

Giovanni Sabato

Tar Salerno

ART. 38 D. LGS. N. 163 DEL 2006

Art. 38. Requisiti di ordine generale (art. 45, direttiva 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)

1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; (205) (213)

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società; (198) (214)

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; (199)

d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; (200)

e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; (201)

f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante;

g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; (202)

h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti; (193)

i) che 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; (211)

l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2; (203)

m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248; (191)

m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA; (192)

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; (194)

m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale (196).

1-bis. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965,

n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario. (195)

1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. (204)

2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, nè le condanne revocate, nè quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente:

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. (197)

2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le

devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. (207) (215)

3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002. (206)

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti.

5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.]

NUOVA DISCIPLINA

ART. 80 D. LGS. N. 50 DEL 2016

Cause di esclusione

L'articolo 80 del D.lgs. n. 50/2016 reca la nuova disciplina dei “motivi di esclusione” dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici e dall'assunzione dei subappalti.

La norma recepisce l'articolo 57 della dir. 2014/24/ UE (nonché le analoghe disposizioni delle direttive utilities e concessioni) e riguarda l'ambito in precedenza disciplinato dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di individuazione dei cd. requisiti di ordine generale (o di moralità) che i concorrenti devono possedere ai fini della partecipazione alle pubbliche gare.

Da una lettura della previsione sembrano emergere novità circa i soggetti interessati da alcune cause di esclusione che, tuttavia, potrebbero essere frutto, più che di un effettivo intendimento innovativo del legislatore, di una non chiara formulazione della norma.

Art. 80 (Motivi di esclusione)

1. **Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione**, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, **anche riferita a un suo subappaltatore** nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati:

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;

b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n.109 e successive modificazioni;

f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;

2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

3. L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso

pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110;

c) 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. Tra questi 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; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 (Partecipazione precedente di candidati o offerenti) non possa essere risolta con misure meno intrusive;

f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione;

h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non e' stata rimossa;

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito;

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorita' giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalita' del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

7. *Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, e' ammesso 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.*

8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non e' escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

9. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non puo' avvalersi della possibilita' prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

10. Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacita' di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata e' pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso e' pari alla durata della pena principale.

11. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o societa' sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n.306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n.356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n.159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

12. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

14. Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo.

All'art. 80 occorre aggiungere innanzitutto l'art. 85 del Nuovo Codice Appalti (rappresenta una importante novità del Codice) in tema di "*Documento di gara unico europeo*" (DGUE) - ovvero una autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 80 (in tema di motivi di esclusione); b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83 (in tema di requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali); c) soddisfa i criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91.

Rilevano anche gli artt. 85 e 86. La formulazione esatta di tali norme è la seguente:

Art. 85

Documento di gara unico europeo

1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste 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 soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91 ("Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare").

2. Il DGUE fornisce, inoltre, le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante e le informazioni di cui al comma 1 relative agli eventuali soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89, indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico è in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti.

3. Se la stazione appaltante puo' ottenere i documenti complementari direttamente accedendo alla banca dati di cui all'articolo 81, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, i dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.
4. Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide.
5. La stazione appaltante puo', altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, nonché all'impresa che la segue in graduatoria, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 53, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante puo' invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87.
6. In deroga al comma 5, agli operatori economici non e' richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora questi siano presenti nella banca dati di cui all'articolo 81 o qualora la stazione appaltante, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti.
7. Ai fini del comma 5, le banche dati contenente informazioni pertinenti sugli operatori economici, possono essere consultate, alle medesime condizioni, dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri, con le modalità individuate con il decreto di cui all'articolo 81, comma 2.
8. Per il tramite della cabina di regia e' messo a disposizione e aggiornato su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle stazioni appaltanti di altri Stati membri e sono comunicate, su richiesta, agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati di cui al presente articolo.

Art. 86

Mezzi di prova

1. Le stazioni appaltanti possono chiedere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui al presente articolo e all'allegato XVII, come prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'articolo 83. Le stazioni appaltanti non esigono mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo, all'allegato XVII e all'articolo 110. Gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie.
2. Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80:
 - a) per quanto riguarda i commi 1, 2 e 3 di detto articolo, il certificato del casellario giudiziario o in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese d'origine o di provenienza da cui risulta il soddisfacimento dei requisiti previsti;
 - b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva rilasciato dagli Istituti

previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analogo certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati.

3. Se del caso, uno Stato membro fornisce una dichiarazione ufficiale in cui si attesta che i documenti o i certificati di cui al comma 2 non sono rilasciati o che questi non menzionano tutti i casi previsti, tali dichiarazioni ufficiali sono messe a disposizione mediante il registro online dei certificati (e-Certis).

4. Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I. L'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

5. Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi.

6. Per il tramite della cabina di regia sono messe a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, le informazioni riguardanti i motivi di esclusione elencati all'articolo 80, l'idoneità all'esercizio dell'attività professionale, la capacità finanziaria e tecnica degli offerenti di cui all'articolo 83, nonché eventuali informazioni relative ai mezzi di prova di cui al presente articolo.

RIFLESSIONI PRELIMINARI

Abbiamo appena esaminato il contenuto testuale delle norme di riferimento che abbiamo confrontato e che sono l'articolo 38 del vecchio codice da una parte e l'articolo 80 del nuovo codice dei contratti pubblici, dall'altra. Dalla disamina delle rispettive formulazioni normative si evidenziano le significative differenze che presentano le norme in questione già a partire dalle rispettive rubriche in quanto mentre l'articolo 38 richiama la nozione di requisito di ordine generale l'articolo 80 è rubricato motivi di esclusione. Questo a parere di chi scrive costituisce una piccola imperfezione sistematica in quanto non si comprende come il legislatore nell'ottica di una concezione pan-procedimentale della materia, utilizzi l'espressione "motivi di esclusione" quando in altra parte del codice, stabilisce che oltre alle esclusioni, anche i provvedimenti di ammissione costituiscono atti immediatamente impugnabili. Non si comprende cioè come da un lato si valorizzi l'esclusione come provvedimento immediatamente impugnabile e dall'altra tuttavia si allarghi il novero degli atti impugnabili anche alle ammissioni; cioè da un lato si affermi il concetto in negativo (mancanza dei requisiti di ammissione) dall'altra invece lo stesso concetto viene valorizzato in positivo ai fini della ammissione delle imprese alla gara.

Ma il tema in esame si presta ad un approfondimento preliminare sotto altra ottica, che è quella della visione pan-procedimentale, che evidentemente valorizza il ruolo della stazione appaltante chiamata a verificare, nella fase nevralgica delle ammissioni alla gara, se le imprese concorrenti siano o meno in possesso dei requisiti di ammissione. Si tratta di una fase davvero decisiva visto che da questa possono dipendere le sorti finali della selezione. Ebbene non si può trascurare il fatto che il legislatore abbia voluto valorizzare questa fase preliminare stabilendo che essa sia affidata ad un processo cosiddetto super-accelerato ovvero sia particolarmente celere e rapido, tanto che la sua definizione avviene attraverso una decisione presa direttamente in camera di consiglio. Ecco perché evidentemente il legislatore discorre di esclusioni e non di requisiti di ordine generale, perché allude al fatto che ciò che rileva non è la presenza in rerum natura dei requisiti in questione quanto piuttosto

rilevano le determinazioni assunte dalla commissione di gara in ordine alla ammissione o all'esclusione delle imprese dalla gara; in altre parole, la rubrica dell'art. 80 sembra fondarsi su un equivoco giacché essa postula la considerazione dei requisiti di ordine generale in negativo, anziché in positivo, quando invece stabilisce in altra sede l'immediata impugnabilità dell'ammissione, che a sua volta allude alla considerazione in positivo dei requisiti;

Le ulteriori riflessioni che possiamo compiere in questa sede preliminare sono le seguenti:

il sacrificio della terza graduata: il principio secondo il quale anche il provvedimento di ammissione è coperto da onere di impugnativa immediata fa sì che la terza graduata non possa mai aspirare all'aggiudicazione contestando, oltre alla posizione della prima graduata, anche quella della seconda. Il principio in esame, quindi, non solo determina la fuoriuscita dall'orizzonte processuale del ricorso incidentale escludente, ma anche la contestazione dell'ammissione in favore dell'aggiudicataria. Tale novità sarebbe destinata a produrre commendevoli effetti semplificatori, sterilizzati però dalle maggiori complicazioni nella fase del rito superaccelerato;

l'art. 29 prevede che le ammissioni e le esclusioni siano ricomprese in un provvedimento unico, quindi omnicomprensivo. Non possiamo escludere che lo stesso non sia suscettibile di riesame, in esercizio di quel potere di autotutela che è immanente ad ogni amministrazione. Secondo la aggiornata tesi ricostruttiva, il potere di autotutela non è altro che la riedizione del potere di primo grado, di tal che non richiede una espressa previsione normativa, comunque riconducibile all'ampia formula di cui all'art. 21 nonies. Inoltre, le esclusioni non sono solo quelle che derivano dall'applicazione dell'art. 80, per difetto dei requisiti di ordine generale, potendo essere determinata anche da altre ragioni, pensiamo al difetto dei requisiti di qualificazione per inammissibilità dell'avvalimento, all'omessa indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza, all'anomalia dell'offerta;

il ricorso incidentale è sopravvissuto alla riforma, tant'è che il codice ne parla espressamente; occorre chiederci se ciò accada anche nella sua versione escludente; sembra di sì, in particolare quanto l'esclusione sia disposta al di fuori del provvedimento omnicomprensivo di cui all'art. 29, per una delle ragioni sopraenunciate, ad esempio per effetto dell'esercizio del potere di autotutela. In tal caso infatti il giudizio dovrebbe svolgersi secondo il rito speciale e non superspeciale, per cui potrebbe accadere che l'impresa esclusa ex post lamenti la illegittima ammissione della impresa concorrente al fine di far valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara, e ciò quando l'esclusione sia frutto di una fase della gara successiva al provvedimento di ammissioni/esclusioni (pensiamo alla anomalia, in cui ciascuna impresa lamenta la anomalia dell'offerta avversaria);

