

Documento di consultazione

Rapporto tra la misura di straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 10, del D.L. 90/2014 e sistema di qualificazione unico degli operatori economici di cui all'art. 84 D.lgs. 50/2016

L'art. 84, comma 1, lett. a) dispone che le SOA, ai fini della qualificazione degli esecutori di contratti pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, attestano l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, e, quindi, per quanto qui rileva, l'assenza di una causa di decadenza, sospensione o divieto di cui agli artt. 67 (applicazione con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal Libro I, Titolo I, Capo II, D.lgs. 159/2011) e 84, comma 4, D.lgs. 159/2011 (tentativo di infiltrazione mafiosa).

Ne consegue che le SOA non possono rilasciare l'attestazione all'operatore economico colpito da interdittiva antimafia né concludere con esito positivo l'eventuale verifica triennale, difettando in capo a

quest'ultimo il requisito soggettivo di cui all'art. 80, comma 2, D.lgs. 50/2016 ed hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dall'attestazione al verificarsi della causa ostativa in esame. Inoltre, l'operatore economico colpito da interdittiva antimafia non può partecipare a procedure ad evidenza pubblica né può stipulare nuovi contratti (artt. 80, comma 2, D.lgs. 50/2016 e 84, comma 4 e 91, comma 6, D.lgs. 159/2011) né può continuare ad eseguire eventuali commesse già affidate salvo quanto disposto dall'art. 94, comma 3, D.lgs. 159/2011.

In tale quadro si inserisce l'art. 32, comma 10, D.L. 90/2014, che consente ai prefetti di adottare la misura di straordinaria e temporanea gestione nei casi in cui abbiano emesso un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione, al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

La disposizione appena richiamata rimette ai Prefetti la valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dal legislatore per continuare la prosecuzione del singolo contratto con l'impresa colpita da un'informazione antimafia interdittiva sotto il presidio di legalità di uno o più amministratori (di seguito più semplicemente commissari)

A tal proposito, l'Autorità intende valutare l'opportunità di fornire chiarimenti in ordine al rapporto sussistente tra la misura in questione di cui all'art. 32, comma 10, l D.L. 90/2014 e sistema di qualificazione unico degli operatori economici di cui all'art. 84 D.lgs. 50/2016, in particolare sotto il profilo della verifica della permanenza della capacità esecutiva dell'impresa colpita da un'informazione antimafia interdittiva ciò al fine di evitare che l'applicazione della misura straordinaria possa comportare effetti distorsivi sul sistema di qualificazione degli operatori economici.

A tal fine, occorre preliminarmente effettuare delle scelte di fondo, per individuare la soluzione interpretativa che meglio consenta di raggiungere gli obiettivi prefissati. **Pertanto, si sottopongono agli Stakeholder le seguenti osservazioni, chiedendo di esprimere il loro avviso sulle soluzioni prospettate e sulle conseguenze che ne deriverebbero sul piano applicativo.**

- 1) Una possibile soluzione interpretativa parte dal principio immanente nel sistema dei contratti pubblici che l'attestazione SOA costituisce presupposto necessario e indefettibile per l'esecuzione di appalti e concessioni di lavori pubblici di importo superiore a 150.000,00 e pertanto, richiede, che quest'ultima sia mantenuta anche dall'impresa colpita dalla misura straordinaria in esame.

Ciò sarebbe possibile se si ritenesse che la nomina degli amministratori straordinari da parte del Prefetto ex art. 32, comma 10, d.l. 90/2016 determini la neutralizzazione degli effetti dell'informazione antimafia di tenore inibitorio sia sul contratto "commissariato" sia sull'attestato di qualificazione SOA, che costituisce presupposto proprio per l'esecuzione di quel dato contratto. Conseguentemente bisognerebbe concludere che la misura della straordinaria e temporanea gestione ex art. 32, comma 10, D.L. 90/2014 sospenda l'obbligo delle SOA di dichiarare la decadenza dell'attestazione e specificare che:

a) l'attestazione in questione è utilizzabile esclusivamente per proseguire l'esecuzione del contratto "commissariato" in quanto solo per quest'ultimo i commissari sostituiscono gli amministratori originari. Tale indicazione deve essere oggetto di specifica annotazione nel casellario informatico.;

b) la misura della straordinaria gestione ex art. 32, comma 10, D.L. 90/2014 non comporta ulteriori "deroghe" al sistema di qualificazione, la stessa, infatti, è volta esclusivamente a consentire la prosecuzione del contratto "commissariato", neutralizzando, limitatamente a quest'ultimo, l'assenza del solo requisito di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. 50/2016. Ne consegue che: (i) l'operatore economico colpito da interdittiva antimafia non può partecipare a procedure ad evidenza pubblica né può stipulare nuovi contratti; (ii) se nel corso dell'esecuzione del contratto l'impresa "commissariata" perde un requisito di qualificazione generale, ulteriore rispetto a quello dell'art. 80, comma 2, D.lgs. 50/2016, ovvero un requisito speciale, in base al quale la SOA ha rilasciato l'attestazione, si applica la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici e al codice antimafia; (iii) se nel corso dell'esecuzione del contratto scade il termine triennale o quinquennale di validità della SOA, l'operatore economico si sottopone a verifica triennale o chiede il rinnovo della SOA e la SOA svolgerà l'ordinaria attività di verifica, considerando nella propria attività istruttoria che la sola carenza del requisito di cui all'art.80, comma 2, d.lgs. 50/2016 è supplita dai requisiti di onorabilità dei "commissari";

c) al fine di prevenire possibili abusi nell'utilizzo dell'attestazione SOA dell'impresa commissariata, sarebbe necessario, laddove quest'ultima venga in rilievo quale presupposto, ai fini dell'esecuzione dell'attività contrattuale, che: (i) nelle premesse del provvedimento di "commissariamento" sia nella parte dispositiva venga inserito un

