

Appalti, ampliata la platea dei soggetti tenuti a dichiarare i requisiti morali

Con recente atto di segnalazione n. 1/2014, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici torna ad occuparsi nuovamente delle dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter) del dlgs n. 163/2006 e sml, al riguardo proponendo specifiche modificazioni normative al governo nell'ambito dei poteri che le sono ordinariamente attribuiti dallo stesso Codice dei contratti.

L'occasione di intervento è data dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con arresto n. 23 del 16/10/2013, ha precisato che l'esigenza di accertare la sussistenza dei requisiti di idoneità morale esiste - ma unicamente in caso di espressa previsione del bando - anche con riferimento ad institori e procuratori (dotati, tra gli altri, di poteri relativi alla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici) assimilabili agli amministratori muniti di potere di rappresentanza. Si tratta, in altri termini, di quei soggetti che nelle società spesso assumono un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza, tali da potersi ritenere analoghi a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

In proposito, nel caso di bando generico sul punto, l'esclusione potrà essere disposta soltanto in caso di effettiva mancanza del requisito e non invece in caso di omessa auto-dichiarazione, laddove il requisito sussista.

Ma la posizione del Consiglio di

Stato assumerebbe - a detta dell'Avcp - profili di notevole incertezza, lasciando ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante, con conseguente rischio di confusione e possibile disparità di trattamento.

Quanto detto non solo per le distinte deleghe che potrebbero essere state conferite all'interno delle varie società/operatori economici partecipanti alle procedure di gara - di fatto rendendo incerto il buon esito di ogni successiva attività di verifica - ma anche perché, in ogni caso, la stazione appaltante dovrebbe decidere sin dal momento di predisposizione del bando di gara se prevedere o meno l'obbligatorietà della dichiarazione, con il rischio di assistere ad un ulteriore livello di disomogeneità ravvisabile, questa volta, nelle scelte che potrebbero diversamente assumere le amministrazioni.

In tale direzione, l'interessante atto di segnalazione in commento, propone una modifica normativa in virtù della quale il legale rappresentante dell'operatore economico potrebbe rendere la dichiarazione per quanto a propria conoscenza - al pari, ad esempio, a quanto il bando di gara già può prevedere in relazione ai cessati dalla carica - e facendo leva su preventive dichiarazioni degli indicati soggetti le quali, addirittura, in un prossimo futuro, potrebbero essere utilizzate nel sistema AvcpPass.

In altri termini nella dichiarazione del solo legale rappresentante potrebbero essere racchiuse tutte le ulteriori dichiarazioni che fossero

richieste nel bando.

Il pur pregevole tentativo di razionalizzazione proposto rischia, tuttavia, di confondersi e sovrapporsi con le distinte problematiche che il legislatore nazionale si troverà a dover risolvere in sede di attuazione della nuova direttiva Parlamento europeo e Consiglio 26/2/2014 n. 2014/24/UE (Guue del 28/3/2014) che abroga la Direttiva 2004/18/Ce sulla cui scorta era stato redatto il Codice dei contratti pubblici.

Potremmo, infatti, affermare, senza tema di smentita, che la proposta dell'Avcp vada proprio nella direzione della Direttiva richiamata in quanto anche quest'ultima prevede, all'art. 59, un Documento di gara unico europeo (Dgue) consistente «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 in questione soddisfa le condizioni di cui allo stesso richiamato articolo e fra le quali si rinvia il richiamo all'assenza di condanne definitive relativamente alle fattispecie elencate al precedente articolo 57.

Di fatto, pertanto, l'Avcp suggerisce correttamente modifiche normative improntate ad una semplificazione che è proprio la stessa comunità europea a richiedere oggi, con maggiore e rinnovata forza.

Se, dunque, è evidente che il proposto intervento normativo potrebbe, da un lato, servire a risolvere le cri-

ticità connesse alle modalità tramite cui dimostrare la sussistenza dei requisiti richiesti ai soggetti facenti parte degli operatori economici, è tuttavia palese che altre rilevanti problematiche permarrebbero con riferimento ai soggetti tenuti alle dichiarazioni.

L'art. 57 della richiamata Direttiva prevede, infatti, che «l'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo».

È evidente, pertanto, che la nuova previsione - se non debitamente e coerentemente recepita - rischia di rendere nuovamente incerto il confine dei soggetti tenuti a dichiarare, forse rendendo necessaria una netta inversione di tendenza, che ponga il problema sotto distinta ottica.

Se, infatti, è naturale che il tentativo dell'Avcp sia quello di ridurre e semplificare gli adempimenti, mediante utilizzo di modelli omnicomprensivi e tramite dichiarazioni effettuate per conto di altri soggetti, il reale e definitivo superamento di ogni problematica potrà esservi unicamente con il definitivo temperamento di tutti i formalismi, in nome di un necessario confronto sulla effettiva realtà dei fatti.

Tommaso D'Onza
avvocato