

Novità legislativa

LA DISCIPLINA DEI REQUISITI DI ORDINE GENERALE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 50/16): SINTESI DELLE PRINCIPALI NOVITA'

Le procedure di gara indette con bandi pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016 sono disciplinate dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16), il quale attua nell'ordinamento italiano la Direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione, la Direttiva 2014/24/UE relativa agli appalti pubblici nei settori ordinari e, infine, la Direttiva 2014/25/UE riguardante i settori speciali. Nel presente contributo si esaminano le novità in tema di requisiti di ordine generale con riferimento all'eventuale sussistenza di condanne penali a carico del concorrente

Dopo dieci anni dalla sua introduzione, il Codice degli Appalti (D.Lgs. 163/06) è stato abrogato con l'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16), il quale, dando attuazione delle Direttive comunitarie emanate nel 2014 in tema di contratto di concessione, di appalti pubblici nei settori ordinari e di appalti pubblici nei settori speciali, modifica la disciplina dell'evidenza pubblica introducendo diverse novità.

Rinviando alle successive newsletter l'analisi delle altre più significative novità, si esamina qui la nuova normativa con specifico riferimento al tema dei requisiti di ordine generale. In tale ambito, il Codice dei Contratti Pubblici, a differenza della normativa di cui al D.Lgs. 163/06, enumera in modo analitico e tassativo le fattispecie di reato che danno luogo all'esclusione, mentre nel precedente Codice degli Appalti, oltre all'individuazione di talune specifiche ipotesi di reato, vigeva il principio per cui i reati incidenti sulla moralità professionale, discrezionalmente individuati dalle Stazioni appaltanti, determinavano anch'essi l'esclusione dalla procedura di gara.

In base al nuovo Codice dei Contratti Pubblici, costituisce motivo di esclusione la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna di-

venuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., 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-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis* 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 e 648-ter 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.

Non essendo più contemplato il (generico) riferimento ai "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 163/06, l'elenco di cui sopra deve ritenersi tassativo, con la conseguenza che nel nuovo sistema, non residua alcun margine di discrezionalità in capo alla Stazione appaltante con riferimento alla valutazione dei requisiti generali sotto il profilo della sussistenza di eventuali precedenti penali.

Peraltro, l'eventuale sussistenza in capo al concorrente di una condanna penale annoverata nell'elenco sopra indicato – laddove tale condanna non contempra altresì l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione – potrebbe non essere preclusiva rispetto alla partecipazione alla gara, in ragione di quanto stabilito dall'art. 80, commi 7 e 8, del Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16), in base ai quali "7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1 [ovverosia che abbia riportato una condanna relativa ad uno dei reati sopra indicati, n.d.r.], 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 ... 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" e "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".

Se, dunque, il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16) da una parte riduce lo spazio di discrezionalità in capo alla Stazione appaltante in ordine alla verifica circa la sussistenza di eventuali precedenti penali, dall'altro attribuisce alla medesima Stazione appaltante la valutazione (discrezionale) circa la sufficienza delle misure risarcitorie poste in essere dal soggetto condannato al fine di evitare l'esclusione.

La possibilità, sopra descritta, di "sfuggire" alla sanzione dell'esclusione (c.d. *self-cleaning*) rappresenta, a ben vedere, un ragionevole contrappeso rispetto alla "meccanica" e meramente formale verifica in ordine alla sussistenza di precedenti penali, a tutto vantaggio di quelle situazioni sostanziali in cui, se pure la condanna sussiste, le misure risarcitorie concretamente poste in essere possono aver di fatto attenuato considerevolmente il disvalore dell'illecito; nondimeno, tale possibilità, anche alla luce del tenore letterale della disposizione ("... provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato ... aver adottato provvedimenti concreti ... idonei a prevenire ulteriori reati ..."), potrebbe dar luogo a interpretazioni differenziate a seconda della Stazione appaltante e al conseguente "deferimento" della questione al Giudice Amministrativo, a detrimento della certezza del diritto e della speditezza e celerità nell'esecuzione delle opere pubbliche.

