

**Le violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro
quali cause di esclusione dagli appalti pubblici.**

Le novità introdotte dall'articolo 80 del Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50

Parte seconda

Autore: Cecilia Valbonesi - Università degli Studi di Firenze - Dipartimento di Scienze Giuridiche.

RSPPItalia.com

Seguici anche su



La decisione di escludere o non escludere l'operatore: quale discrezionalità?

Dopo aver analizzato la disciplina dettata dai commi 5 e 6 dell'articolo 80, occorre ora evidenziare come la decisione di escludere l'operatore economico assuma, in alcuni casi previsti dalla norma, un volto discrezionale. L'assunto si fonda sulla lettura combinata dei commi 7 e 8 dell'articolo 80.

In particolare, il comma 7 ammette l'operatore economico e il subappaltatore che si trovino in "situazioni" tassativamente previste, come quelle del comma 5 sin'ora analizzato, 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".

L'ampio novero degli adempimenti richiesti si giustifica con l'opportunità cui è correlato: ove la stazione appaltante ritenga che le misure adottate sono "sufficienti" dispone la non esclusione dell'operatore economico.

Si tratta di un'ipotesi di ampia discrezionalità della stazione appaltante, correlata tuttavia a dei parametri predeterminati dalla legge che inducono a classificarla quale manifestazione di discrezionalità tecnica. Questa classificazione assume una importanza centrale ai fini dei poteri riconosciuti non solo alla stazione appaltante che non beneficia della statuizione favorevole, sia del terzo concorrente che voglia opporvisi. Entrambi potranno ricorrere al giudice amministrativo il quale, a differenza di quanto accade nei casi di discrezionalità pura, potrà qui entrare nel merito della questione sottoposta alla sua cognizione e valutare, attraverso il contributo della consulenza tecnica, la bontà delle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione senza peraltro comunque potersi sostituire ad essa.

Questo sindacato intrinseco di carattere debole, ovvero non sostitutivo della scelta della pubblica amministrazione cui è rimessa, dopo l'eventuale annullamento del "provvedimento", l'adozione della nuova determinazione di esclusione o di ammissione dell'operatore, può essere esercitato anche qualora l'operatore venga escluso con provvedimento motivato (la norma parla di "comunicazione") e decida pertanto di impugnarlo innanzi al Tribunale amministrativo regionale.

Occorre notare come la legge disponga un onere di motivazione con riferimento al solo "provvedimento" ("comunicazione") di esclusione.

La scelta, ragionevolmente dettata da una esigenza garantista nei confronti dell'operatore pretermesso, ignora tuttavia come tale esigenza potrebbe sussistere anche nei confronti dei controinteressati rispetto

alla decisione di ammissione alla procedura, i quali abbiano interesse ad impugnare la decisione perché convinti dell'insussistenza dei requisiti di cui al comma 7.

Peraltro, la "possibilità" riconosciuta dal combinato disposto dei commi 7 e 8 non può operare dove l'operatore economico sia stato "escluso con sentenza definitiva dalle procedure di partecipazione all'appalto".

Forme e conseguenze della decisione della stazione appaltante.

La norma induce a riflettere su di un aspetto centrale che riguarda le modalità attraverso le quali la stazione appaltante esprime la propria decisione di ammettere o escludere un soggetto dalla procedura di aggiudicazione. La legge, mentre tace del tutto sulle modalità con le quali viene espressa l'ammissione alla procedura, con riferimento all'esclusione parla di "comunicazione motivata".

Data la centralità e la pregnanza delle decisioni adottate dalla stazione appaltante, si ritiene che le determinazioni debbano essere espresse attraverso provvedimenti o, a limite, attraverso comportamenti di natura provvedimentoale, atteso il necessario esercizio di un potere amministrativo.

Questa appare l'unica opzione interpretativa idonea a garantire la sindacabilità giurisdizionale delle decisioni della P.A. ed il diritto di difesa di coloro che ne sono destinatari.

La natura provvedimentoale della decisione adottata dalla stazione appaltante sembra corroborata proprio dal comma 9 il quale riserva un diverso trattamento alle situazioni accertate con una sentenza definitiva che escluda l'operatore dalle procedure di appalto. In questo caso, la stazione appaltante non può adottare le determinazioni di cui ai commi 7 e 8 durante il periodo di esclusione che è pari a quello indicato nella sentenza o ai termini di cui al comma 10.

I commi 12 e 14 dell'articolo 80: aspetti derogatori.

Le considerazioni sin qui svolte sembrano trovare una duplice deroga nei commi 12 e 14 dell'articolo 80, i quali introducono due cause di esclusione "tombali" dalle procedure di appalto.