*residua il problema dell'ammissibilità di cause di esclusione contemplate solo a livello di *lex specialis* ove dettate da esigenze sostanziali;*

la norma che enumera gli atti della procedura di gara precisa che non sono impugnabili gli atti endoprocedimentali se non immediatamente impugnabili; tale dicitura sembra contraddire la natura bifasica della procedura cadendo così in contraddizione; ritengo che tale formula alluda ai bandi di gara, che appunto sono impugnabili solo quando immediatamente lesivi e tali sono quando siano impeditivi della formulazione dell'offerta o di per sé escludenti; la sintassi della procedura di gara scolpita dalla normativa codicistica non può fare a meno dei bandi e della loro immediata impugnabilità, nell'ottica del perseguimento dell'interesse strumentale.

BREVI CENNI SULL'ISTITUTO

D.LGS. 163/2006

I requisiti di ordine generale sono requisiti che ciascun soggetto partecipante all'affidamento deve possedere pena l'esclusione. Tale esclusione viene disposta ove ci si trovi in presenza di determinate situazioni tassativamente indicate, che proprio in virtù della loro gravità e rilevanza comportano l'obbligatoria ed immediata esclusione. La *ratio* della norma risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contrasto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale.

Essi sono detti anche requisiti di ordine pubblico o di moralità e riflettono condizioni soggettive dei concorrenti. Essi competono anche ai subappaltatori, alle imprese ausiliarie, associate e consorziate. L'unica limitazione riguarda le aziende sequestrate o confiscate ai sensi dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92, affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, per assicurare la continuità d'impresa. L'art. 38 si applica ai lavori, servizi, forniture, concessione e subappalti, appalti sia di importo superiore che inferiore alla soglia comunitaria. E' dubbia l'applicabilità dell'art. 38 per le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, in quanto l'art. 235 prevede che tali soggetti applicano la disciplina contenuta nei regolamenti.

L'art. 38 recepisce l'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18, che, per la prima volta, al paragrafo 1, ha introdotto fattispecie in presenza delle quali sussiste l'obbligo per la S.A. di escludere dalla gara i partecipanti che abbiano commesso reati di particolare gravità.

L'art. 38, a differenza della norma comunitaria, non distingue tra cause di esclusione facoltative ed obbligatorie, prevedendo in ogni caso l'esclusione e pertanto effettuando una scelta più rigorosa che oblitera la discrezionalità della stazione appaltante. La disciplina nazionale, inoltre, prevede cause di esclusione ulteriori rispetto a quella comunitaria. Secondo la giurisprudenza nazionale le fattispecie di esclusione previste dal diritto comunitario non sono tassative, potendo il legislatore nazionale prevederne di nuove per esigenze di ordine e sicurezza, mentre la CGUE, nel 2006, in ordine a quelle facoltative, ha optato per la tassatività nel senso che gli Stati membri non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle contemplate dalla norma comunitaria, ma possono non applicarle optando per la partecipazione più ampia. Nel 2008, invece, la CGUE ha previsto che gli Stati membri possono prevedere ipotesi ulteriori ma con il limite della proporzionalità e concorrenza.

Va però rilevato che, in buona parte, le cause di esclusione ex art. 38 ripropongono quelle già note e distribuite nelle distinte discipline in materia di lavori, servizi e forniture. Trattasi, come detto, di ipotesi obbligatorie, che al più configurano una cosiddetta discrezionalità monobasica, che cioè attiene non alla individuazione di ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, bensì nell'attività di sussunzione delle ipotesi concrete in quelle astratte contemplate dalla legge tale discrezionalità quindi non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione proprio perché la discrezionalità interviene con riferimento a quella delicata operazione che consiste nel ricondurre la norma, nella sua generalità ed astrattezza, alla fattispecie concreta, la cui disamina e valutazione sono affidate alla commissione di gara.

Il secondo comma della disposizione, sancisce l'onere per il concorrente di dichiarare il possesso dei requisiti, attraverso una dichiarazione sostitutiva, ed in caso di mancanza, incompletezza ed irregolarità essenziale obbliga il dichiarante al pagamento di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando, comunque non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore ad €. 50.000, con la possibilità entro dieci giorni di integrare la documentazione carente. I commi 4 e 5 disciplinano infine le modalità di prova dei requisiti da parte

degli operatori economici non stabiliti in Italia. La disciplina è quindi ispirata da un'esigenza di semplificazione che però responsabilizza i concorrenti, chiamati a dichiarare sempre tutto ed il vero.

NOVITÀ INTRODOTTE

La direttiva n. 24/2014

La direttiva n. 24/2014, al quale l'art. 80 si ispira, si propone - come si desume dalla stessa denominazione della rubrica dell'art. 57 (Criteri di selezione) - di definire con precisione i motivi di esclusione, dando ad essi un connotato più squisitamente oggettivo rispetto alla direttiva 18/2004 che identificava le cause di esclusione dell'art. 45 con le "*situazioni personali del candidato o offerente*": la nuova disposizione, molto più articolata della precedente, prevede inoltre nuove cause di esclusione ed amplia il numero dei destinatari della stessa.

Particolarmente rilevante appare, in tale contesto, l'estensione della verifica dei requisiti a tutti i membri del consiglio d'amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'operatore economico nonché alle persone dotate dei relativi poteri di rappresentanza, decisione o controllo, laddove, al contrario, l'art. 45 della direttiva 18/2004 si riferiva più genericamente alle persone giuridiche e/o fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti o qualsiasi persona che esercita poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

Prima di andare avanti nell'esposizione vediamo più in dettaglio che cosa prevede, *in parte qua*, la direttiva numero 24/2014 che il legislatore ha recepito con la norma in commento.

La direttiva ha infatti introdotto il nuovo meccanismo del c.d. self-cleaning, che consente all'operatore economico di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione: occorre tuttavia precisare che tale opportunità non sarà comunque utilizzabile nei casi in cui l'operatore sia stato escluso dalla partecipazione alle procedure d'appalto con sentenza definitiva, e ciò per tutto il periodo in cui gli effetti della sentenza sono destinati a prodursi.

L'art. 57 della direttiva 24/2014, dunque, individua alcune situazioni concrete attraverso le quali l'operatore economico potrà dimostrare il permanere della propria affidabilità, prevedendo, in particolare, le seguenti ipotesi:

- a. aver risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;
- b. aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative;
- c. aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

Art. 80. Le fattispecie di reato.

L'art. 80 del D. lgs. n. 50/2016, nel riprendere le cause di esclusione sancite dall'art. 38 del precedente codice, le estende alla partecipazione dell'operatore economico ad una procedura d'appalto o concessione, in casi tassativamente indicati, anche in presenza di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., di un suo subappaltatore ex art. 105, comma 6 che prevede le ipotesi di indicazione tassativa della terna dei subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. È importante sottolineare che, per le ipotesi di reato descritte alle lettere a), b), c) e d), il nuovo codice considera rilevanti anche le condanne irrogate per il delitto tentato.

Alle ipotesi riprese dalla vecchia formulazione del codice, il D. lgs. 50/2016, aggiunge ulteriori motivi di esclusione, in particolare con riguardo alla sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

La prima novità (comma 1) si rinviene sulle modalità di individuazione dei reati il cui accertamento comporta l'esclusione, in quanto dalla passata indicazione generale, che prendeva in considerazione il bene della vita offeso dal comportamento criminoso, si perviene all'attuale elencazione puntuale dei reati, da considerarsi tassativa data la lettura restrittiva delle cause di esclusione. In tale elencazione sono stati inseriti - riprendendo quanto introdotto dalla Direttiva - i reati di terrorismo o connessi ad attività terroristiche e i reati concernenti il lavoro minorile o altre forme di tratta degli esseri umani.

La nuova disciplina non va però solo ad aumentare le ipotesi suddette, prevedendo, infatti, la non predisposizione dell'esclusione quando il reato è stato depenalizzato, quando è intervenuta la riabilitazione o il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

Se è vero che il visto comma 1 elenca una serie di reati, consumati o tentati, che costituiscono motivo di esclusione dell'operatore economico se gli stessi risultano da condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6. L'elenco dei reati si conclude con una disposizione di chiusura che prevede, in generale, qualsiasi delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

A tale proposito, nondimeno, va sottolineato che il Consiglio di Stato, chiamato a rendere parere sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, aveva sostenuto l'opportunità di integrare l'elenco dei reati con una clausola di chiusura - analoga a quella già recata dall'art. 38 del previgente codice - che sancisse l'esclusione dalla gara in tutti i casi di condanne per reati gravi, che fossero ritenuti comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente.