Quanto al profilo relativo alla prova del possesso dei requisiti di ordine generale, il Codice dei Contratti (D.Lgs. 50/16), innovando rispetto al sistema delineato dall'art. 38 del Codice degli Appalti (D.Lgs. 163/06), introduce il "Documento di Gara Unico Europeo", disciplinato dall'art. 85, il quale dispone, tra l'altro, che "al momento della presentazione delle

domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2016, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80 [ovverosia, possiede i requisiti di ordine generale richiesti dall'art. 80, n.d.r.]; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91".

La finalità del Documento di Gara Unico Europeo consiste nel semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un unico modello dichiarativo per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Con Regolamento di esecuzione UE 2016/7 del 5.1.2016, la Commissione dell'Unione Europea ha adottato il modello di formulario per il Documento di Gara Unico Europeo, assegnando agli Stati membri la facoltà di adottare linee guida relative all'utilizzo del Documento di Gara Unico Europeo al fine di spiegare nel dettaglio le norme del diritto nazionale rilevanti in materia.

In Italia, la Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha adottato le "Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016", pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale - n. 174 del 27.7.2016, con l'intento di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori alcune prime indicazioni in ordine al corretto utilizzo del Documento di Gara Unico Europeo, corredate di uno schema di formulario adattato al nuovo quadro normativo nazionale.

Le imprese (o i professionisti) che si apprestano a partecipare alle gare pubbliche indette con bando pubblicato successivamente al 19.4.2016 dovranno quindi comprovare la sussistenza dei requisiti di ordine generale mediante il predetto modello, la cui compilazione richiede grande attenzione, posto che non raramente l'esclusione dalla procedura di gara (o l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione) per insussistenza dei requisiti generali è determinata, in ultima analisi, non già dall'effettiva insussistenza dei requisiti, bensì dalla scarsa attenzione prestata nella compilazione del relativo modello.

ULTERIORI INFORMAZIONI SU QUESTO ARGOMENTO O SU FATTISPECIE CORRELATE POSSONO ESSERE RICHIESTE A:

avv. Luca Thomas Valgoi
+39 0461 23100 - 260200 - 261977
fm@slm.tn.it

DISCLAIMER

Le Newsletter di SLM rappresentano uno strumento di informazione gratuito a disposizione di tutti coloro che siano interessati a riceverle (newletter@slm.tn.it). Le Newsletter di SLM non possono in alcun caso essere considerate pareri legali, né possono essere ritenute idonee a risolvere casi specifici in assenza di una preventiva valutazione della fattispecie concreta da parte di un legale.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003

Le Newsletter di SLM sono inviate esclusivamente a soggetti che hanno liberamente fornito i propri dati personali in ragione di rapporti professionali intercorsi con SLM o in occasione di convegni, seminari, master, o eventi di altro genere. I dati forniti sono trattati secondo le modalità indicate dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). A tal fine i dati possono essere trattati

con o senza l'ausilio di mezzi elettronici e/o telematici ed essere comunicati per le medesime finalità ai dipendenti e collaboratori di SLM.

Il titolare dei dati personali ha i diritti previsti dall'art. 7 del "Codice in materia di protezione dei dati personali", tra cui il diritto di ottenere: i) la conferma dell'esistenza dei dati che lo riguardano e la loro comunicazione; ii) l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione e la cancellazione dei medesimi. Il titolare dei dati personali può inoltre opporsi all'ulteriore trattamento dei suoi dati.

Il titolare del trattamento è lo Studio Legale Marchionni & Associati (SLM), con sede in Trento, Viale San Francesco d'Assisi n. 8. Il responsabile del trattamento è l'avv. Rosanna Visintainer, alla quale il titolare dei dati personali può rivolgersi, tramite l'indirizzo e-mail rv@slm.tn.it, per esercitare i diritti sopra indicati e per ottenere ulteriori informazioni. Chi avesse ricevuto o ricevesse le Newsletter di SLM per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro può comunicarlo inviando una email a rv@slm.tn.it.