

Edilizia e Territorio

Speciale Sblocca-cantieri, il focus sulle cause di esclusione: fuori gara chi non paga i subappaltatori

Cartellino rosso obbligatorio se l'inadempimento (senza indicazione sulla gravità) è accertato con sentenza. Cancellata la "stretta" sulle irregolarità fiscali non accertate

a cura di Laura Savelli

20 giugno 2019 - Anche nella legge di conversione del decreto Sblocca-cantieri, non sono mancate modifiche alla disciplina dei requisiti generali contenuta nell'articolo 80 del Codice.

I subappaltatori

La [legge n. 55/2019](#) ha fatto retromarcia innanzi tutto sulla soppressione della previsione in base alla quale, prima dell'entrata in vigore del decreto, l'accertata carenza di requisiti generali, in capo ai subappaltatori della terna (nei casi obbligatori di indicazione) causava l'esclusione diretta del concorrente.

In sede di conversione, tale modifica non infatti ha ricevuto conferma, e quindi il testo degli incisi finali dei commi 1 e 5 dell'articolo 80 è tornato alla sua edizione originaria, anche se tali norme non saranno comunque destinate a trovare applicazione nell'immediato futuro.

Nonostante la loro permanenza all'interno dell'ordinamento, questa regola è stata posta sotto sospensione dall'articolo 1, comma 18, del d.l. n. 32/2019, convertito dalla legge n. 55/2019, che, oltre ad aver congelato - fino al 31 dicembre 2020 - l'obbligo di indicazione della terna nei casi previsti dall'articolo 105, comma 6, del Codice, ha di conseguenza messo in standby, fino alla stessa data, anche l'obbligo speculare per le stazioni appaltanti di effettuare le verifiche dei requisiti generali con riferimento ai subappaltatori.

Ma, di cause escludenti legate ai subappaltatori, si parla in maniera innovativa nella lettera c-quater) del comma 5 dell'articolo 80, introdotta proprio dalla legge di conversione del decreto Sblocca-cantieri. In base alla nuova previsione, è stata infatti introdotta la possibilità per la stazione appaltante di estromettere dalla gara un concorrente, qualora abbia commesso un grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con una sentenza passata in giudicato: una norma, che farà di certo discutere, essendo inevitabilmente legata al più diffuso tra gli inadempimenti, vale al dire al mancato pagamento del corrispettivo dovuto ai soggetti affidatari di subappalti, e non offrendo la disposizione - da questo punto di vista - alcun dato di certezza, soprattutto con riferimento all'elemento della gravità dell'inadempimento.

L'ambito soggettivo di applicazione

La legge di conversione del decreto Sblocca-cantieri ha invece confermato la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 80, con riguardo all'elenco dei soggetti contenuto nel comma 3, allorquando deve essere accertata la 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, si riferisce appunto al socio di maggioranza, se si tratta di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro. Allo stesso modo, la legge n. 55/2019 conferma 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 - sulla base dell'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del Codice antimafia - l'applicazione del controllo giudiziario. Infine, completa il quadro delle correzioni - nella conversione 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, convertito dalla legge n. 55/2019, si è limitato ad allineare l'articolo 80, comma 3, del Codice alle modifiche introdotte recentemente 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 ancora una volta attenzione, è l'ipotesi escludente delle irregolarità fiscali e contributive dell'impresa che, a seguito del decreto-legge n. 32/2019, aveva inglobato anche le situazioni debitorie delle imprese verso il fisco e gli enti previdenziali, seppur ancora non definitivamente accertate. E, da qui, aveva avuto pertanto origine la nuova formulazione del comma 4 dell'articolo 80 che, in aggiunta alla obbligatorietà dell'esclusione per violazioni definitive, aveva introdotto la facoltà della Pa, previa adeguata dimostrazione, di escludere dalla gara anche l'impresa inottemperante rispetto al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali, nonostante l'accertamento di tale inadempimento non fosse ancora definitivo.

Anche questa previsione non ha però trovato la sua conversione in legge: ragion per cui, ad oggi, è stato di fatto ripristinato lo stato normativo ante decreto Sblocca-cantieri che, da un lato, consente di bypassare le molteplici difficoltà che la disposizione già sembrava presentare nella sua concreta applicazione, ma, dall'altro lato, espone l'Italia al rischio dell'avvio di una procedura di infrazione da parte dell'Europa.

Da questo punto di vista, non bisogna infatti dimenticare che la modifica originaria del d.l. n. 32/2019 era derivata dalla necessità del Governo italiano di fornire una risposta ai rilievi che erano stati formulati dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora dello scorso 24 gennaio in merito alla non conformità - rispetto alle direttive Ue - 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 previsioni comunitarie, laddove si consente invece di escludere anche le imprese che hanno violato gli obblighi di pagamento di imposte o contributi, nonostante che la violazione non sia stata accertata in via definitiva da decisioni giudiziarie ovvero amministrative, e possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione.

La rilevanza temporale dell'esclusione

Confermato dalla legge di conversione n. 55/2019 anche il restyling integrale della disciplina relativa alla durata della interdizione dalle gare, 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

Edilizia e Territorio

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.