tra imprese non integrerebbe una dichiarazione mendace (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n..4504, 4505 e 4506). La posizione espressa dal Supremo Consesso Amministrativo potrebbe essere riconsiderata alla luce della novella normativa di cui alla lett. m-quater.

Conclusione.

Sin qui l'exkursus delle modifiche più rilevanti del Codice dei contratti pubblici nel corso del 2009. A questo punto si spera che il 2010 veda la normativa in questione finalmente integrata (invece che sempre e solo modificata!) da quell'importante atto, che è il regolamento "di cui all'art. 5", atteso da tutti gli operatori di prima linea come nuovo punto di riferimento per la definizione, in via applicativa, di tutti quegli aspetti pratici e di dettaglio che l'uniformazione della normativa sugli appalti (operata dal Decreto 163) ha lasciato in sospenso.

Dott. *****

<https://www.diritto.it/l-estate-legislativa-2009-e-le-modifiche-al-codice-dei-contratti-pubblici/>