

Ma le direttive dell'ANAC (ex AVCP) per le gare di appalto sono sempre adeguate?

Perché meravigliarsi delle irregolarità delle gare di appalto se la stessa AVCP, prima, e l'ANAC, ora, consentono la partecipazione alle gare pubbliche di concorrenti con requisiti antimafia meno restrittivi di quelli imposti dal Codice antimafia (d.lgs. 159/2011). La vicenda delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici del Comune di Roma non è un evento eccezionale, ma soltanto la conferma di una turpe consuetudine che da sempre caratterizza il *modus operandi* di alcune pubbliche amministrazioni, sia per i grandi appalti che per i piccoli appalti e i relativi subappalti, cottimi e forniture che ne derivano.

L'AVCP, con determinazione del 16 maggio 2012 n. 1, ha fornito "Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici" precisando, relativamente alle disposizioni dell'art. 38 comma 1 lett. b) del d.lgs. 163/2006 Codice dei contratti pubblici), che: *«In riferimento al primo profilo, si ritiene che l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) vada circoscritto esclusivamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci, in coerenza con la ratio sottesa alle scelte del legislatore: diversamente argomentando, risulterebbe del tutto illogico limitare l'accertamento de quo alla sola persona fisica nel caso di socio unico ed estendere, invece, l'accertamento alle persone giuridiche nel caso di società con due o tre soci, ove il potere del socio di maggioranza, nella compagine sociale, è sicuramente minore rispetto a quello detenuto dal socio unico»*.

Al riguardo appare illogico limitare la verifica antimafia solo al socio unico persona fisica (in contrasto con il Codice antimafia) o al socio di maggioranza persona fisica (in contrasto con il Codice antimafia) per le società con meno di quattro soci (in difformità con l'art. 85 del Codice antimafia che prevede la verifica antimafia nei confronti del socio di maggioranza per le società con un numero di soci pari o inferiore a quattro), visto che la garanzia di moralità del concorrente che partecipa a un appalto pubblico non può limitarsi al socio persona fisica, ma anzi maggiormente deve interessare il socio persona giuridica per il quale il controllo antimafia ha più ragione di essere trattandosi di società collegate in cui potrebbero annidarsi fenomeni di irregolarità ai fini della trasparenza (c.d. sistema delle scatole cinesi) e di infiltrazioni mafiose dissimulate. Se lo spirito del Codice dei contratti pubblici è quello di assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici, occorre garantire l'integrità morale del concorrente sia se persona fisica che persona giuridica. Tra l'altro, viceversa, verrebbe violato il principio della *par conditio* dei concorrenti in quanto una società concorrente con socio unico o socio di maggioranza che sia persona fisica sarebbe soggetto alla dichiarazione antimafia, mentre se si tratta di persona giuridica non sarebbe soggetto alla dichiarazione antimafia. Inoltre, si rileva che l'esonero dall'obbligo di dichiarazione antimafia previsto, in fase di partecipazione alla gara, dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici per alcuni soggetti che invece sono obbligati a verifica antimafia ex art. 85 del Codice antimafia, potrebbe comportare l'ammissione a gara di soggetti in odore di mafia (visto che essi non sono tenuti a fare nessuna dichiarazione antimafia e quindi sono legittimati a partecipare alla gara), con conseguente **rischio di turbativa d'asta da parte degli stessi al fine di pilotare l'aggiudicazione** (attraverso le c.d. "offerte di comodo" o "accordi collusivi" tra concorrenti - cfr. "Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici" dell'OCDE) **a favore di un concorrente (c.d. pulito) in regola con la normativa antimafia** (perché soggetto a controllo dopo l'aggiudicazione) **ma obbligato verso coloro (se non addirittura controllato dagli stessi) che hanno pilotato la gara in suo favore**.

