



Rassegna giurisprudenziale **SULLE CAUSE DI ESCLUSIONE**

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

Formez  **PA**

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I, 9 gennaio 2017, n. 21

Sull'esclusione della ditta per conflitto di interesse

1. L'art. 42, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel prevedere che costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano "l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.", nel fare riferimento all'art. 7 citato, opera un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione "in particolare"; l'articolo 42 cit. si riferisce quindi al personale ma in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno giocoforza un maggior "interesse finanziario, economico o altro interesse personale".

2. Va disposta l'esclusione da una gara di appalto di una società nel caso in cui risulti che un membro su tre del consiglio di amministrazione sia comune sia al Broker che ha curato la predisposizione degli atti di gara sia ad una società agente della società vincitrice (il cui amministratore, peraltro, è stato delegato società a rappresentarla nelle fasi pubbliche di gara). Invero, l'obbligo di astensione, da un punto di vista del diritto amministrativo, è posto a tutela di un pericolo astratto e presunto che non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione; onde tale conflitto d'interessi ha reso illegittima la partecipazione della società in questione, con conseguente obbligo di esclusione della medesima ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici.

TAR VENETO, SEZ. III, 9 febbraio 2017, n. 171

Sulla necessità di dichiarare tutte le sanzioni subite

Anche in relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera c), comma 5, dell'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016, vige la regola secondo la quale la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ed a rimettersi alla valutazione della stazione, non essendo configurabile in capo all'impresa partecipante ad una gara alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare e sussistendo, al contrario, l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di sua competenza.

L'aver taciuto le circostanze in questione ha dunque impedito, da un lato, una valutazione completa (falsando la percezione delle condizioni reali della ricorrente) sull'affidabilità e l'integrità morale del candidato e, d'altro lato, è stata sintomatica di una condotta non trasparente e collaborativa della ricorrente.

TAR VENETO, SEZ. III, 16 febbraio 2017, n. 171

Sulla doverosità dell'esclusione per omessa dichiarazione di una sentenza di condanna

Va esclusa da una gara di appalto, ai sensi dell'art. art. 80 comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 (in materia di accertamento di gravi illeciti professionali), una società che ha ommesso di dichiarare

l'esistenza di una sentenza penale emessa nei suoi confronti, sebbene la stessa non solo era assai recente, ma concerneva una condanna per truffa continuata ai danni dello Stato e che sanzionava, oltre all'amministratore unico e ai dirigenti apicali, anche la stessa società con l'applicazione della sanzione interdittiva del divieto di contrarre per un anno con la pubblica amministrazione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II, 12 maggio 2017, n. 2578

Sull'irrilevanza di reati non ricompresi nell'art. 80 del codice

Non è illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto disposta in favore di una società che ha ommesso di dichiarare la presenza di alcune condanne penali pronunciate nei confronti del vice presidente del consiglio di amministrazione cessato dalla carica, ove tali condanne riguardino il reato di detenzione e cessione illecita di sostanze stupefacenti ed il reato di falsificazione di monete; infatti, nessuno di detti reati rientra nell'elenco tassativo degli illeciti penali ascritti dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 ai motivi di esclusione; con la conseguenza, in tal caso, non è dimostrato il difetto, in concreto, del requisito di moralità professionale della società interessata.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. I, 24 febbraio 2017, n. 354

Sulla necessità dell'iscrizione camerale per il servizio in appalto

È illegittima l'aggiudicazione di una procedura selettiva, ex art. 30 del D.Lgs. n. 163 del 2006, indetta previa manifestazione di interesse, ad una ditta risultata priva del requisito della iscrizione alla C.C.I.A. espressamente richiesto dal bando, per lo specifico servizio da affidare, e, in particolare, il requisito della iscrizione nel Registro delle Imprese per attività di gestione di servizi di balneazione, ricreativi e di bar-ristorazione, a nulla rilevando il fatto che la ditta interessata sia in possesso della iscrizione alla C.C.I.A. per la sola gestione di un bar. Infatti: a) la gestione di un bar non può ritenersi equipollente ai servizi di balneazione; b) l'ammissione in gara anche di imprese non iscritte presso la C.C.I.A. per le attività oggetto della prevista concessione, nonostante la chiara previsione della *lex specialis* cui la stessa P.A. si è autovincolata, inficia, da tale momento, la legittimità della procedura con conseguente illegittimità anche degli atti successivi, ivi compresa l'aggiudicazione intervenuta.