È di tutta evidenza quindi la profonda modifica apportata al procedimento per l'affidamento della gara rispetto a quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006, che non elencava un'apposita lista di reati rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare, ma faceva riferimento all'ampia previsione dell'esistenza di "*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*": tale locuzione, non delimitata dal legislatore da specifici parametri oggettivi, poneva in capo alle singole stazioni appaltanti l'onere di valutare l'incidenza delle condanne rispetto all'appalto da affidare, con esiti spesso radicalmente divergenti a seconda della diversa valutazione, compiuta da parte di amministrazioni diverse, in ordine alla medesima condanna penale. In ordine ai suddetti illeciti professionali si ritiene opportuno prevedere un tempo massimo di rilevanza, che, se si volesse seguire la direttiva 2014/24/UE (art 57, par. 7), potrebbe essere di tre anni.

I gravi illeciti professionali

Tra le cause di esclusione dell'operatore economico, il 5° comma della disposizione in esame, inserisce una serie di ulteriori ipotesi, che risultano di nuova formulazione, ed in particolare alla lett. c), a norma della quale l'esclusione è prevista ove 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'. Tra questi 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. Il nuovo codice non richiama più i “*reati gravi che incidono sulla moralità professionale*”, di guisa che possono assumere rilievo anche fatti privi di rilevanza penale. Ad ogni modo, se è vero che, rispetto alle cause di esclusione previste dalla normativa previgente, non ogni grave reato incidente sulla moralità professionale è causa di esclusione dalle gare di appalto o di concessione, ma solo i titoli di reato espressamente nominati dalla norma, i reati commessi nell'esercizio della professione, che siano idonei ad incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico, quando non più previsti espressamente quali autonome cause di esclusione, possono comunque rilevare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016. Ruolo basilare è svolto dall'Anac che con linee guida, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c). Più avanti si dirà delle linee guida che l'Anac ha elaborato.

Conflitto di interesse

A norma della lett d), ulteriore ipotesi di esclusione si determina ove la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile. Ai casi suddetti deve inoltre aggiungersi l'effettiva distorsione della concorrenza sancita dalla lett. e).

Mezzi di prova: il certificato del casellario

Il nuovo codice non prevede specifiche prescrizioni relativamente alla tipologia del certificato del casellario che dovrà essere acquisito: a differenza di quanto previsto al comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, il nuovo testo non riproduce l'obbligo per le stazioni appaltanti, in sede di verifica delle dichiarazioni, di richiedere al competente ufficio giudiziario:

- i certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 21 del D.P.R. n. 313/2002, ovvero sia certificati analoghi a quelli che possono essere acquisiti dall'autorità giudiziaria;
- le visure di cui all'art. 33, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 313/2002, ovvero sia le visure delle iscrizioni che possono essere richieste da parte della persona interessata, con indicazione anche delle condanne che beneficiano della “non menzione”. Deve però ritenersi che il mezzo documentale di prova continua ad essere il certificato del casellario giudiziale.

Il beneficio della non menzione

La mancata rilevanza (o, per converso, la rilevanza) delle condanne che beneficiano della “*non menzione*” non è stata contemplata dal nuovo codice, con la conseguenza che non risulta chiaro, allo stato attuale:

- se le stazioni appaltanti non debbano mai considerare rilevanti le sentenze che beneficiano di tale indicazione;
- se, per converso, le stazioni appaltanti dovranno considerare rilevanti anche le sentenze che beneficiano di tale indicazione, purché si tratti di condanne relative ai reati indicati al comma 1 dell'art.

80 (fatte salve, in ogni caso, le ipotesi di reato depenalizzato, di intervenuta riabilitazione, di reato dichiarato estinto dopo la condanna oppure di revoca della medesima condanna).

Codice Antimafia

Il comma 2 prevede quale motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto o, anche, di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui agli artt. 67 e 84 del Codice Antimafia.

I soggetti

Il comma 3 elenca i soggetti relativamente ai quali, l'intervenuta condanna per i reati di cui al comma 1, determina l'esclusione ivi prevista. L'elencazione dei soggetti è sostanzialmente analoga a quella prevista dall'art. 38, comma 1 lettera c) del vecchio codice, ma rispetto alla precedente va segnalato che in luogo della previsione "degli amministratori muniti di potere di rappresentanza" è stata utilizzata la seguente più ampia formulazione "dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo". La norma lascia il dubbio su cosa debba intendersi per consiglio di direzione o di vigilanza.

Si osserva inoltre che la norma non affronta esplicitamente l'ipotesi – non inverosimile, nonostante i tempi obiettivamente lunghi della giustizia penale – della condanna definitiva riportata da uno dei soggetti cessati per un reato commesso dopo la fuoriuscita dalla compagine aziendale: a differenza di quanto consentito dall'art. 38, tuttavia, il meccanismo di verifica in contraddittorio previsto dall'art. 80 del nuovo codice potrà consentire al concorrente, anche in tale ipotesi, di dimostrare la non incidenza della condanna rispetto alla moralità professionale dell'impresa.

Il comma 3, nell'indicare le cariche alle quali collegare l'esclusione, richiama esclusivamente il comma 1 - l'esclusione per provvedimenti del giudice penale - e non anche il comma 2 - i provvedimenti contenuti nel Codice antimafia. Tale lacuna genera particolari dubbi con riferimento ai soggetti cessati dalla carica l'anno precedente la pubblicazione del bando, ai quali l'art. 38 del previgente Codice riferiva esclusivamente l'esclusione per provvedimenti del giudice penale.

Con riferimento all'ambito di applicazione soggettiva, si rammenti che i motivi di esclusione non devono sussistere in capo ai concorrenti a una procedura di appalto o concessione, nonché - come diretta conseguenza della modifica della disciplina del subappalto - in capo alla terna dei subappaltatori indicati ai sensi dell'art. 105, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016. In tale ultimo caso, se il subappaltatore versa in una ipotesi interdittiva l'esclusione deve essere comminata al concorrente, malgrado la legge delega n. 11/2016 avesse previsto solamente l'obbligo di sostituire il subappaltatore.

La medesima problematica si rinviene con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) nella quale si legge un generico riferimento all'operatore economico e non anche ai cessati.

La falsa dichiarazione

L'ipotesi della presentazione di falsa dichiarazione è disciplinata al comma 12 del citato art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante ne dà un'apposita segnalazione all'Autorità la quale - se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione - dispone l'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto: un evidente inasprimento

della sanzione emerge dall'estensione del periodo massimo di iscrizione all'interno del casellario informatico gestito da ANAC, che viene innalzato sino a due anni – rispetto all'anno previsto dal previgente art. 38 d.lgs. n. 163/2006 – decorso il quale l'iscrizione è comunque cancellata e perde comunque efficacia.

Self Cleaning

Disposizione certamente tra le più innovative è quella di cui al comma 7, che permette al concorrente e al subappaltatore che versa in una delle situazioni escludenti di provare di aver risarcito i danni causati (o di averci provato) e di aver adottato tutti i provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Si ritiene (Guccione) che tale ultima previsione sia una rivoluzione copernicana della disciplina in materia perché in passato l'insussistenza delle cause di esclusione doveva sussistere alla data di presentazione dell'offerta e doveva perdurare fino al momento della stipulazione del contratto (Cfr. in termini, ex plurimis, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Sez. V, sent. 25 maggio 2010, n. 3325; Deliberazione AVCP n. 100 del 29 marzo 2007 e, per il subappaltatore, AVCP, determinazione 12 gennaio 2010, n. 1). Se la stazione appaltante ritiene sufficiente quanto predisposto dall'operatore economico lo stesso non è escluso dalla gara.

L'operatore economico può fornire con qualsiasi mezzo idoneo la prova della propria affidabilità, nonostante la sussistenza della causa di esclusione al momento della partecipazione alla gara.

Peraltro, con riferimento ai reati, tale ancora di salvataggio opera solamente se la condanna definitiva prevede una pena inferiore a 18 mesi o se è stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato.

Questa ultima previsione - a prescindere dalla poca chiarezza nel rinvio agli istituti penalistici e alle conseguenti incertezze applicative che ne discenderanno - non trova alcun fondamento nella Direttiva, che al contrario prevede la deroga per tutte le ipotesi escludenti. Per il legislatore comunitario la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico è rimessa esclusivamente alla discrezionalità della stazione appaltante che deve considerare la gravità e le particolari circostanze del reato, senza prevedere presunzioni assolute quale quella indicata al comma 7 dell'art. 80.

Unico limite comunitario alla deroga consiste nell'esclusione dalle procedure di gara già disposta con sentenza definitiva nel corso del periodo ivi indicato.

