

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

[Stampa](#)[Chiudi](#)

03 Mag 2019

Speciale Sblocca-cantieri/1. Tutte le novità sulle cause di esclusione

Laura Savelli

Nel decreto Sblocca-cantieri, non poteva mancare all'appello una lunga serie di modifiche alla disciplina dei requisiti generali contenuta nell'articolo 80 del Codice.

I requisiti generali dei subappaltatori

Di notevole impatto, è certamente la soppressione della previsione - al termine dei commi 1 e 5 dell'articolo 80 - in base alla quale, sino ad oggi, l'accertata carenza dei requisiti generali, da parte dei subappaltatori della terna, indicata nei casi obbligatori di cui all'articolo 105, comma 6, del Codice, ha causato l'esclusione diretta del concorrente.

Ma, non essendo più richiesta tale indicazione nei bandi pubblicati dal 19 aprile, è decaduta di conseguenza anche la previsione che faceva gravare sui concorrenti le eventuali carenze dei subappaltatori, e che creava peraltro anche una situazione di disparità di trattamento rispetto alla disposizione contenuta nell'articolo 89, comma 3, del Codice, la quale consente invece la sostituzione - in gara - dell'impresa ausiliaria che risulti priva dei requisiti generali.

I soggetti da sottoporre ai controlli

Il decreto-legge n. 32/2019 è poi intervenuto anche a definire meglio l'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 80, con riferimento ai controlli - da effettuarsi sui soggetti elencati dal comma 3 - relativi all'accertamento della sussistenza di precedenti penali e di provvedimenti antimafia. Con riferimento alle società di capitali, si precisa infatti che, alle verifiche del caso, deve essere assoggettato il socio di maggioranza, in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, anziché in caso di società con meno di quattro soci; e pertanto, così facendo, si allinea il dato normativo del d.lgs. n. 50/2016 a quello dell'articolo 85, comma 2, lettera c), del Codice antimafia che, nell'indicare i soggetti da verificare in caso di società di capitali, fa appunto riferimento al socio di maggioranza, se si tratta di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

Allo stesso modo, si riporta nel secondo comma dell'articolo 80 l'ulteriore previsione - seppur non necessaria - contenuta sempre nel d.lgs. n. 159/2011, secondo cui le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva possono richiedere - in base all'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del Codice antimafia - l'applicazione del controllo giudiziario.

Infine, completa il quadro delle correzioni del decreto Sblocca-cantieri, la precisazione in base alla quale non è possibile procedere all'esclusione di un concorrente dalla gara qualora, pur essendo stata riportata una condanna ad una pena accessoria perpetua, quest'ultima sia stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale. Anche in questo caso, dunque, il decreto-legge n. 32/2019 si è limitato ad allineare l'articolo 80, comma 3, del Codice alle modifiche che sono state introdotte di recente dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 in materia penale, soprattutto con riferimento alle pene accessorie, di cui si parlerà in maniera più approfondita in seguito.

Le irregolarità fiscali e contributive

A destare però particolare attenzione, è la modifica del comma 4 dell'articolo 80, con riferimento all'ipotesi di esclusione causata dalla sussistenza, a carico dell'impresa, di irregolarità fiscali o contributive.

Nelle gare bandite dal 19 aprile scorso, hanno iniziato infatti ad acquisire rilevanza anche le situazioni debitorie dei concorrenti - seppur ancora non definitivamente accertate - verso il fisco e gli enti previdenziali, e non più dunque soltanto le violazioni attestate da sentenze o da atti amministrativi per i quali sia oramai decorso il termine di impugnazione, com'era previsto in origine dalla norma.

In maniera analoga a quanto avvenuto per altre disposizioni revisionate dal decreto Sblocca-cantieri, anche questa modifica è derivata dalla necessità di una risposta, da parte del Governo italiano, ai rilievi che sono stati formulati dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora dello scorso 24 gennaio in merito alla non conformità alle direttive comunitarie anche della disciplina delle irregolarità fiscali e contributive.

Nell'occasione, la Commissione aveva infatti osservato che l'articolo 80, comma 4, del Codice era conforme sia all'articolo 38, paragrafo 5, primo comma, della direttiva 2014/23/Ue, sia all'articolo 57, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2014/24/Ue, nella parte iniziale in cui impone di escludere un operatore economico che non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali, se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo.

La norma - a giudizio della Commissione - non era tuttavia allineata alla parte successiva delle disposizioni comunitarie, laddove queste ultime consentono invece di escludere anche le imprese che hanno violato gli obblighi di pagamento di imposte o contributi previdenziali, nonostante la violazione non sia stata accertata in via definitiva da decisioni giudiziarie o amministrative, e possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione.

Da qui, ha avuto pertanto origine la nuova formulazione del comma 4 dell'articolo 80 che, in aggiunta alla precedente obbligatorietà dell'esclusione per violazioni definitive, prevede ora la facoltà della stazione appaltante di estromettere dalla gara anche un'impresa che non abbia provveduto al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali, seppur non accertati in via definitiva, qualora la P.a. ne sia «a conoscenza» e lo possa «adeguatamente dimostrare».

Tuttavia, l'espressione «non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse e dei contributi previdenziali non definitivamente accertati» - adoperata dalla norma - sta già facendo parlare di sé, dal momento che non consente di individuare quali inottemperanze ricadono nel suo ambito di applicazione, e quali siano, per la P.a., le modalità di accertamento. Pertanto, l'intento di mantenersi fedeli al disposto comunitario - che è quello di procedere con l'esclusione dei concorrenti inottemperanti, a prescindere dalla definitività delle violazioni - deve ora fare i conti con le specificità del nostro sistema fiscale e contributivo.