Il comma 12 prescrive, infatti, che ove l'operatore economico o il suo subappaltatore presentino false dichiarazioni nelle procedure di gara o negli affidamenti in subappalto, la stazione appaltante è tenuta a segnalarlo all'Autorità. Quest'ultima, ove ritenga che siano state rese con dolo o colpa grave sulla base di una valutazione legata alla rilevanza o alla gravità dei fatti oggetto della dichiarazione o della

documentazione false, dispone l'iscrizione dei fatti e degli autori nel casellario informatico. L'iscrizione ha l'effetto di escludere l'operatore economico e il subappaltatore dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino a due anni. Al decorso del termine, la misura interdittivo-sanzionatoria perde di efficacia.

Anche questa disciplina impone alcune notazioni metodologiche. In primo luogo, dal punto di vista procedimentale, la disposizione parla di "esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1" dell'articolo 80. Ad una prima lettura sembrerebbe che la misura del comma 12 fosse riservata ai soli casi di esclusione previsti dal comma 1 dell'articolo e che, dunque, non interessino le ipotesi del comma 5 e 6 o comunque le dichiarazioni che possano essere rilasciate in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Questa soluzione interpretativa, che presta ossequio al tenore letterale della norma, non può però ignorare come una simile scelta risulterebbe del tutto incongrua ed ingiustificata. Ci si domanda quale senso abbia escludere con un operatore economico per dichiarazioni fraudolente frutto di dolo o colpa grave nei casi previsti dal comma 1, mentre le stesse falsità non avrebbero pari conseguenze nel caso in cui tali dichiarazioni abbiano ad oggetto le ipotesi previste dal comma 5, che pure disciplina un profilo di esclusione dalle procedure di appalto (ma non di concessione). Questa ricostruzione sarebbe suffragata da una lettura combinata degli articoli 81, 82, 83 e 84 del Codice di procedura civile, nei quali, nel disciplinare l'acquisizione della documentazione di gara, delle certificazioni ed altri mezzi di prova, nonché degli attestati di qualificazione o del documento di gara unico europeo non operano distinzioni sulla base dell'oggetto dell'informazione acquisita.

Accanto a tali profili di perplessità se ne aggiungono altri ben più pregnanti. In primo luogo, ci si domanda come e soprattutto a che titolo la stazione appaltante possa determinare con certezza la falsità della documentazione o delle dichiarazioni presentate tale da darne comunicazione all'Autorità. In secondo luogo, ancora più sconcertante risulta il criterio di valutazione in base al quale l'Autorità dovrebbe formulare un giudizio di dolo o colpa grave in capo all'autore dei documenti o delle dichiarazioni.

La norma ritiene infatti che questo giudizio debba essere effettuato "in considerazione" della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione. Dunque, ammesso e non concesso, come abbiamo visto, che il comma 12 si applichi anche ai casi dell'articolo 5, possiamo dire, a titolo esemplificativo, che l'Autorità procede a iscrivere l'operatore economico ove deduca che i fatti oggetto della falsa dichiarazione o documentazione siano talmente gravi da essere indice di una condotta perpetrata a titolo di dolo o colpa grave. La deduzione oltre che ad essere in sé del tutto arbitraria, perché fondata su

parametri di riferimento del tutto inidonei, affida la valutazione del coefficiente soggettivo della condotta ad un organo amministrativo privo di qualsivoglia competenza in merito.

Meno problematica sembra essere invece l'ipotesi di esclusione delineata dal comma 14 il quale, al fine di evitare aggiramenti della disciplina, stabilisce che i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione non possano essere affidatari né stipulare contratti di subappalto.

Considerazioni conclusive

Già da queste brevi riflessioni emerge la complessità della nuova disposizione volta a disciplinare i motivi di esclusione dalle procedure di appalto (e concessione). Se per molti aspetti il d.lgs. 50 del 2016 compie passi avanti per garantire l'ingresso e la permanenza nelle procedure di gara di soggetti dotati di requisiti idonei, pur tuttavia permangono alcune perplessità di non poco momento.

Ci riferiamo non tanto alla facoltà riconosciuta in capo alla stazione appaltante di ammettere alla procedura concorsuale operatori economici che abbiano commesso infrazione alla disciplina sulla salute e alla sicurezza dei lavoratori, poi sanate con condotte riparatorie e risarcitorie. Questa scelta, che apparentemente defrauda di cogenza il divieto, potrebbe comportare invece un incremento delle condotte virtuose, ancorché ex post.

Piuttosto lascia perplessi il forte tasso di discrezionalità riservato alla stazione appaltante nella decisione circa l'idoneità delle condotte sananti a consentire la permanenza dell'operatore economico nelle procedure di gara. Una discrezionalità che potrebbe tingersi di arbitrarietà se non interviene presto una prassi interpretativa che consolidi profili condivisi.

Copyright © 2016 RSPPItalia