TAR UMBRIA, SEZ. I, 9 agosto 2017, n. 545

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I, 26 aprile 2017, n. 771

TRGA, SEZ. TRENTO, 26 aprile 2017, n. 142

Sul collegamento sostanziale

E' illegittima, per violazione dell'art. 80, 5° comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'ammissione in gara di due ditte, nel caso in cui: 1) il legale rappresentante p.t., amministratore unico e direttore tecnico di una ditta, sia anche il responsabile tecnico dell'altra; 2) entrambi i plichi contenenti le offerte delle due società partecipanti siano stati consegnati lo stesso giorno e tendenzialmente nello stesso momento, come è attestato dal numero di protocollo consecutivo; 3) le offerte siano state redatte secondo la stessa tipologia grafica e schematica e sembrano compilati da uno stesso soggetto; 4) le polizze per la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria siano state emesse entrambe dalla stessa agenzia, in pari data e rechio, anche questa volta, numeri di polizza consecutivi; 5) gli attestati di certificazione ISO 9001 siano stati emessi dallo stesso ente certificatore e rechio la

stessa data di scadenza; 6) il contributo Anac dovuto è stato versato in entrambi i casi in pari data presso la stessa lottomatica; in tal caso, infatti, deve ritenersi comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le due imprese, anche di fatto, desunta da elementi che rappresentano indizi gravi precisi e concordanti, a tal punto da far ritenere che il centro decisionale sia unico; con conseguente illegittimità dell'ammissione in gara.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I, 15 maggio 2017, n. 2598

Sul rilievo viziante di una dichiarazione non veritiera

E' legittima la esclusione da una gara di appalto, disposta dalla P.A. ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta interessata ha falsamente dichiarato che il legale rappresentante non ha commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ove, al contrario, sia risultata la esistenza di una sentenza penale di condanna a mesi 3 di reclusione per il reato di cui all'art. 590, commi 2 e 3 cod. pen. per gravi lesioni colpose (nella specie il reato era aggravato dalla circostanza della "violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro"). Tale falsa dichiarazione, infatti, ha impedito alla stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale riconosciute dalla norma richiamata, di valutare la gravità dell'infrazione accertata; in tal caso, inoltre, il ricorso al meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto self cleaning) (v. il 7° comma dello stesso art. 80), deve ritenersi precluso in radice dalla condotta reticente della ditta interessata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 5 settembre 2017 n. 4192

TAR TOSCANA, SEZ. I, 1 agosto 2017, n. 1011

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 5 luglio 2017, n. 3288

TAR VALLE D'AOSTA, 23 giugno 2017, n. 36

Sul grave illecito professionale e sul relativo onere probatorio

L'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, alla lettera c), che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione ad una procedura di gara, qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità. Tra i gravi illeciti, espressamente contemplati dalla norma, rientrano "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni".

In tali casi, è **la stazione appaltante ad essere gravata dell'onere di dimostrare l'inaffidabilità del concorrente** e non quest'ultimo a dover dimostrare la propria affidabilità; tale dimostrazione deve avere ad oggetto non solo gli illeciti professionali commessi in passato, ma anche e soprattutto l'idoneità degli illeciti stessi a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente.

Infatti, non ogni inadempimento pregresso, per quanto grave e tale da aver condotto alla risoluzione di un precedente contratto d'appalto, giustifica l'esclusione dalla partecipazione a gare successive, in assenza di una esplicita valutazione prognostica della stazione appaltante, circa la capacità del concorrente di eseguire in maniera corretta le prestazioni oggetto del nuovo affidamento.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II, 21 settembre 2017, n. 1470

Sull'esclusione di un concorrente per precedente risoluzione contrattuale non impugnata

E' legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale la P.A. appaltante (nella specie si trattava dell'Ufficio Territoriale del Governo) ha escluso una ditta da una gara di appalto di servizi (nella specie si trattava del servizio di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale), che sia motivato con riferimento al fatto che nei confronti della ditta stessa, in precedenza, era stata disposta, in ragione di gravi inadempimenti, la risoluzione del contratto avente ad oggetto il medesimo servizio e tale risoluzione contrattuale non sia stata impugnata dalla società ricorrente sino alla udienza di discussione del ricorso.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 3 aprile 2017, n. 1535

Sulla non definitività di un'irregolarità fiscale in caso di cartella oggetto di impugnativa

E' illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha dichiarato la decadenza dall'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto motivata con riferimento ad una violazione tributaria posta in essere dalla ditta interessata, nel caso in cui la ditta stessa abbia impugnato la cartella di pagamento con ricorso tempestivamente interposto innanzi al giudice tributario e tale ricorso, alla data di adozione del provvedimento di decadenza, sia risultato ancora pendente; in tal caso, infatti, la violazione tributaria non può ritenersi definitivamente accertata.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 10 agosto 2017, n. 3985

Sul requisito della regolarità fiscale

E' legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara di una ditta disposto in quanto, in sede di verifica dei requisiti eseguita a seguito dell'aggiudicazione provvisoria in suo favore, è emerso che, alla data ultima per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, sussistevano a carico della ditta stessa gravi irregolarità rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, a nulla rilevando che – alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara – il termine per l'impugnativa delle cartelle non era ancora spirato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 15 settembre 2017, n. 4349

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 3 marzo 2017, n. 1006

Sulla regolarità contributiva e sulla distinzione tra Durc interno e Durc esterno

1. Il requisito della regolarità contributiva previsto dall'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui sono esclusi dalle procedure di gara per i contratti pubblici coloro i quali «hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti») deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; la regolarizzazione postuma, infatti, violerebbe il principio della par condicio tra i concorrenti.

2. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla

presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

3. La nozione di «violazione grave» alla quale fa riferimento l'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il requisito della regolarità contributiva non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

4. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione, già previsto dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, può operare solo nei rapporti tra impresa e l'ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

TAR VALLE D'AOSTA, 23 giugno 2017, n. 36

Sul grave illecito professionale

1. L'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che, innovando rispetto al previgente assetto normativo, consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di “gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” – prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Anche nel caso in cui sussista una pronuncia giudiziale, persiste in capo alla Stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità, il cui esercizio – ed il cui correlato sindacato in sede giurisdizionale – comporta la esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara.

TAR TOSCANA, SEZ. I, 1 agosto 2017, n. 1011

Sul grave illecito professionale e sul relativo onere probatorio

L'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, alla lettera c), che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione ad una procedura di gara, qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità. Tra i gravi illeciti, espressamente contemplati dalla norma, rientrano “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni”.

In tali circostanze, è la stazione appaltante ad essere gravata dell'onere di dimostrare l'inaffidabilità del concorrente e non quest'ultimo a dover dimostrare la propria affidabilità; tale dimostrazione deve avere ad oggetto non solo gli illeciti professionali commessi in passato, ma anche e soprattutto l'idoneità degli illeciti stessi a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente.

Infatti, non ogni inadempimento pregresso, per quanto grave e tale da aver condotto alla risoluzione di un precedente contratto d'appalto, giustifica l'esclusione dalla partecipazione a gare successive, in assenza di una esplicita valutazione prognostica della stazione appaltante, circa la capacità del concorrente di eseguire in maniera corretta le prestazioni oggetto del nuovo affidamento.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 5 settembre 2017, n. 4192

Sulla rilevanza dell'omessa dichiarazione di un illecito professionale

1. L'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, alla lettera c), che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità; il concetto di grave illecito professionale di cui alla predetta disposizione normativa ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa. L'ANAC ha chiarito che i provvedimenti non definitivi rilevano ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/16, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno, che è uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso.

2. E' legittimo il provvedimento con il quale un'Azienda sanitaria ha escluso un concorrente da una gara di appalto di servizi che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha omesso di dichiarare un precedente grave illecito professionale afferente il medesimo servizio oggetto di gara e, in particolare, una sentenza di condanna penale, ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. n. 231/2000, recante il divieto di contrattare per un anno con la P.A. e la condanna al risarcimento del danno, a nulla rilevando che la sentenza penale non sia definitiva.

3. Il ricorso al contraddittorio e quindi la valutazione delle misure di self – cleaning presuppone – quindi – il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 25 settembre 2017 n. 4470

Sui limiti al mantenimento dei requisiti in capo ai concorrenti non aggiudicatari

1. In linea generale, le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità.

2. Nelle gare di appalto, l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata dispensa le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento. Infatti, quando la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'Amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

SUI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE PIU' RIGOROSI

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 6 settembre 2017, n. 4221

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER, 8 febbraio 2017 n. 2115 ;

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 9 gennaio 2017, n. 31

Sui presupposti per fissare requisiti più rigorosi

I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.