Il self-cleaning consiste, in particolare, nella possibilità per gli operatori economici di porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni commesse in passato, mediante la messa a disposizione di misure idonee a dimostrare la permanenza della loro "affidabilità". L'articolo 57 della direttiva 24/2014 sembrerebbe destinato ad avere un'applicazione piuttosto ampia poiché l'operatore può fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti, senza alcun vincolo in relazione all'arco temporale di riferimento. Una lettura in tal senso, supportata anche dal considerando 102 della medesima direttiva, permetterebbe pertanto ai concorrenti di poter dimostrare la propria affidabilità non solo mediante l'adozione di misure *ex ante* (ad es. mediante misure organizzative preventive) ma anche mediante il ricorso a comportamenti capaci di rimediare *ex post* alle conseguenze del reato: così ITACA, Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE cit., p. 90

Dalle predette disposizioni emerge, dunque, che all'interno del nuovo sistema la discrezionalità della stazione appaltante non viene eliminata: ed anzi, se ieri la difficoltà principale era quella di compiere una valutazione sull'incidenza di una sentenza penale rispetto all'appalto da affidare, oggi la valutazione della stazione appaltante esula completamente da qualunque valutazione legata allo specifico appalto da aggiudicare. Al contrario, la valutazione della stazione appaltante dovrebbe oggi

concentrarsi sull'attività riparatoria posta in essere dal concorrente dopo la commissione del reato (ovverosia su di un'attività difficile, obiettivamente, da apprezzare) oppure sull'adozione, da parte del concorrente, di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, in assonanza con quanto previsto all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. Non è chiaro, in ogni caso, se l'adozione di tali modelli sia di per sé sufficiente a concretare la necessaria dissociazione richiesta nei confronti dei soggetti cessati, ai sensi del comma 3 dell'art. 80.

Ai sensi del successivo comma 9 l'operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non potrà invece avvalersi (durante il periodo di esclusione derivante da tale sentenza) della possibilità di essere ammesso alla gara, nemmeno in forza di una positiva valutazione della stazione appaltante. A corollario di tale principio, il comma 10 dell'art. 80 dispone che:

- se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione tale durata è pari a cinque anni;
- se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione ma la pena principale è di durata inferiore a cinque anni, anche la durata dell'incapacità a contrattare è pari alla durata della pena principale.

Ulteriori cause di esclusione

Oltre alle condanne definitive e alle misure antimafia, l'art. 80 elenca una serie di cause di esclusione alcune delle quali inedite rispetto al sistema previgente: la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di diritto ambientale, sociale, sulla salute e sicurezza sul lavoro; il conflitto di interesse fra il concorrente e la stazione appaltante nonché la distorsione alla concorrenza per aver il concorrente partecipato alla preparazione della procedura di gara.

Si ritiene quindi che si possa accedere ad una lettura della norma che consenta di ricondurre le singole fattispecie espulsive a tre gruppi.

1) Ad un primo gruppo appartengono le condotte penali di particolare gravità. Si va, come detto, dai gravi reati associativi (per delinquere, di tipo mafioso ovvero per agevolare l'attività di associazioni mafiose), ai delitti di traffico di stupefacenti o di rifiuti e di contrabbando; dai delitti commessi con finalità di terrorismo anche internazionale, ai delitti contro il patrimonio (riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio), fino allo sfruttamento del lavoro minorile ed alle frodi comunitarie. Per assicurare una stretta al malaffare viene, infine, dato puntuale rilievo ai delitti contro la P.A. (concussione, corruzione, induzione indebita a dare o promettere denaro, istigazione alla corruzione, peculato, traffico di influenze illecite e corruzione tra privati). Sono ovviamente esclusi dalle gare i soggetti che incorrono nei divieti antimafia o per i quali opera una interdittiva in ragione di tentativi di infiltrazione mafiosa. Sotto il profilo soggettivo, si osserva che gli obblighi dichiarativi scattano per tutti i soggetti presenti nella visura camerale dell'impresa, a partire dai consiglieri anche se privi di deleghe, ai sindaci, ai procuratori speciali. Tutti questi soggetti sono tenuti a rendere le dichiarazioni anche se cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando (salvo dimostrare, da parte dell'impresa, la completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata a carico dei medesimi).

2) Un secondo gruppo di cause racchiude le ipotesi di scarsa affidabilità dell'impresa. L'esclusione opera, infatti, se la stazione appaltante possa dimostrare la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro; se l'impresa è in stato di fallimento o oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le

sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga; se la partecipazione dell'impresa determina una situazione di conflitto di interessi con l'amministrazione; se vi è una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento dell'operatore nelle consultazioni preliminari alla elaborazione del bando; se l'impresa è soggetta a sanzioni interdittive che comunque comportino il divieto di contrarre con la P.A.; se l'operatore è iscritto nel casellario informatico Anac per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Capitolo a parte è l'eventualità che l'amministrazione possa dimostrare che l'impresa si sia resa colpevole di gravi comportamenti tali da mettere in dubbio la sua affidabilità (a titolo esemplificativo, carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, il tentativo di influenzare l'andamento della gara). In detto quadro di cause di esclusione è data facoltà ad Anac di intervenire con proprie linee guida per determinare i mezzi adeguati a provare l'inaffidabilità dell'operatore e quali siano le carenze significative ai fini della esecuzione degli appalti.

Per questi due gruppi di cause di esclusione è data la possibilità all'impresa di provare di aver risarcito o di essersi impegnata a risarcire i danni e di aver adottato misure di carattere tecnico ed organizzativo tali da prevenire l'ulteriore commissione di reati o di illeciti (aspetto, quest'ultimo, che rende opportuna l'adozione di modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D.Lgs. 231/2001). In tal caso qualora l'amministrazione ritenga che le misure siano sufficienti, l'impresa non è esclusa della gara.

3) Un terzo gruppo di cause di esclusione riguarda la condotta dell'impresa che ha commesso violazioni gravi definitivamente accertate (cioè contenute in sentenze o atti amministrativi non più impugnabili) agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse per importo superiore a 10.000 euro o agli obblighi contributivi tali da non consentire il rilascio di regolare Durc. Recependo la giurisprudenza formatasi in questi anni, il Codice prevede che sia comunque considerato in regola l'operatore che abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, comprese multe ed interessi.

La correttezza fiscale. L'importanza della certificazione dell'Agenzia delle Entrate

Va evidenziato che l'art. 80, comma 4, prevede che "Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non piu' soggetti ad impugnazione". Tale inciso non era contenuto nel precedente art. 38 e costituisce conferma dell'orientamento pretorio secondo cui occorre che la violazione fosse stata accertata con sentenza passata in giudicato. Pare opportuno riportare sulla questione i passaggi essenziali di una sentenza recente del tar Salerno: "non sfugge al Collegio l'orientamento, autorevolmente sostenuto dal Giudice d'appello, secondo cui "Ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. g), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, i soggetti che abbiano commesso violazioni dei doveri relativi al pagamento di imposte e di tasse, definitivamente accertati, sono legittimamente esclusi dalla partecipazione alle gare di appalto; peraltro, non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante a gara pubblica qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213). Tale orientamento è ribadito in sede pretoria anche dopo l'intervento della successiva disciplina riformatrice, ritenendosi che "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili e un'irregolarità contributiva può ritenersi definitivamente accertata solo quando, alla data di scadenza del termine di proposizione delle domande di partecipazione alla gara, siano scaduti i termini per la contestazione dell'infrazione, ovvero siano stati respinti i mezzi di gravame

proposti avverso la medesima” (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 06 ottobre 2016, n. 2422). Come evidenziato dall’Adunanza Plenaria (n. 15 del 05/06/2013), infatti, “Il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha dettato un parametro quantitativo cui ancorare l’elemento della gravità della violazione (“si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all’importo di cui all’articolo 48bis, commi 1 e 2bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602”). Su altro fronte, il d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44, è intervenuto fornendo una definizione normativa di “definitività” dell’accertamento (art. 1, comma 5, modificativo del comma 2 dell’art. 38 cit.: “*costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili*”), e, al contempo, regolando le situazioni poste in essere precedentemente all’entrata in vigore dello stesso decreto (art. 1, comma 6: “*Sono fatti salvi i comportamenti già adottati alla data di entrata in vigore del presente decreto dalle stazioni appaltanti in coerenza con la previsione contenuta nel comma 5*”). L’autorevole Collegio, nella sua più ampia composizione, ha invero evidenziato l’intervento riformatorio, inteso alla precisazione del concetto di violazione fiscale “definitiva”, alla luce delle precise locuzioni adoperate dal legislatore (“*certi, scaduti ed esigibili*”)...ai fini dell’integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all’art. 38 comma 1, lett. g), Codice contratti pubblici ex d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, non è sufficiente che, entro il termine di presentazione dell’offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario, ma occorre invece che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole; deve pertanto ritenersi che non sia ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell’istanza di rateizzazione” (cfr. Consiglio di Stato sez. V 24 novembre 2016 n. 4960)...Inoltre, va precisato, come sopra accennato, che le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dall’Agenzia delle Entrate, si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni. Spetta, infatti, in via esclusiva all’Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria”.

Aggiungiamo due considerazioni:

- un provvedimento dell’Agenzia delle Entrate che, nell’ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, contempli la falciatura di debitorie fiscali potrebbe valere ai fini della partecipazione alla gara, anche se la norma prevede l’impegno a pagare;
- la definitività dell’accertamento non è pregiudicata da ricorsi che avversano gli atti impositivi successivi all’accertamento (cartelle esattoriali, intimazioni di pagamento, preavvisi di iscrizioni ipotecarie, ecc.)