Sempre la stessa determinazione dell'AVCP, in merito alle cause di esclusione dalle gare di appalto e di interdizione a stipulare i relativi contratti, di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, precisa che: *«La preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto, contemplata alla lettera c), comma 1, dell'art. 38 del Codice, derivante dalla pronuncia di particolari sentenze di condanna, è stata oggetto di un intervento estensivo analogo a quello apportato alla lett. b), comma 1, dell'art. 38 del Codice. Il testo novellato prevede, infatti, che l'esclusione ed il divieto di partecipazione alle procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei*

contratti pubblici operino se la sentenza o il decreto siano stati emessi: nei confronti del titolare o del direttore tecnico, per le imprese individuali; nei confronti dei soci o del direttore tecnico per le società in nome collettivo; nei confronti dei soci accomandatari o del direttore tecnico per le società in accomandita semplice; nei confronti del direttore tecnico o degli amministratori con poteri di rappresentanza 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 relazione a questo profilo, pertanto, si richiamano le osservazioni già formulate nel paragrafo precedente e si precisa che le dichiarazioni di essere in regola con i requisiti richiesti dall’art. 38, comma 1, lett. b) e c) devono essere presentate da tutti i soggetti indicati dalla norma (soci/amministratori e direttore tecnico)».

Anche a tal riguardo vale quanto già rilevato prima per la verifica antimafia e, pertanto, le cause di esclusione ex art. 38 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, quantunque circoscritte ai soggetti dichiarati dalla citata norma, non possono interessare soltanto il socio persona fisica ma devono riguardare anche il socio persona giuridica per quanto concerne sia le società con socio unico che le società con meno di quattro soci relativamente al socio di maggioranza, in ossequio al principio della *par conditio* dei concorrenti. Viceversa, appare irrazionale che le condanne per i reati previsti dal citato dispositivo normativo debbano produrre effetto solo per il socio persona fisica e non per il socio persona giuridica (cfr. sentenza del T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 30 agosto 2013 n. 1287 che afferma: «Invero, il riferimento normativo contenuto nell’art. 38, comma 1, lett. c) dlgs 12 aprile 2006, n. 163 ... al “socio di maggioranza” deve essere interpretato anche nel senso di **socio di maggioranza - persona giuridica (e non solo persona fisica)**, onde evitare la facile elusione della disciplina legislativa).

L’ANAC, con la recente determinazione del 2 settembre 2014 n. 2 afferente alla “Applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 a seguito dell’entrata in vigore del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159”, afferma che: «*Ai fini di tale coordinamento occorre sottolineare che le disposizioni del Codice antimafia (ed in particolare, per gli aspetti che qui rilevano, quelle del Libro II, entrate in vigore il 13 febbraio 2013 a seguito della pubblicazione del D.Lgs. 15 novembre 2012 n. 218 nella G.U. del 13 dicembre 2012) costituiscono **ius superveniens** rispetto al Codice dei contratti ed alla relativa disciplina attuativa (recata dal Regolamento). Esse, inoltre, non si limitano ad una mera ricognizione del contenuto delle norme che hanno sostituito (art. 3 Legge n. 1423/1956 e art. 10 Legge n. 575/1965) ma lo innovano attraverso l’espressa inclusione degli attestati di qualificazione in seno all’art. 67 citato.*

Deve ritenersi, pertanto, che il Codice antimafia – pur non prevedendo l’abrogazione espressa del citato art. 38, il quale continua quindi ad esplicare i propri effetti – abbia senz’altro innovato la disciplina dettata da tale disposizione, con particolare riferimento agli aspetti di seguito indicati».

Tale determina appare tuttavia contraddittoria relativamente al punto 2 della stessa in quanto afferma che: «*Prima di analizzare le problematiche inerenti l’applicazione delle norme sopra richiamate nell’ambito del sistema di qualificazione, sembra opportuno chiarire che le verifiche contemplate nell’art. 38 del Codice dei contratti **attengono alla fase di gara** e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede. Le verifiche contemplate nel Codice antimafia, come emerge dal disposto dell’art. 83 dello stesso corpus normativo attengono, invece, al momento immediatamente antecedente **alla stipula del contratto** – e come tali sono limitate all’aggiudicatario – ed alla fase esecutiva dello stesso.*

*Consegue da quanto sopra che **ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l’art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono – in relazione a tale fase della procedura – le norme dettate dal Codice antimafia.***

Al riguardo valgono, dunque, le considerazioni espresse dall’Autorità (in particolare) nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, con riferimento all’esclusione dalle procedure di affidamento dei soggetti sottoposti a procedimenti per l’irrogazione di misure di prevenzione antimafia ed agli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i necessari riscontri.