Ad ogni modo, resta ferma - com'era nella precedente edizione della norma - la possibilità di non incorrere in alcuna esclusione, se l'impresa dimostra di aver in ogni caso ottemperato ai suoi obblighi «pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare» i propri debiti (come nel caso di rateizzazione), ovvero - aggiunge ora la parte finale della disposizione - «quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto». Ad una sola condizione, anche in questo caso analoga al testo appena riformato: l'estinzione, il pagamento o l'impegno debbono essere stati perfezionati dal concorrente prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

A destare ulteriori perplessità, è tuttavia anche la circostanza che, per la nuova fattispecie di esclusione facoltativa, non è stato previsto un requisito di gravità della violazione, accanto a quello della sua non definitività. Se infatti, per il caso di violazioni accertate da sentenze o provvedimenti amministrativi definitivi, la prima parte del comma 4 dell'articolo 80 richiede che

tali violazioni siano anche gravi, non è stata contemplata una previsione analoga per il caso delle violazioni non definitive.

Quindi, resta il dubbio se, anche per queste ultime, valga la soglia di gravità delle irregolarità fiscali corrispondente all'importo di 5 mila euro, fissato dall'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602/1973, a cui lo stesso comma 4 dell'articolo si richiama. Se così non fosse, è evidente che gli operatori economici sarebbero tenuti a dichiarare nel Dguc tutte le violazioni non definitive, seppur di importo modesto.

La rilevanza temporale dell'esclusione

Il decreto Sblocca-cantieri ha infine provveduto ad un restyling integrale della disciplina relativa alla durata della interdizione dalle procedure di affidamento, dovuto principalmente, come si è anticipato, alle modifiche introdotte dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 in materia penale, soprattutto con riferimento alle pene accessorie.

Da questo punto di vista, l'articolo 80 del Codice subisce pertanto uno sdoppiamento: da un lato, infatti, il comma 10 viene destinato solo ed esclusivamente alla durata della interdizione dalle pubbliche gare nei casi di sentenze penali di condanna definitiva; dall'altro lato, invece, il nuovo comma 10-bis si rivolge a tutti (o quasi) i restanti motivi di esclusione.

Per quanto riguarda le sentenze penali, la nuova previsione tiene innanzi tutto conto del fatto che, con la modifica dell'articolo 317-bis del codice penale intervenuta nello scorso gennaio, è stata introdotta la pena accessoria dell'incapacità in perpetuo di contrattare con la P.a. in caso di condanne per i reati di peculato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio ed in atti giudiziari, induzione a dare o promettere utilità, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, traffico di influenze illecite, ed infine peculato, concussione, induzione a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri di Corti internazionali o organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri: ragion per cui, anche la nuova edizione del comma 10 dell'articolo 80 - alla lettera a) - dispone che, in tali casi, il divieto di contrattazione con la P.a. sarà ovviamente perpetuo, a meno che non intervenga l'estinzione della pena, possibile, ai sensi dell'articolo 179, comma 7, del codice penale, solo una volta che sia decorso un termine non inferiore a sette anni dalla intervenuta riabilitazione, e qualora il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta.

Se però, in tali casi, è stata inflitta una pena detentiva non superiore a due anni oppure è stata concessa la circostanza attenuante della particolare tenuità, l'interdizione dalla contrattazione con la P.a. viene ridotta a sette anni - come specifica la lettera b) del comma 10 dell'articolo 80 - a meno che non sia intervenuta la riabilitazione.

Infine, per le condanne definitive relative a reati diversi da quelli precedentemente elencati, il periodo di esclusione dalle procedure d'appalto resta di cinque anni, com'era nelle previsioni originarie, confermate adesso dalla lettera c) del comma 10 dell'articolo 80, fatta salva - anche in questi casi - l'ipotesi della intervenuta riabilitazione.

In realtà, la disciplina relative alle condanne penali prosegue poi anche nel nuovo comma 10-bis dell'articolo 80, dove viene precisato in via ulteriore che, "nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale".

Chiude infine il cerchio, la fissazione della durata della esclusione, per tutte le altre ipotesi contemplate dal comma 5 dell'articolo 80, che resta pari a tre anni, anche in questo caso come nella versione originaria della norma. Con una differenza: mentre, in passato, il dies a quo del triennio coincideva genericamente con la data dell'accertamento definitivo del fatto ostativo, nella nuova previsione, il periodo interdittivo inizia il suo decorso dalla data di adozione del

provvedimento amministrativo di esclusione ovvero in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza.

Ma, non è questa l'unica novità, poiché la norma dispone anche che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto nella propria valutazione sulla sussistenza del presupposto per l'esclusione dell'operatore economico che l'abbia commesso: il che, lascia intendere che l'amministrazione possa comunque procedere con l'esclusione, a prescindere dalla definitività del fatto ostativo.

Infine, resta da segnalare una lacuna normativa rilevabile proprio all'interno del comma 10-bis che, nel disporre la durata dell'interdizione per le cause diverse dalle condanne definitive, si riferisce solamente alle ipotesi elencate dal comma 5, tralasciando dunque il richiamo anche al comma 4, relativo al caso delle irregolarità fiscali e contributive.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved