

PROGETTO “Interventi a supporto delle Riforme della PA”

LINEA ATTIVITA' 3 - ULTERIORI INTERVENTI PER LA PREVENZIONE DELLA
CORRUZIONE NELLE AMMINISTRAZIONI REGIONALI E LOCALI DEL MEZZOGIORNO

Il nuovo soccorso istruttorio e i reati incidenti sulla moralità professionale delle imprese

Ilenia Filippetti

11 maggio 2015

Quali sono i requisiti di “ordine pubblico” per la partecipazione alle gare?

Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 163 del 2006

Art. 38. Requisiti di ordine generale

Sono esclusi dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti i soggetti:

- a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso il relativo procedimento**
- b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione disciplinate dalla normativa antimafia**

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale

È comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria

e) che hanno commesso gravi infrazioni alle norme in materia di sicurezza e di rapporti di lavoro

f) che hanno commesso grave negligenza o malafede oppure un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale

g) che hanno commesso violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse

- h)** nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC 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**

- i)** che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di **contributi previdenziali e assistenziali (DURC)**

- l)** che non presentino la certificazione del **rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili**

m) nei cui confronti è stata applicata la **sanzione interdittiva di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001** oppure altra sanzione che comporta il **divieto di contrarre con la pubblica amministrazione**

m-bis) nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC per **aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA (certificazione relativa agli appalti di lavori)**

m-ter) che, pur essendo stati **vittime dei reati** di concussione o di estorsione – commessi dalla criminalità organizzata – **non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria**, salvo che si trovassero in stato di necessità o di legittima difesa

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo 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**

Moralità professionale equivale ad assenza di impedimenti antimafia?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

Sono esclusi i soggetti:

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle **misure di prevenzione disciplinate dalla normativa antimafia**

m-ter) che, essendo stati **vittime dei reati** di concussione o di estorsione – commessi dalla criminalità organizzata – **non hanno denunciato i fatti all'autorità giudiziaria**

Moralità professionale equivale ad assenza di impedimenti antimafia?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

Sono esclusi i soggetti:

c) *nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*

Come si valuta, nel merito, la moralità professionale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

La stazione appaltate deve verificare che:

- *sia stato pronunciato un **provvedimento penale di condanna** divenuto **irrevocabile**, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta*
- *per reati **in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale***
- *che siano **reati gravi***

Esistono ipotesi di esclusione non discrezionale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) È sempre causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di **partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio**

Esistono ipotesi di esclusione non discrezionale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

Sono esclusi dalla gara i soggetti:

m) nei cui confronti è stata applicata una sanzione che comporta il **divieto di contrarre con la pubblica amministrazione**

Esistono ipotesi di reati che non comportano l'esclusione?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) L'esclusione e il divieto non operano:

- quando il reato è stato **depenalizzato**
- quando è intervenuta la **riabilitazione**
- quando il reato è stato dichiarato **estinto dopo la condanna**
- in caso di **revoca della condanna**

Chi sono i soggetti per i quali occorre acquisire la certificazione penale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) *L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti:*

- del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale

- dei soci o del direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo

Chi sono i soggetti per i quali occorre acquisire la certificazione penale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) *L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti:*

- dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice

Chi sono i soggetti per i quali occorre acquisire la certificazione penale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) *L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti:*

- degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o 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

Chi sono i soggetti per i quali occorre acquisire la certificazione penale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

c) *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*

E per i procuratori “ad negotia”?

