

Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Atto di segnalazione n. 5 del 9 ottobre 2013

Efficacia della sanzione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice dei contratti

Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nel prosieguo, Codice), intende formulare alcune osservazioni in merito all'applicazione della sanzione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice.

La disciplina dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici è stata oggetto di numerose modifiche normative.

In particolare, per il profilo d'interesse, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modifiche dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, ha riformato la lettera h) del citato art. 38 ed aggiunto il comma 1-ter; successivamente, l'art. 20, comma 1, lett. d), del d.l. n. 5 del 9 febbraio 2012, (convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35), ha attribuito all'Autorità il potere di graduare la sanzione interdittiva prevista dal menzionato art. 38 del Codice, sostituendo, al comma 1-ter, le parole «per un periodo di un anno» con le parole «fino ad un anno». Tale modifica era stata sollecitata dalla stessa Autorità nella segnalazione n. 1 del 2012, nella quale, in riferimento all'impossibilità di graduare la sanzione espulsiva di cui all'art. 38, comma 1-ter, del Codice, quantificata ex lege in un anno, si era posta in rilievo l'iniquinà della risultante disciplina sanzionatoria, capace di incidere in maniera rilevante sulla posizione patrimoniale degli operatori economici e, a volte, sulla loro stessa sopravvivenza, attraverso l'applicazione di misure non proporzionali all'intrinseca gravità del fatto.

L'Autorità ha, quindi, ritenuto opportuno intervenire nuovamente sulla materia, adottando la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012, recante "Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici", integrativa delle indicazioni fornite con la precedente determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010.

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. h) del Codice, la stazione appaltante deve escludere gli operatori economici che risultino iscritti nel casellario informatico dell'Osservatorio per avere gli stessi presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni in relazione a requisiti o alle condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti. L'orientamento consolidato dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa è nel senso di ritenere che, in presenza di un'annotazione per falsa dichiarazione che non abbia ancora perso efficacia (per decorrenza del termine di durata), l'esclusione dell'operatore economico dalla gara è automatica, vale a dire che essa costituisce per la stazione appaltante un'attività vincolata senza alcun margine di apprezzamento discrezionale. Detta annotazione rappresenta il momento finale di un iter procedimentale che origina dalla segnalazione della stazione appaltante la quale, ai sensi dell'art. 38 del Codice, comma 1-ter, è in ogni caso tenuta ad informare l'Autorità circa la presentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, di falsa documentazione o falsa dichiarazione. Dunque, dal combinato disposto del comma 1, lett. h) e del comma 1-ter, dell'art. 38 del Codice, nel testo novellato, risulta che l'Autorità può comminare la sanzione dell'esclusione dell'operatore economico dalle gare e dagli affidamenti di subappalto, per il periodo massimo di un anno, soltanto in esito ad un procedimento che accerti la falsa dichiarazione o falsa documentazione fornite con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o documentazione stessa.

1. Le criticità in materia di sanzione dell'esclusione dalle gare

La prassi applicativa delle disposizioni succintamente illustrate ha posto in rilievo la persistenza di criticità inerenti l'esatta individuazione dell'effetto escludente della sanzione interdittiva ex art. 38, comma 1-ter del Codice. Se, infatti, è pacifico che i requisiti generali debbano sussistere al momento della presentazione della domanda/offerta ed al momento della stipulazione del contratto, dubbi sussistono con riguardo all'ipotesi di una sanzione irrogata ai sensi dell'art. 38 dopo la presentazione della domanda/offerta e la cui efficacia si sia esaurita prima dell'effettuazione dei controlli sul possesso dei requisiti.

In merito, nella determinazione n. 1 del 2010, con riguardo ai requisiti generali disciplinati dall'art. 38 del Codice, si è affermato, in via generale, che i requisiti generali «devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto». La posizione espressa ha trovato conferma in numerose pronunce giurisprudenziali ¹. Occorre, tuttavia, valutare se l'applicazione tout court della richiamata interpretazione, basata sulla necessaria permanenza dei requisiti generali lungo tutto l'arco temporale della procedura, non possa condurre, con riguardo al sistema sanzionatorio di sospensione dalla partecipazione alle gare, ad una interpretazione non pienamente orientata ai principi costituzionali di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 3 della Costituzione nonché di libera iniziativa economica, a motivo di taluni elementi peculiari che, in effetti, differenziano la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. h), del Codice dal panorama dei requisiti soggettivi previsti dalle altre lettere del medesimo articolo.

A ben guardare, la disposizione in commento configura, infatti, una sanzione di secondo livello, giacché l'operatore, il quale abbia presentato attestazioni mendaci, viene sanzionato non solo con l'esclusione dalla gara in cui la falsa dichiarazione è stata presentata (e ciò per effetto della decadenza dai benefici del provvedimento emanato sulla base dell'autodichiarazione resa in gara, sancita dall'art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e s.m.i.), ma anche con la preclusione della possibilità di partecipare a nuove gare o di stipulare contratti con la pubblica amministrazione per il periodo di tempo stabilito dall'Autorità. Si tratta di una reazione particolarmente forte dell'ordinamento, volta a punire quei comportamenti che possono inquinare la trasparenza e la concorrenzialità delle procedure selettive, reazione conforme ai parametri comunitari e costituzionali nella misura in cui la stessa sia rispettosa del principio di proporzionalità, avuto riguardo alla condotta concretamente posta in essere dall'operatore economico.

Del resto, il potere di graduare la sanzione escludente, ora riconosciuto all'Autorità, appare preordinato proprio all'esigenza di rispetto del principio di proporzionalità, come emerge dalla stessa relazione di accompagnamento al d.l. n. 5/2012.