La correttezza contributiva. L’importanza del DURC

Anche il Durc è sottratto ad apprezzamenti della Stazione appaltante. Si richiamano due recenti sentenze :

Consiglio di Stato sez. V 21 febbraio 2017 n. 777

Rientra nella cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l’impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedura di evidenza pubblica, l’accertamento in via incidentale, ai sensi dell’art. 8 c.proc.amm., circa la regolarità del

DURC, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal concorrente

Consiglio di Stato sez. V 13 settembre 2016 n. 3854

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione, già previsto dall'art. 7 comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 ed oggi recepito a livello legislativo dall'art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, può operare unicamente nei rapporti tra l'impresa concorrente e l'Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett i) del previgente 'Codice dei contratti' ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Si ricordi che il decreto correttivo in corso di approvazione prevede che il DURC (documento unico di regolarità contributiva) deve comprendere la verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato.

La rilevanza delle condanne irrogate dopo l'aggiudicazione

L'art. 108 del nuovo codice modifica le ipotesi in cui le stazioni appaltanti potranno risolvere un contratto pubblico durante il periodo della sua validità, prevedendo, in particolare che lo scioglimento del vincolo contrattuale potrà essere attivato allorché:

- l'aggiudicatario si sia trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1 (risoluzione facoltativa);
- nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta, durante il periodo di validità del contratto, una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al predetto art. 80 (risoluzione obbligatoria).

L'art. 135 del previgente d.lgs. n. 163/2006, nel disciplinare la risoluzione del contratto per reati accertati, si limitava a prevedere che, qualora nei confronti dell'appaltatore fosse intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, per reati di usura e riciclaggio nonché per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, e per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto proporre alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto.

Le nuove disposizioni - richiamando le ipotesi di reato elencate all'art. 80, comma 1 - allargano l'incidenza delle condanne penali riportate dall'appaltatore dopo l'aggiudicazione rispetto alla normativa previgente, introducendovi, tra le altre, le fattispecie della turbata libertà degli incanti punita dall'art. 353 del codice penale nonché il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente punito a norma del successivo art. 353-bis del codice penale

Va inoltre rammentato che lo stesso parere del Consiglio di Stato ha consigliato un maggior rigore negli appalti sotto soglia (art. 36) e quanto ai requisiti morali (art. 80), cui ha aderito il testo definitivo del codice.

Le linee Guida Anac

Sono intervenute le linee guida n. 6, approvate con Delibera n. 1293 del 16.11.2016 recanti << Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di

appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice >>

Si segnala che, in base al punto 7.2 di tale articolato “L’adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato”; inoltre, tra le “Altre situazioni idonee a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità dell’operatore economico per la presentazione delle offerte” il punto 2.1.3.1. inserisce: *“i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”*.

Il decreto correttivo

L’articolo 30 prevede modifiche anche all’articolo 80 del codice. Tali modifiche sono proposte al fine di apportare chiarimenti utili alla corretta applicazione delle disposizioni riguardanti l’esclusione, a garanzia della leale concorrenza tra gli operatori economici.

ART. 30

(Modifiche all’articolo 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)

1. All’articolo 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’alinea del comma 1, le parole: “, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’articolo 105, comma 6,” sono soppresse;

b) al comma 2, primo periodo, dopo le parole: “motivo di esclusione” sono aggiunte le seguenti: “, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3,”;

c) al comma 3, primo periodo, le parole: “L’esclusione di cui al comma 1” sono sostituite dalle seguenti: “L’esclusione di cui ai commi 1 e 2” e, dopo le parole: “legale rappresentanza,” sono inserite le seguenti: “ivi compresi institori e procuratori generali,”;

d) al comma 4, quarto periodo, dopo le parole: “Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015” sono inserite le seguenti: “ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale”;

e) al comma 5:

1) all’alinea, le parole “, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’articolo 105, comma 6,” sono soppresse;

2) dopo la lettera f), sono inserite le seguenti:

“f-bis) l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, documentazione o dichiarazioni non veritiere;

f-ter) l’operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall’Osservatorio

dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti;”;

3) alla lettera i), dopo la parola: “ovvero” è inserita la seguente: “non”;

f) al comma 10, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Nel caso di illeciti diversi da quelli di cui al comma 1, la durata massima dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione non può essere superiore a tre anni decorrenti dal definitivo accertamento giudiziale del fatto costituente l’illecito.”;

g) al comma 12, dopo le parole: “ e negli affidamenti di subappalto”, sono inserite le seguenti: “ ovvero ai fini della qualificazione”

h) dopo il comma 12 è inserito il seguente: “12-bis In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all’Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi del comma 5, lettera g), fino a due anni. Decorso tale periodo l’iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.”.

CASI PRATICI

Tar Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10

La discrezionalità rimessa alla stazione appaltante dalla lett. c) del comma 5 dell’art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – secondo cui deve essere disposta l’esclusione dalla gara della concorrente ove la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che essa si è resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità – attiene non all’individuazione delle fattispecie espulsive – che senz’altro compete al legislatore, in materia di requisiti generali, secondo una elencazione da considerare tassativa – bensì alla riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l’uso di concetti giuridici indeterminati (1).

La sanzione, irrogata ad un operatore economico dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la realizzazione di una intesa restrittiva della concorrenza in occasione di una gara Consip, non può essere astrattamente ricondotta all’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui fa riferimento ad “altre sanzioni” tra le conseguenze che possono derivare dalla violazione dei doveri professionali e, segnatamente, dalle “significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione” (2).

L’art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che disciplina le ipotesi di esclusione dalla gara degli operatori economici, sembra escludere, in termini tendenziali, ogni forma di automatismo derivante dalla perpetrazione delle condotte in grado di incidere sulla moralità professionale, contemplando, in maniera innovativa rispetto all’art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, un meccanismo per così dire riabilitativo (cosiddetto self cleaning), in base al quale, come disposto dal successivo comma 7 dello

stesso art. 80, “Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l’attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso 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”.

(1) Ha chiarito il Tar che la ratio della norma di cui all’art. 80 del nuovo Codice dei contratti, che detta disposizioni relative ai casi di esclusione del concorrente dalla gara pubblica, risiede nell’esigenza di verificare l’affidabilità complessivamente considerata dell’operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell’azione amministrativa, che quest’ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale.

Il citato art. 80 ripropone il contenuto dell’art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, apportando però significative modifiche al testo originario anche per quanto attiene al più specifico ambito dei comportamenti incidenti sulla moralità professionale delle imprese concorrenti. L’art. 38 presentava, infatti, la seguente diversa formulazione: “...secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

Ha chiarito il Tar che la diversità del tratto testuale dell’art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 non è tale da escludere una precisa linea di continuità tra le due previsioni, atteso che persiste in capo alla Stazione appaltante un coefficiente di discrezionalità (cosiddetta monobasica), il cui esercizio comporta l’esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara. Il quadro normativo che connota l’ampia tematica dei requisiti di ordine generale è storicamente caratterizzato da profili di discrezionalità delle stazioni appaltanti, ancorché collocati nella fase nevralgica delle ammissioni/esclusioni dalla gara, che affondano le loro radici nella stessa disciplina comunitaria, anch’essa incline a configurare, sia pure entro certi limiti, diaframmi di discrezionalità in capo alle amministrazioni giudicatrici, segnatamente nelle ipotesi di cosiddetta esclusione discrezionale dalla gara.

Ha aggiunto il Tribunale che il conferimento alle stazioni appaltanti di un diaframma di discrezionalità in sede applicativa affiora, pur in mancanza di una formulazione della norma di segno univoco come quella contenuta nel previgente Codice appalti (laddove si discorreva di “motivata valutazione”), da quanto statuito a proposito della consacrata necessità di dare “dimostrazione con mezzi adeguati” della sussistenza della fattispecie espulsiva, nonché dall’uso di locuzione generiche (“dubbia”, “gravi”) e dalla omessa precisa elencazione di ipotesi escludenti, che il legislatore infatti si limita ad individuare a fini meramente esemplificativi.

(2) Ha ricordato il Tar che, come precisato nel parere n. 2286 del 3 novembre 2016, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema delle Linee guida Anac “indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice”, “possono essere considerate come ‘altre sanzioni’, l’incameramento delle garanzie di esecuzione o l’applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta”. La stessa Commissione speciale ha ancora evidenziato che la previsione di cui all’art. 80 ha una portata molto più ampia in quanto, da un lato, non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa

stazione appaltante, e, dall'altro lato, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente, ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante). Ad avviso del Tar Salerno in tale ventaglio di ipotesi non possono tuttavia rientrare anche i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione peraltro di una precisa scelta, se si pensi che non sono state riprodotte, nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza.

Ha aggiunto il Tribunale che la lett. c) del comma 5 dell'art. 80 non si presta ad una interpretazione estensiva o analogica, in quanto risulterebbe in contrasto con le esigenze di favor participationis che ispirano l'ordinamento in subiecta materia. In conclusione, l'ampia e generica dicitura della norma non consente di includere nello spettro applicativo della stessa anche il provvedimento sanzionatorio posto a base dell'avversata determinazione, avendo il legislatore ricollegato le "altre sanzioni" a comportamenti inadempienti che alcuna attinenza hanno con quelli lesivi della concorrenza. L'irrogazione di una sanzione da parte dell'Authority Antitrust non può quindi consolidare alcuna fattispecie escludente di conio normativo e pertanto si configura la lamentata violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 2 febbraio 2017 n. 234

1. L'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016, nel codificare i principi, di elaborazione giurisprudenziale, di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica, di massima partecipazione alle gare di appalto e di interpretazione in quest'ottica delle clausole ambigue della *lex specialis*, ha inteso evitare esclusioni per violazioni meramente formali, costituendo "cause di esclusione" soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge (1).