Consiglio di Stato - Adunanza plenaria n. 23 del 16 ottobre 2013

Quando parla di “**amministratori muniti del potere di rappresentanza**” l’art. 38 fa riferimento ad una precisa cerchia di persone fisiche che, **in base alla disciplina codicistica e dello statuto sociale**, sono abilitate ad agire per l’attuazione degli scopi societari

Diversa è la figura del procuratore “ad negotia”, ovvero una figura eventuale e non necessaria nell’assetto istituzionale delle società di capitali: per tale figura occorre **rendere la dichiarazione ex art. 38 soltanto se il bando di gara lo richiede**

Esistono verifiche “penali” da effettuare sull’impresa, oltre che sui suoi amministratori?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

Sono escluse dalla gara le imprese:

m) *nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001*

Quali sono le modalità per effettuare la verifica della moralità professionale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

*Le stazioni appaltanti richiedono i **certificati del casellario giudiziale** per verificare le dichiarazioni dei concorrenti*

Esistono strumenti di semplificazione per effettuare le verifiche?

Certificato casellario per pubbliche amministrazioni - CERPA

Esistono strumenti di “semplificazione” per effettuare le verifiche?

AVCPASS gestito da ANAC

È necessario verificare anche i carichi pendenti?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

*L'esclusione opera se è stata pronunciata **sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta***

Occorre controllare solo il vincitore o anche gli altri concorrenti?

Articolo 12 del codice dei contratti pubblici

*L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica
del possesso dei prescritti requisiti*

Occorre controllare solo il vincitore o anche gli altri concorrenti?

Art. 71 D.P.R. n. 445 del 2000

Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive

Occorre controllare anche i concorrenti alla gara

Consiglio di Stato sez. V 27 marzo 2015 n. 1619

La verifica a campione di cui all'art. 48 del codice dei contratti come osservato dalla giurisprudenza non concerne soltanto i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese partecipanti, ma anche i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38

COME VA RESA LA DICHIARAZIONE

Quali sono le modalità per effettuare la dichiarazione della moralità professionale?

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

*Il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante
dichiarazione sostitutiva*

Le nuove norme sul soccorso istruttorio

Articolo 38 comma 2-bis del codice dei contratti pubblici

La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria

Le nuove norme sul soccorso istruttorio

Articolo 38 comma 2-bis del codice dei contratti pubblici

La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Le indicazioni operative sul soccorso istruttorio

*Con **determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015** l'**Autorità Nazionale Anticorruzione** ha fornito alcuni criteri interpretativi delle nuove disposizioni introdotte dal decreto legge n. 90 del 2014*

*Con successivo **comunicato del 25 marzo 2015** il **Presidente dell'ANAC** ha fornito ulteriori indicazioni in ordine alle medesime disposizioni*

Evoluzione giurisprudenziale sull'obbligo di dichiarare i precedenti penali

*Nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa erano emersi **due orientamenti opposti***

*In alcuni casi il giudice amministrativo aveva affermato che nelle procedure ad evidenza pubblica **la completezza delle dichiarazioni fosse, di per sé, un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità***

Evoluzione giurisprudenziale sull'obbligo di dichiarare i precedenti penali

Solo la completezza delle dichiarazioni potrebbe consentire di giungere ad una decisione celere in ordine all'ammissione del concorrente alla gara. Una dichiarazione inaffidabile - perché falsa o anche semplicemente incompleta - dovrebbe essere considerata di per sé lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara (Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471 e Consiglio di Stato, sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198)

Evoluzione giurisprudenziale sull'obbligo di dichiarare i precedenti penali

Secondo tale ricostruzione, anche in assenza di un'espressa comminatoria di esclusione contenuta nella lex specialis per mancata/falsa dichiarazione, l'inosservanza dell'obbligo di rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 38 comporterebbe ex se l'esclusione del concorrente, senza che fosse consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14 dicembre 2011 n. 6569)

Evoluzione giurisprudenziale sull'obbligo di dichiarare i precedenti penali

L'interpretazione sostanzialistica ha invece affermato che il primo comma dell'articolo 38 del codice comporta l'esclusione dalla gara soltanto in presenza del dato sostanziale del mancato possesso dei prescritti requisiti. Solo la concreta insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporterebbe l'esclusione (Consiglio di Stato, sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583 e Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5883)

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

Tale dibattito giurisprudenziale deve ritenersi in parte superato alla luce della nuova disposizione di cui al comma 2-bis dell'articolo 38 del codice