Ai fini della stipula del contratto, invece, occorre eseguire sull’aggiudicatario le verifiche

contemplate dallo stesso art. 38, comma 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia (secondo quanto indicato nei paragrafi successivi)».

A tal proposito si rileva che il testo dell'art. 38 comma 1 del Codice dei contratti pubblici novella 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”** di cui alla lettera b) e ancora la disposizione di detta lettera b) prevede espressamente che **“l'esclusione** (riferita alla partecipazione alle gare di appalto) **e il divieto** (riferito alla stipula dei contratti) **operano se la pendenza del procedimento riguarda ...”**; pertanto, la norma fa esplicito riferimento non solo alle cause di esclusione dalle gare di appalto, ma anche al divieto di stipulare i relativi contratti per le medesime cause: quindi, appare irrazionale dare una doppia interpretazione e una diversa applicazione del dispositivo normativo del comma 1 lettera b) del Codice dei contratti pubblici, ovvero una versione per la partecipazione alle gare di appalto e un'altra per la stipula dei contratti, quando invece la norma prevede manifestamente che il dispositivo si applica indiscriminatamente per entrambe le predette fattispecie. **Difatti, non sarebbe ragionevole che un concorrente idoneo a partecipare a una gara di appalto non sarebbe poi idoneo a stipulare il relativo contratto di appalto se ne fosse aggiudicatario.**

Per analogia, quanto innanzi detto vale anche per l'applicazione del dispositivo di esclusione (riferita alla partecipazione alle gare di appalto) e di divieto (riferito alla stipula dei contratti) di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, quantunque circoscritto ai soggetti dichiarati dalla citata norma, ovvero esso non può interessare soltanto il socio persona fisica ma deve riguardare anche il socio persona giuridica per quanto concerne sia le società con socio unico che le società con meno di quattro soci relativamente al socio di maggioranza, in ossequio al principio della *par conditio* dei concorrenti.

Alla luce di quanto finora esposto, l'interpretazione del dispositivo dell'art. 38 comma 1 lettera b) del Codice dei contratti pubblici data dall'ANAC con la determinazione del 2/9/2014 n. 2 non può essere condivisa nella parte che concerne la partecipazione alle gare di appalto in quanto implicherebbe una serie di problematiche applicative di detta norma per discrasia con altre norme del Codice antimafia. Dunque, appare evidente che debba farsi appello al principio della cronologia delle leggi per cui predominano le norme previste dal Codice antimafia: quindi, la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 comma 1 lettera b) del d.lgs. 163/2006 deve essere resa dai soggetti di cui all'art. 85 del d.lgs. 159/2011 – e, per analogia, anche in merito all'art. 38 comma 1 lettera c) del d.lgs. 163/2006 la relativa dichiarazione deve essere resa dai soggetti dichiarati dalla citata norma ma includendo non solo il socio persona fisica ma anche il socio persona giuridica per quanto concerne sia le società con socio unico che le società con meno di quattro soci relativamente al socio di maggioranza – affinché il concorrente possa dimostrare la permanenza del possesso dei requisiti di carattere generale propedeutici alla regolarità della propria qualificazione SOA (per i lavori) e alla validità di particolari abilitazioni, tra cui il certificato CCIAA e il certificato di iscrizione agli ordini professionali (per lavori, servizi e forniture), nonché alla regolarità della propria posizione giuridica per instaurare rapporti con la p.a. (per lavori, servizi e forniture), al momento della partecipazione alla gara e al momento della stipula del contratto dopo l'aggiudicazione.