2. E' nulla – ai sensi dell'art. 83, comma 8, D.lgs. n. 50/2016 – la clausola di una lettera d'invito per l'appalto di servizi la quale prevede che l'attestazione di avvenuto sopralluogo è richiesta a pena di esclusione, non essendo riconducibile alle cause tassative di esclusione previste da detta disposizione, non rinvenendosi alcuna norma imperativa che per gli appalti di servizi imponga in termini di divieto o di obbligo un siffatto adempimento (2).

3. Nelle gare d'appalto l'obbligo di dichiarare l'assenza dei "pregiudizi penali" è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti (3).

T.A.R. L'Aquila (Abruzzo) sez. I 13 marzo 2014 n. 240

Nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.lg. 163/2006 deve essere attestato anche in relazione al soggetto incaricato delle attività di progettazione dal soggetto partecipante, posto che la ratio agevolatrice della prevista possibilità di indicazione del progettista non può incidere sulla necessità che sia garantita l'affidabilità o l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricade l'eventuale responsabilità da inadempimento.

T.A.R. Firenze (Toscana) sez. II 06 marzo 2014 n. 448

Deve escludersi che l'obbligo di dichiarazione ex art. 38 del codice appalti sia riferibile anche ai progettisti indicati dall'aggiudicataria; e la contraria opzione non pare rispettosa né dell'impianto di tale disposizione normativa, che prescrive il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali in capo ai soli vertici del soggetto imprenditoriale, né delle ragioni di certezza giuridica che, a maggior ragione, dopo la recente riformulazione dell'art. 46 del codice appalti, implicano l'esigenza che la materia dell'ammissione alle gare d'appalto sia fatta poggiare su basi il più possibile oggettive e su un numero chiuso, tassativamente predeterminato, di motivi di esclusione.

Cons. Stato Sez. V, 03-02-2016, n. 405

Nelle gare pubbliche la norma di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) è ispirata dalla duplice esigenza di assicurare la par condicio dei concorrenti ed il favor participationis e di consentire alla stazione appaltante la stessa verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti di moralità in capo ai concorrenti (Conferma della sentenza breve del T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 16 febbraio 2015, n. 382).

AVVALIMENTO DEI REQUISITI GENERALI ?

T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 11-01-2016, n. 16

In tema di gare di appalto pubblico, anche se all'istituto dell'avvalimento deve essere riconosciuta portata generale, resta salva, tuttavia, l'infungibilità dei requisiti ex artt. 38 e 39 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), in quanto requisiti di tipo soggettivo, intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'amministrazione.

Si ricordi però che ora l'art. 110 del nuovo codice, al comma 5, prevede che *“L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi: a) se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; b) se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida”*.

INTERPRETAZIONE DELL'ART. 38

Cons. Stato Sez. V, 02-12-2015, n. 5451

In materia di partecipazione alle gare pubbliche la disciplina dettata dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) non lascia spazi interpretativi al Giudice, essendo una disciplina compiuta finalizzata a tutelare l'interesse pubblico di contrarre con soggetti moralmente corretti, affidabili dal punto di vista della moralità professionale, e di reprimere e prevenire fenomeni patologici di notevole gravità che possono pregiudicare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa nel delicato settore degli appalti (Conferma della sentenza del T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 4 marzo 2015, n. 204).

CONCEZIONE SOSTANZIALISTICA

T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 19-11-2015, n. 821

Nelle gare pubbliche, in sede di verifica sostanzialistica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice degli appalti), occorre riferirsi ai soggetti che, oltre a rivestire lo status di amministratore, siano comunque dotati di poteri di rappresentanza tali da qualificare l'intera compagine (secondo una concezione sostanzialistica).

T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 19-11-2015, n. 821

Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, l'obbligo dichiarativo ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) è limitato agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza, con esclusione dei procuratori speciali o ad negotia ex art. 2203 c.c..

T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 12-01-2016, n. 114

In tema di dichiarazione sul possesso dei requisiti per la partecipazione a gare d'appalto ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), in caso di omessa dichiarazione di precedenti penali, non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione (con la precisazione che solo se la dichiarazione sia resa sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del bando non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa) (Conforme alla sentenza del Tar Campania, Napoli, n. 111/2016).

Cons. Stato Sez. III, 17-11-2015, n. 5240

Ai fini della partecipazione alle gare pubbliche per i procuratori speciali muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti a una pluralità di oggetti devono trovare applicazione le previsioni sull'obbligo di dichiarazione dell'assenza di cause ostative ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, Codice degli appalti (anche se, qualora il bando non contenga specifiche comminatorie, l'esclusione dell'impresa può essere disposta non già per la mera omissione della dichiarazione, ma solo per l'effettiva assenza del requisito in capo a tali procuratori) (Riforma della sentenza del T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, n. 236/2015).

Art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 e omissione dell'onere dichiarativo non previsto dalla *lex specialis*

Consiglio di Stato sez. V 29 ottobre 2014 n. 5377

L'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui definisce gli obblighi di dichiarazione dei partecipanti a gare pubbliche, va inteso dando prevalenza all'interpretazione tassativa e non analogica delle cause di esclusione, con la conseguenza che, ove la *lex specialis* non contenga una specifica comminatoria di esclusione, questa deve essere disposta non per omessa dichiarazione, ma solo se è stata effettivamente riscontrata l'assenza del relativo requisito.

Cons. Stato Sez. III, 07-01-2015, n. 25

In tema di omissione di un onere dichiarativo non sancito dalla legge di gara, in relazione al quale vale il principio secondo cui la Pubblica Amministrazione è rigidamente vincolata dalla *lex specialis* e non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle ivi espressamente previste, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 Cost. Deve in tal caso prevalere una visione sostanzialistica, che ammette l'esclusione solo laddove, in concreto, il soggetto di cui si tratti sia privo dei requisiti morali previsti dall' art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ulteriore questione analizzata nella pronuncia in commento riguarda l'omissione dell'onere dichiarativo non previsto dalla *lex* di gara, laddove essa ha limitato la dichiarazione dei requisiti

soggettivi di idoneità morale, ex art. 38, 1° comma, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006, soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza e al direttore tecnico, con la conseguenza che il socio di maggioranza (di società a responsabilità limitata) della mandante Rti non aveva provveduto a presentare la detta dichiarazione. Vale rilevare, in punto di fatto, che in sede processuale è stato dimostrato che tale soggetto non aveva riportato alcun provvedimento penale che lo escludesse dalla partecipazione alle gare.

Il Collegio giudicante, seguendo l'orientamento della Adunanza plenaria n. 10/2012(11), adotta un approccio sostanzialistico in forza del quale rileva che qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima può essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38, 1° comma, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

PRECEDENTI PENALI

Consiglio di Stato sez. IV 3.5.2016 n. 1717

E' onere di chiunque si accinga a rendere una dichiarazione autocertificativa ai sensi del d.P.R. nr. 445 del 2000, avente a oggetto l'esistenza o meno di precedenti penali a proprio carico, di procedere a "visura" di tutte le iscrizioni esistenti a proprio carico nel casellario giudiziale, attraverso lo strumento disciplinato dall'art. 33 del d.P.R. 14 novembre 2002, nr. 313, che consente a qualsiasi cittadino di conoscere – ancorché senza valore certificativo – anche le condanne assistite dal beneficio della non menzione.

L'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui ammette la sostituzione dell'impresa ausiliaria in corso di gara, è certamente innovativo rispetto all'assetto previgente, laddove il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva del concorrente era esteso anche all'ipotesi di avvalimento: pertanto, non se ne può in alcun modo predicare un carattere *self executing* rispetto a procedura indetta in epoca addirittura anteriore al varo della direttiva in questione.

SOCIO DI MAGGIORANZA

T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 12-01-2016, n. 122

L'art. 38, comma 1, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice degli appalti), s.m.i., nella parte in cui non consente la partecipazione alle gare d'appalto delle società in cui il socio di maggioranza versi nelle condizioni di cui alle lett. b), c) e m) ter, si riferisce, per quanto riguarda l'obbligo di presentare le dichiarazioni sostitutive, solo al socio che appunto detenga la maggioranza del capitale sociale, espressione da intendersi sia come socio titolare di più del cinquanta per cento del capitale stesso, sia come due soci titolari ciascuno del cinquanta per cento del capitale sia, se i soci sono tre, come socio titolare del cinquanta per cento.