Ai fini della partecipazione alla gara assume rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

*Si conferma in tal modo l'orientamento giurisprudenziale per il quale **occorrerà dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti)***

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

L'esclusione dalla gara non potrà essere disposta in presenza di dichiarazione incompleta e nemmeno in caso di dichiarazione omessa, ma esclusivamente:

- nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta di integrazione trasmessa dalla stazione appaltante, ovvero*
- nel caso in cui il concorrente non possieda, effettivamente, il requisito*

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

È stato chiarito che:

- **se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna è completamente omessa**

oppure

- **se si dichiara di averne riportate, senza indicarle nel dettaglio**

al concorrente può essere richiesto, rispettivamente:

- **di produrre la dichiarazione mancante**
- **di indicare le singole sentenze riportate**

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

In tal caso, ai sensi dell'articolo 38 comma 2-bis, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

All'attivazione del procedimento di soccorso istruttorio farà seguito l'obbligo, per il concorrente che intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio, di provvedere al pagamento della sanzione prevista nel bando di gara

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

*La mancata indicazione delle sentenze di condanna, tuttavia, integra gli estremi del reato di falso se avviene con modalità che integrino gli estremi di una dichiarazione negativa del concorrente: ciò accade quando, ad es., l'amministratore dell'operatore economico concorrente **dichiara espressamente di non avere riportato condanne penali**, eventualmente anche contrassegnando sul modulo predisposto dalla stazione appaltante la casella relativa all'assenza delle sentenze, laddove, invece, tali condanne siano state effettivamente riportate*

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

L'ANAC ricorda, inoltre, che da una dichiarazione falsa conseguono gravi implicazioni in termini di:

- *non sanabilità della dichiarazione, poiché la stessa non sarebbe semplicemente mancante ovvero carente ma non corrispondente al vero*
- *esclusione del concorrente dalla gara*
- *segnalazione del fatto all'Autorità*

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

Per ANAC, ove la stazione appaltante accerti che il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione o una falsa documentazione, occorrerà attivare la comunicazione del fatto all’Autorità per l’applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate dal codice dei contratti pubblici

LA VALUTAZIONE “NEL MERITO”

Determinazione ANAC n. 1 del 2015

*L'esclusione dalla gara non potrà essere disposta in presenza di dichiarazione incompleta e nemmeno in caso di dichiarazione omessa, ma **potrà essere disposta nel caso in cui il concorrente non possieda, effettivamente, il requisito***

Le stazioni appaltanti devono valutare “nel merito” la moralità professionale

Articolo 38 del codice dei contratti pubblici

La stazione appaltate deve verificare che sia stato pronunciato un provvedimento penale di condanna:

- per reati in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*
- che siano reati gravi*

Il reato di omicidio può non incidere sulla moralità professionale?

Non è legittima l'esclusione dalla gara del concorrente che non aveva dichiarato di esser stato condannato per omicidio colposo (Tar Sicilia, Palermo, n. 3331 del 2014)

Tar Sicilia, Palermo, n. 3331 del 2014

La dichiarazione non veritiera del concorrente circa i propri precedenti penali, benché astrattamente idonea a ledere il vincolo fiduciario con il committente pubblico, nondimeno può determinare l'esclusione dalla gara solo se la mancata dichiarazione si riferisce a reati “gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”

Tar Sicilia, Palermo, n. 3331 del 2014

Il reato di omicidio colposo non dichiarato in gara - al di là della tragicità della vicenda - non vulnera invece un bene giuridico di diretta pertinenza dello Stato o dell'Unione Europea né incide sulla moralità professionale del concorrente

La mancata indicazione di tale reato nella domanda di partecipazione non comporta l'esclusione dalla gara

Grazie per l'attenzione!

Ilenia Filippetti

per saperne di più:

<http://www.innovatoripa.it/blogs/ileniafilippetti>

appaltielegalita@gmail.com