apposito richiamo alla circostanza che la misura straordinaria sospende l'efficacia dell'informazione interdittiva antimafia ai fini della decadenza dall'attestazione, nei soli limiti degli atti occorrenti a portare a compimento il contratto "commissariato" e sia richiamata l'attenzione dei commissari affinché, laddove nell'espletamento dell'incarico acquisiscano notizia di un difforme uso del certificato SOA, provvedano a darne tempestiva segnalazione alle autorità competenti per i profili sanzionatori.; (ii) in sede di notifica del decreto di applicazione della misura straordinaria all'impresa "commissariata" sia richiamata la responsabilità degli amministratori ordinari dell'impresa rispetto all'eventuale esercizio di attività che l'avvenuta adozione dell'interdittiva antimafia, come già chiarito, non consente all'impresa di poter eseguire ulteriori commesse pubbliche.

Una volta cessata la misura di straordinaria e temporanea gestione, gli amministratori della società provvederebbero a comunicare alla SOA la cessazione della misura. La SOA, a seguito dell'ordinaria attività istruttoria, dovrebbe procedere nei seguenti termini:

- se l'impresa è tornata in bonis, la SOA non dovrà dichiarare la decadenza dell'attestato SOA;
- se l'impresa resta interdetta, invece, la SOA dovrà dichiarare la decadenza dell'attestato rilasciato in base al commissariamento e non potrà procedere a qualificare l'impresa.

Problematiche applicative della soluzione prospettata:

- *ADeroga all'art. 84, comma 4, secondo cui le SOA attestano il possesso in capo all'impresa dei requisiti di cui all'art. 80, ivi compresi quelli indicati al comma 2.*

Aderendo alla soluzione prospettata al n. 1, si introduce una deroga alla disposizione citata e al conseguente obbligo delle SOA di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione in presenza di un'informativa antimafia interdittiva, ma così facendo viene garantita l'attività di controllo sulla permanenza dei requisiti di esecuzione del contratto.

- *Introduzione di oneri a carico dell'impresa attestata per il mantenimento in vita di un'attestazione con efficacia limitata al tempo di esecuzione del contratto.*

Rispetto alla normativa attuale, non si chiede all'impresa sottoposta a misura straordinaria di sopportare oneri diversi da quelli posti in capo agli altri operatori economici;

- 2) Altra possibile soluzione potrebbe essere quella di ritenere che quando il legislatore ha riconosciuto ai Prefetti la possibilità di disporre la nomina di uno o più amministratori per la continuare l'esecuzione del contratto di lavori pubblici affidati all'impresa colpita da un'informazione antimafia interdittiva, ha implicitamente previsto che quest'ultima può realizzare le relative attività anche in costanza dell'attestazione SOA decaduta. Tuttavia, ciò non significa ammettere che l'impresa in questione possa eseguire le opere in carenza della specifica capacità tecnica e professionale richiesta in quanto la prosecuzione del contratto "commissariato" potrà avvenire solo se resta fermo il possesso, in capo all'impresa commissariata, di tutti gli altri requisiti generali e speciali richiesti per

l'esecuzione del contratto. Al fine di evitare l'applicazione distorte della disciplina sui contratti pubblici e una disparità di trattamento con gli altri operatori economici, la permanenza dei predetti requisiti dovrebbe essere verificata dalle singole stazioni appaltanti.

Sul punto, si chiede agli Stakeholder, qualora condividessero la ricostruzione prospettata, di voler indicare quali requisiti si ritengono indispensabili allo scopo.

Problematiche applicative della soluzione prospettata:

- *Introduzione di oneri di verifica a carico delle stazioni appaltanti.* È richiesta una maggiore attenzione da parte delle stazioni appaltanti finalizzata alla verifica del mantenimento, in capo all'impresa dei requisiti necessari per l'esecuzione del contratto. In pratica, si assimilerebbe la fattispecie all'ipotesi di impresa esecutrice straniera, non in possesso dell'attestazione di qualificazione o all'esecuzione dei contratti di servizi e forniture o di lavori inferiori a 150.000 euro, laddove la stazione appaltante deve verificare caso per caso il possesso dei requisiti in gara e monitorarne il mantenimento in fase esecutiva, senza poter contare sul possesso di un'attestazione SOA.

- 3) Una terza soluzione è rappresentata dalla c.d. "opzione di non intervento". La misura della straordinaria e temporanea gestione ex art. 32, comma 10, d.l. 90/2014 consente e nelle ipotesi predeterminate dal legislatore il completamento del contratto anche in deroga alla disciplina del sistema di qualificazione. Partendo da tale assunto, il "commissariamento" dovrebbe essere considerato come incidente soltanto sul contratto in corso di esecuzione e non sulla validità dell'attestazione SOA (che non può essere mantenuta in assenza di un requisito indispensabile previsto dalla legge). Pertanto, il verificarsi della causa ostativa di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. 50/2016 determinerebbe la decadenza dell'attestazione e l'adozione della misura straordinaria consentirebbe all'impresa di proseguire nell'esecuzione del contratto affidatole, anche in carenza dei requisiti richiesti dalla legge.

Problematiche applicative della soluzione prospettata:

Detta soluzione ha il pregio di non introdurre oneri aggiuntivi e di non prevedere soluzioni di complessa applicazione per le quali il beneficio atteso potrebbe essere inferiore rispetto agli oneri connessi. Tuttavia la stessa rappresenta un grave *vulnus* al sistema di esecuzione dei lavori pubblici e potrebbe esporre la stazione appaltante al rischio di un'esecuzione non a regola d'arte degli stessi a causa della perdita dei requisiti di esecuzione richiesti all'impresa.