IMPRESA CEDENTE

T.A.R. Genova (Liguria) sez. II 21 marzo 2014 n. 453

Secondo la lettera dell'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici, l'obbligo dichiarativo (che, secondo l'impostazione fatta propria dall'Adunanza plenaria, N. 10/2012 riguarda anche i soggetti dell'impresa cedente) riguarda, nel caso di società di capitali, gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, il direttore tecnico, il socio unico persona fisica ovvero il «socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci». La disposizione non chiarisce se l'accertamento dell'insussistenza di cause di esclusione e il connesso onere dichiarativo debbano intendersi circoscritti al socio persona fisica ovvero riguardino anche i soci persone giuridiche; a questo riguardo va accolta l'interpretazione secondo cui la prima soluzione si impone «in coerenza

con la ratio sottesa alle scelte del legislatore in quanto, diversamente argomentando, risulterebbe del tutto illogico limitare l'accertamento de quo alla sola persona fisica nel caso di socio unico ed estendere, invece, l'accertamento alle persone giuridiche nel caso di società con due o tre soci, ove il potere del socio di maggioranza, nella compagine sociale, è sicuramente minore rispetto a quello detenuto dal socio unico.

AFFITTO D'AZIENDA

Consiglio di Stato - Sezione V - Sentenza 3 febbraio 2016, n. 412

Se è pur vero che nel codice degli appalti manca una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione o affitto d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici della cedente (atteso che l'art. 51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo d'azienda successiva all'aggiudicazione della gara), tuttavia non è neppure dubitabile che l'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice si applica anche ad ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono. Peraltro, l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire altrimenti un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti. Infatti, anche nel contratto di affitto di azienda non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata, ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la "reversibilità" degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale. Anche tale fattispecie, quindi, rientra per analogia tra quelle che soggiacciono all'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, riguardante anche gli amministratori e i direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione d'azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando. Con la conseguenza che l'omessa presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163-2006 da parte degli amministratori e dei direttori tecnici della società che ha dato in affitto il ramo d'azienda determina l'esclusione dalla gara, non potendo operare il c.d. soccorso istruttorio, non essendo consentita la produzione tardiva della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa.

Cfr. in senso analogo, Consiglio di Stato - Sezione IV - Sentenza 21 dicembre 2015

Consiglio di Stato sez. IV 20 maggio 2014 n. 2556

Ai sensi dell'art. 51, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, a seguito della dichiarazione di cessione o affitto dell'azienda, ovvero in caso di trasformazione, fusione o scissione della società, il soggetto cessionario o affittuario è ammesso alla gara pubblica, all'aggiudicazione o alla stipulazione, ma previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 62, anche in ragione della cessione.

PROCURATORI AD NEGOTIA E DIRETTORI TECNICI

T.A.R. Bologna (Emilia-Romagna) sez. I 26 marzo 2015 n. 315

Il regime delle cause di esclusione di cui al codice dei contratti pubblici non può essere ricavato - laddove non vi sia nella lex specialis alcuna disposizione che commini espressamente l'esclusione per

mancata presentazione, da parte dei procuratori ad negotia, delle dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, dunque in violazione del principio di tassatività e del favor participationis - mediante un'interpretazione estensiva che abbia a oggetto una prescrizione relativa al certificato delle C.C.I.A.A.; tuttavia, in questa ipotesi, rientrerà nel potere discrezionale della stazione appaltante - ove ritenesse che l'ampiezza delle procure di taluni fosse di tali proporzioni da renderli assimilabili ad amministratori muniti di rappresentanza - richiedere un'integrazione documentale con le dichiarazioni relative a detti procuratori e ciò perché se, da una parte, il procuratore ad negotia non è un amministratore e non è contemplato dall'art. 38 del Codice dei contratti (ove però abbia poteri così ampi, in concreto, da sostanzialmente governare l'impresa, l'esclusione non potrà aversi che per mancanza del requisito di moralità e non per difetto della dichiarazione), dall'altra, in presenza di un soggetto con tali caratteristiche, l'Amministrazione ha il potere-dovere di procedere al soccorso istruttorio, per verificare se il medesimo si trovi o meno nelle situazioni previste dall'art. 38, prima di adottare qualsiasi tipo di provvedimento sanzionatorio in capo all'impresa partecipante, con la conseguenza che la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 cit. non dovrà contenere la menzione di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante accesso a banche dati ufficiali o registri pubblici, ed in particolare dalla dichiarazione di iscrizione alle C.C.I.A.A. prodotta in gara.

T.A.R. Roma (Lazio) sez. III 15 aprile 2014 n. 4050

La figura del preposto alla gestione tecnica, ex d.m. 7 luglio 1997, n. 274, non è di per sé assimilabile a quella del direttore tecnico, menzionata dall'art. 38 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, la quale è identificabile nella posizione apicale che è dotata della titolarità di significativi poteri in grado di orientare, in ambito tecnico, le scelte dell'ente cui appartiene con la possibilità di "operare in nome e per conto dell'impresa. La non assimilabilità della figura del preposto alla gestione tecnica a quella del direttore tecnico impedisce di estendere al primo le cause di esclusione dalla gara specificamente previste dall'art. 38 d.lg. cit. per il secondo dovendosi, a tal fine, dare assoluta prevalenza al tenore letterale del citato art. 38 quale garanzia del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

Consiglio di Stato sez. V 29.4.2016 n. 1641

È univoco e consolidato l'orientamento giurisprudenziale, da cui non sussistono giustificati motivi per qui discostarsi, a mente del quale l'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 è legittima e compatibile con la direttiva appalti n. 2004/18/CE, rilevante *ratione temporis* in questo giudizio (cfr., Cons. Stato, V, 28 settembre 2015 n. 4511). Inoltre, l'esclusione non può essere evitata con la produzione della documentazione in un momento successivo (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, n.42-2013). Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, invero, obbligano l'Amministrazione ad escludere un operatore che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista dalla *lex specialis* a pena di esclusione, e non vi è possibilità, contrariamente a quanto dal afferma l'appellante, d'invocare il soccorso istruttorio né il c.d. falso innocuo (Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6336).

FATTI INCIDENTI SULLA MORALITA' PROFESSIONALE

T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 10-12-2015, n. 5717

In conformità ai principi generali sulla motivazione dei provvedimenti ampliativi, l'Amministrazione, qualora ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente ad una procedura di gara non sia

incisivo sulla sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicitamente o per "facta concludentia", ossia attraverso l'ammissione alla gara dell'impresa stessa, a differenza della valutazione di gravità che, avendo efficacia escludente, richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale. In sostanza, il motivato giudizio di valore in ordine al reato commesso e dichiarato dal legale rappresentante della ditta aggiudicataria va reso dalla stazione appaltante qualora sia ritenuto grave e incidente sulla moralità professionale e sia, dunque, tale da comportare l'esclusione della concorrente ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti. Qualora, viceversa, non sia ritenuto incidente sulla moralità la stazione appaltante non è tenuta ad esplicitare le ragioni in base alle quali ammette un concorrente alla gara.

Cons. Stato Sez. IV, 25-05-2015, n. 2589

L'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorabile trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la gara. In caso contrario, invece, il giudizio d'inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante a una gara pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni

NORME IN MATERIA DI SICUREZZA (LETT. E)

Consiglio di Stato sez. VI 06 agosto 2012 n. 4519

L'art. 38 del d.lg. n. 163 del 2006, nella parte in cui prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara coloro "che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio", non impone la sussistenza di una violazione "definitivamente accertata". L'espressione "debitamente accertate" deve, infatti, essere intesa nel senso che è sufficiente che si riscontri una infrazione che sia stata oggetto di una autonoma verifica da parte dell'amministrazione. (Conferma Tar Emilia Romagna Bologna, sez. II, n. 90/2012).

IMPOSTE E TASSE

T.A.R. Salerno (Campania) sez. II 23 dicembre 2011 n. 2078

L'art. 38 comma 1 lett. g), d.lg. n. 163 del 2006 esclude dalle procedure di affidamento di contratti pubblici i concorrenti che hanno commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui essi sono stabiliti; su tale norma si esclude un significato rigidamente preclusivo, nel senso della sua applicabilità nei confronti di qualsivoglia inadempimento tributario, giacché esso si tradurrebbe in un irragionevole e non proporzionato pregiudizio per il principio comunitario e costituzionale di libera concorrenza, che non può essere conculcato per il sol fatto che si configurino, a carico di un'impresa, debiti tributari definitivamente accertati, dai quali non discenda un oggettivo pericolo circa l'affidabilità e la solidità finanziaria della stessa.

DURC (regolarità contributiva)

Cons. Stato Sez. V Ordinanza, 21-10-2015, n. 4799

Viene rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero al giudice ordinario, accertare la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

Cons. Stato Sez. V Ordinanza, 21-10-2015, n. 4799

Viene rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del d.u.r.c. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato quindi conferma l'irrilevanza della regolarizzazione postuma in caso di DURC negativo.

Cons. St., A.P., 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6

Oggetto del contrasto giurisprudenziale è l'incidenza nella materia dei contratti pubblici della disposizione dell'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, per la quale «Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità».

Anche dopo l'entrata in vigore della norma, l'Adunanza ribadisce che non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale in una procedura ad evidenza pubblica, dovendo l'impresa deve 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. Rimane, dunque, irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione, in caso di preavviso di DURC negativo, opera solo nei rapporti tra impresa e ente previdenziale, e nei confronti del solo DURC richiesto dall'impresa, non anche dal DURC richiesto per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione sui requisiti per la partecipazione ad una gara pubblica.

Non è possibile, in altre parole, interpretare tale disposizione come ha fatto la sezione rimettente, ossia nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto) alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che, nonostante tale invito, perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

TAR Lazio Roma sez. I ter 2.5.2016 n. 4972

Eventuali errori contenuti nel DURC, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, vanno devoluti alla cognizione del giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria.

