

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/01/2017

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38931-certificato-carichi-pendenti-e-partecipazione-alle-gare-ad-evidenza-pubblica>

Autore: Federica Lamanna

Certificato carichi pendenti e partecipazione alle gare ad evidenza pubblica

“Certificato carichi pendenti e partecipazione alle gare ad evidenza pubblica”

L'attività contrattuale pubblica ha, quale fulcro centrale, lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica. Attraverso esse, infatti, si giunge all'individuazione di un'impresa-contraente idonea a soddisfare un interesse pubblico, quale ad esempio lo svolgimento di un servizio, piuttosto che un lavoro o una fornitura.

Il cardine di tutto l'iter contrattuale è rappresentato dal valore della **fiducia**: il contraente selezionato non può essere un *quisque de populo*, ma deve possedere una serie di requisiti di natura soggettiva e oggettiva che rappresentano la condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici, stipulare i relativi contratti o agire nella veste di subappaltatore. I parametri di valutazione della sussistenza o meno del “valore-fiducia” sono, quindi, normativamente indicati nei requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; pertanto, assenza di requisiti vuol dire assenza di fiducia, con la conseguenza dell'esclusione del candidato “inaffidabile” dalle varie fasi delle procedure stesse. È importante rilevare come in tal mondo siano garantiti, nell'ambito dell'attività contrattuale pubblica, i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Nei contratti pubblici, quindi, la fiducia nell'individuazione di un contraente, idoneo a soddisfare il bisogno di cui l'amministrazione è portatrice, non risulta rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione stessa, come avviene nei contratti privati. Al contrario, attraverso il filtro dell'art. 97 Cost., sopra citato, e l'**art. 80 del D.lgs. 50/16** (in precedenza art. 38 D.lgs. 163/06), per ciò che concerne i requisiti c.d. “oggettivi” o “generali”, sono predeterminati i requisiti che rappresentano condizione necessaria e sufficiente per ritenere “affidabile” un potenziale contraente. L'art. 80, da un altro punto di vista, rappresenta poi una norma di limitazione della discrezionalità contrattuale della parte pubblica, consentendo a quest'ultima di instaurare un rapporto di “fiducia” soltanto con soggetti nei confronti dei quali abbia verificato il possesso dei requisiti oggettivi richiesti.

1. L'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 (Motivi di esclusione).

La norma in questione disciplina le cd. Cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, ossia quei requisiti soggettivi che tutti i concorrenti devono possedere per poter contrattare con la P.A. e che non vanno confusi con i requisiti di capacità tecnica ed economica, disciplinati oggi dall'art. 83 (in precedenza: artt. 40, 41 e 42 D.lgs 163/06), in quanto mentre questi ultimi attengono rispettivamente al grado di esperienza e capacità professionale del concorrente – cioè alla sua idoneità sotto il profilo tecnico a espletare l'attività oggetto di gara ed alla sua solidità finanziaria e, quindi, alla sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti – i primi, tradizionalmente definiti anche di “ordine pubblico” o di “moralità”, consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente, suscettibili, ove sussistenti, di precluderne la partecipazione alla gara e, qualora sopravvenuti a procedura in corso, di giustificare il rifiuto da parte dell'amministrazione a stipulare il contratto (Cons. Stato, sent. n. 1387/06; Cons. Stato, sent. n. 4817/05; Tar Toscana sent. n. 741/09). Nel delinearli, la norma recepisce il contenuto dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE e, al tempo stesso, omogenizza la disciplina precedentemente dettata dall'art. 75 del DPR 554/99.

L'art. 80, oggi, testualmente statuisce:

“1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati:

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di

agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;

b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;

f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;

2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

3. L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica 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.

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015,

pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110;

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive;

f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione;

h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa;

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero [non] autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito;

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima 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 risulti 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 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'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m) l'operatore economico si trovi 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.

6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5.

7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

9. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

10. Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale.

11. Le cause di esclusione previste 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 degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

12. 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 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 del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

14. Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo."

In linea generale, **le cause d'esclusione**, risolvendosi in una drastica limitazione della capacità contrattuale dell'imprenditore e quindi di una contrazione della libertà di iniziativa

economica garantita dall'art. 41 Cost., sono considerate tipiche e tassative. Non è consentito, pertanto, alla stazione appaltante prevedere con atto generale ed astratto ipotesi di esclusione ulteriori rispetto a quelle disciplinate dalla legge (Cons. Stato, sent. n. 4268/02), né, tantomeno, la stessa potrebbe prevedere ipotesi di esclusione automatica connesse a condizioni soggettive del concorrente diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste (Tar Milano, sent. n. 3077/03; Tar Salerno, sent. n. 495/03).

Tali concetti risultano oggi rafforzati all'interno del comma 8 dell'art. 83 del D.lgs. 50/16 (in precedenza comma 1-bis dell'art. 46, D.lgs. 163/06) che, così, testualmente, statuisce: *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”*

2. Iscrizioni di procedimenti penali sul certificato dei carichi pendenti

Per quanto sin qui esposto, eventuali iscrizioni di procedimento penali sul certificato dei carichi pendenti dei soggetti che devono obbligatoriamente rendere la dichiarazione di cui all'art. 80 del Codice non sono di per sé ostative, per gli operatori economici, alla partecipazione a procedure di gara, non sussistendo previsioni specifiche idonee ad impedire ad una impresa, versante nella situazione individuata, di partecipare a gare pubbliche. La norma in questione dispone, infatti, che una stazione appaltante possa procedere a irrogare la massima sanzione della esclusione da una gara soltanto a seguito di una sentenza definitiva e, comunque, salve le ipotesi di esclusione automatica, valutando attentamente l'incidenza delle condanne sulla moralità professionale del concorrente e motivando congruamente in ordine alle ragioni che inducono a ritenere una condanna incidente (Cons. Stato n. 945/07).

La giurisprudenza prevalente nega, invece, ogni rilevanza alla mera pendenza di un procedimento penale (Cons. Stato, sent. n. 4415/06; Cons. Stato, sent. n. 196/96) o alla esistenza di una semplice denuncia (Tar Lazio, sent. n. 912/06), come pure di una sentenza non passata in giudicato (Tar Liguria, sent. n. 45/97).

Un'eventuale esclusione dovuta alla sottoposizione a procedimento penale di un “rappresentante” del soggetto partecipante, pertanto, si porrebbe in diretto contrasto con la normativa generale sopra richiamata che, come già evidenziato e come ribadito dalla prevalente giurisprudenza, attribuisce rilievo ostativo alle sole condanne passate in giudicato e non anche alla pendenza di procedimenti e giudizi penali non ancora definiti.

La necessità di presentare o, da parte della stazione appaltante, di richiedere, il certificato dei carichi pendenti è necessario solo ed esclusivamente per l'accertamento della mancata iscrizione di procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1957, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ipotesi di cui all'art. 80, co. 2, D.lgs. n. 50/2016). A tal proposito, addirittura, anche nell'ipotesi informativa atipica, la stazione appaltante sarà tenuta a valutare la rilevanza degli elementi in essa contenuti ai fini di una eventuale esclusione (Cons. Stato, sent. n. 3484/07).