Alla luce di tali considerazioni, si reputa necessario garantire che l'effetto preclusivo discendente dalla sanzione irrogata dall'Autorità ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h) resti rigorosamente circoscritto alla durata della sanzione stessa, in conformità a quanto stabilito apertis verbis dall'art. 38, comma 1-ter, secondo cui l'iscrizione è disposta «nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia». Dunque, l'annotazione nel casellario fotografa la situazione dell'impresa rebus sic stantibus e reca con sé il termine di durata della sanzione, la quale esaurisce i suoi effetti allo spirare del citato termine.

In sintesi: stante l'attuale formulazione della norma, in base alla quale l'Autorità – previa verifica dell'elemento soggettivo – dispone la durata dell'interdizione fino ad un anno e tenuto conto, altresì, della previsione di cui all'art. 8, comma 2, lett. s) del Regolamento, l'interdizione dalla partecipazione alle gare deve essere strettamente riferita alla durata della stessa così come temporalmente individuata dall'Autorità e decorrente dall'iscrizione nel casellario.

Al contrario, la menzionata interpretazione sulla ininterrotta permanenza del requisito in capo all'operatore può condurre a risultati afflittivi e paradossali: può, infatti, accadere che un operatore economico, a cui sia stata inibita la partecipazione alle gare per un breve periodo di tempo (ad esempio quindici giorni) – in considerazione, evidentemente, della lievità dei fatti allo stesso ascrivibili – venga espulso dalle fasi di gara successive alla presentazione

dell'offerta/domanda, con l'effetto di dilatare, nella pratica, l'efficacia della sanzione fino ad abbracciare un periodo molto più lungo di quello indicato nel provvedimento. Ciò determina, di fatto, un'ultrattività della sanzione che arriva a coprire l'intero arco temporale dello svolgimento delle operazioni di gara.

L'effetto paradossale illustrato risulta tanto più stridente quanto più è breve la durata della sanzione irrogata dall'Autorità: sanzioni di dieci giorni o di dieci mesi finirebbero per avere, in concreto, con riferimento ad una o più specifiche gare in corso, lo stesso effetto preclusivo, vanificando la possibilità di graduazione accordata dal legislatore all'Autorità a garanzia del canone di proporzionalità.

Per ovviare a tali conseguenze fortemente afflittive, sarebbe auspicabile prevedere che la predetta sanzione non possa reputarsi ostativa alla stipulazione del contratto qualora l'annotazione nel casellario, per la lettera h) dell'art. 38 sia intervenuta successivamente alla scadenza fissata per la presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta (data in cui, pertanto, l'operatore era in possesso del requisito in parola) e l'interdizione comminata abbia esaurito i suoi effetti prima dello svolgimento dei controlli sui requisiti, eventualmente espletati in corso di procedura, ivi compreso il controllo di cui all'art. 11, comma 8, del Codice.

La soluzione prospettata sarebbe coerente con l'esigenza di garantire che l'operatore economico non venga lesa da una ultrattività della durata della sospensione che porterebbe, altrimenti, a superare il periodo indicato dall'Autorità. Una simile conclusione, inoltre, si pone in linea con quanto rilevato da una parte della giurisprudenza, per la quale è ammessa «la possibilità di accertare l'avvenuto superamento di eventuali cause sopravvenute che ostino alla partecipazione alla gara, fino al momento in cui la gara stessa non sia pervenuta alla sua conclusione» (Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 2876). In altri termini, secondo la soluzione prospettata la sanzione contemplata dalla lett. h) dell'art. 38 del Codice, qualora si verificasse nelle modalità sopra precisate, non condurrebbe all'espulsione del concorrente dalle gare a cui lo stesso avesse legittimamente preso parte.

Alla luce di quanto sopra ampiamente illustrato, si ritiene, pertanto necessario un ulteriore intervento normativo in ordine a quanto previsto dal comma 1-ter dell'art. 38 cit., a tenore del quale decorso il termine di annotazione «l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia». Infatti proprio con riferimento alla perdita di efficacia, verificatasi nel corso della procedura di gara, andrebbe precisato che la stessa, accertata dalla stazione appaltante, in fase di verifica dei requisiti per rendere efficace l'aggiudicazione (art. 11, comma 8 del Codice) e per procedere alla conseguente stipula del contratto, non ostata a quest'ultima.

Un altro aspetto problematico che si rileva in ordine alla formulazione della norma è relativo all'individuazione del periodo di esclusione. Laddove la norma, infatti, dispone che l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h) dello stesso art. 38, possa avvenire **fino ad un anno**, di fatto non fornisce alcuna determinazione del termine minimo di esclusione dalle procedure di gara (diversamente da quanto avviene ex art. 48 del Codice, dove è disciplinato il potere dell'Autorità di disporre la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento).

Pertanto, anche al fine di rendere omogenea la previsione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 a quella del comma 1, ultimo periodo, dell'art. 48, andrebbe modificata la formulazione del primo in modo da rendere possibile una graduazione della sanzione partendo da un limite minimo definito ex lege.

2. Proposta di modifica:

stante le considerazioni svolte, l'attuale comma 1-ter dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i, potrebbe essere così riformulato: “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, lettera h), da uno a dodici mesi. Decorso il periodo di iscrizione, la stessa è cancellata e perde comunque efficacia. Qualora l'iscrizione sia intervenuta dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta ma al momento della verifica risulti cancellata o abbia comunque perso efficacia, essa non osta alla stipula del relativo contratto”.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 9 ottobre 2013

Il Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 22 ottobre 2013

Il Segretario: Maria Esposito

1. Cfr. sul punto, *ex multis*, T.A.R. Toscana, sez. I, del 30 aprile 2009, n. 741; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8215.