Infatti, ciò che forma oggetto di valutazione ai fini del rilascio del certificato è la regolarità dei versamenti e in questo ambito non viene in rilievo un rapporto pubblicistico, bensì un rapporto obbligatorio previdenziale di natura privatistica.

In altri termini, il rapporto sostanziale di cui il DURC è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici, per cui il sindacato sullo stesso esula dall'ambito della giurisdizione, ancorché esclusiva, di cui è titolare il giudice amministrativo in materia di appalti (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1321/2015; Sez. V, n. 2683/2013).

Trova (..) applicazione il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012 secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006: secondo tale approdo, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare da quella 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.

Decisione n. 10 del 25.5.2016 dell'Adunanza Plenaria

Questa volta il Supremo Giudice Amministrativo ha risolto due questioni.

La prima, di natura squisitamente processuale, relativa alla possibilità o meno del Giudice Amministrativo in tema di regolarità contributiva.

Sul punto ha chiarito che “rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale”.

La seconda questione risolta inerisce (nuovamente) la possibilità o meno di considerare l'art. 31 comma 8 del DL 69/2013 (cd. Decreto del Fare) abrogativo, implicitamente, dell'art. 38 del “vecchio” Codice, consentendo una sanatoria postuma di posizioni contributive irregolari per operatori economici affidatari di commesse pubbliche.

Il Collegio, sul punto, ha ritenuto che il quesito possa essere risolto rinviando al principio di diritto espresso da questa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 (Commentate anche su questo portale) secondo cui “Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, 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. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed 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) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto".

Pertanto, è stato definitivamente chiarito che l'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante.

Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità contributiva.

Ordinanza TAR Toscana sez. I 21.4.2016 n. 187

La giurisprudenza nazionale è stabilmente orientata nel senso che il requisito della regolarità fiscale deve essere mantenuto per tutto l'arco di svolgimento della gara e fino al momento dell'aggiudicazione, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi, giacché l'ammissibilità della regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, con conseguente violazione della par condicio. Secondo l'impostazione invalsa, comportano dunque l'esclusione anche i debiti insorti successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, e il concorrente non potrebbe utilmente invocare la circostanza di aver definito la procedura di rateizzazione in un momento anteriore alla revoca dell'aggiudicazione (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681 e i precedenti ivi richiamati; Cons. Stato, A.P., 20 agosto 2013, n. 20, in fattispecie sovrapponibile a quella per cui è causa).

IL CD. FALSO INNOCUO

TAR Lazio Roma sez. II ter 8.1.2016 n. 173

Secondo un primo orientamento, la mancata dichiarazione dei requisiti di partecipazione (con particolare riguardo a quello, che viene qui in considerazione, dell'assenza di condanne penali) sarebbe in grado di determinare ex se l'esclusione dalla gara, a prescindere dalla verifica in concreto delle sussistenze dei requisiti necessari, con la conseguenza che l'omessa dichiarazione delle sentenze di condanna comporterebbe sempre la non veridicità della dichiarazione, determinando l'esclusione dell'impresa (Cons. stato, sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068). Una diversa impostazione, che si contrappone al citato orientamento, attribuisce rilievo centrale al dettato della lex specialis, distinguendo i casi in cui essa richiede di dichiarare tutte le condanne riportate da quelli in cui è genericamente prevista una dichiarazione relativa all'assenza di cause impeditive: nel secondo caso (dichiarazione sull'assenza di cause impeditive), la pretesa incompletezza della dichiarazione, nella quale non venga fatta menzione di tutti i precedenti penali, non potrebbe comportare l'esclusione ope legis dalla gara, laddove all'omissione non corrisponda la sostanziale carenza del requisito (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2011, n. 1795).

In questa ottica, è stato anche precisato che il concorrente potrebbe omettere di fare menzione dei precedenti penali che non ritiene idonei a comprometterne, secondo l'id quod plerumque accidit, la moralità professionale, cosicché non potrebbe in ogni caso essere qualificata come falsa una dichiarazione fondata su una valutazione di carattere soggettivo (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082).

Il Collegio condivide questo secondo orientamento, meno rigoroso e formalistico, incline al favor participationis ed in sintonia anche con la ratio sottesa ai più recenti interventi del Legislatore in materia di appalti pubblici. Applicando le suesposte coordinate al caso di specie, ne consegue che l'omessa dichiarazione della condanna penale da parte dell'amministratore unico della società aggiudicataria (per reato di guida in stato di ebbrezza) avrebbe potuto essere sanzionata con l'esclusione dalla gara solo in presenza di un obbligo stringente imposto dal bando; diversamente, infatti, il concorrente poteva ritenersi esonerato dal dichiarare l'esistenza di condanne per infrazioni penalmente rilevanti, ma di lieve entità (Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1799).

Il Collegio non ignora il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, in materia di cause di esclusione dalle gare per reati incidenti sulla moralità professionale, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della P.A. e deve essere valutata attraverso la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato, non potendo la stessa concorrente valutare da sé quali reati siano rilevanti ai fini della dichiarazione da rendere, ciò implicando un giudizio inevitabilmente soggettivo, inconciliabile con la finalità della norma (Consiglio Stato sez. V, 12 aprile 2007, n. 1723; Consiglio di Stato, sez. V, 06 marzo 2013, n. 1378). Tuttavia – aderendo sul punto all'orientamento meno rigoroso e formalistico (v. anche C.d.S., sez. III, sent. 507/2014) - allorché la dichiarazione sia resa sulla scorta di una formulazione del bando ambigua ed equivoca (come nella fattispecie) ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione stessa del bando, non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa (C.d.S., sez. V, 26.1.2011, n. 550, Consiglio di Stato, sez. VI, 01/02/2013, n. 634).

Nel caso di specie, peraltro, il bando non conteneva al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, tale non potendosi considerare quella in calce al punto A.1 del disciplinare, che, laddove prevede che "tutte le suddette dichiarazioni vanno rese dall'operatore economico concorrente ...", rende applicabile l'esclusione stessa in caso di assenza della dichiarazione e non in ipotesi di dichiarazione negativa od incompleta. La disposta esclusione avrebbe potuto, pertanto, essere disposta soltanto là dove fosse stata effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione; vale a dire, non per l'insussistente ipotesi di omessa o falsa dichiarazione, bensì soltanto dopo che l'Amministrazione, in sede di verifica dei requisiti soggettivi, avesse accertato l'esistenza di condanne penali, per la presenza di gravi reati incidenti sulla moralità professionale; previo, cioè, un giudizio valutativo della Stazione appaltante circa la gravità dei reati emersi e circa la loro incidenza sulla moralità professionale: giudizio, questo, ch'è del tutto mancato nel caso in questione. Il Collegio, aderendo all'orientamento più volte citato, ritiene che il rigore formalistico (per cui una dichiarazione inaffidabile, perché incompleta, sarebbe di per sé lesiva degli interessi considerati dal Legislatore, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o meno, nella sostanza, di partecipare alla gara) debba cedere, come si è sopra chiarito, in presenza di una scusabilità dell'errore riconducibile a formulazioni degli atti di gara che possono indurre dubbi interpretativi, tanto più che vige oggi la regola della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1 bis, Codice dei contratti, che s'ispira ad un criterio sostanzialistico e riafferma il *favor participationis* (v. Consiglio di Stato, sez. III, n. 2006/2013; ibidem n. 507/2014); principio che ha trovato ulteriore conferma nel comma 3 dell'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 114 del 2014.

SOCCORSO ISTRUTTORIO

ARTT. 38, COMMA 2 Bis, 46 D.LGS. N. 163 DEL

2006

ART 83, COMMA 9 D.LGS. N. 50 DEL 2016

ART 38, COMMA 2 BIS D.LGS N. 163

DEL 2006

2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. (comma introdotto dall'art. 39, comma 1, DL 90/2014 in vigore dal 5/06/2014, quindi integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19/08/2014).

ART 46 D.LGS N. 163 DEL 2006

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. (comma introdotto dall'art.4, comma 2, lett.d) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011).

1-ter. Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara. (comma aggiunto dall'art. 39, comma 2, DL 90/2014 in vigore dal 25/06/2014, quindi integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19/08/2014).

NUOVA DISCIPLINA

Il soccorso istruttorio è ora disciplinato dall'articolo 83, comma 9 del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50

ART 83, COMMA 9, D.LGS. N. 50 DEL 2016

Le carenze di **qualsiasi elemento** formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del **documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85**, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a **5.000 euro**. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, **da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione**. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante **ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione**. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

BREVI CENNI SULL'ISTITUTO
D.LGS. 163/2006

Con l'istituto giuridico del soccorso istruttorio nell'alveo degli appalti pubblici si offre la possibilità all'impresa che vi partecipa di integrare dei documenti che appaiono incompleti o di chiarirne i contenuti.

Attraverso il sostanziale ribaltamento dell'impostazione previgente, che configurava il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante come eccezione rispetto ad una regola diversamente orientata, infatti, lo *ius superveniens* ha procedimentalizzato l'istituto in esame che è divenuto doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in gara, riconnettendo la sanzione dell'esclusione dalla procedura unicamente all'omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante, e non più a carenze originarie.

Al pari delle Istituzioni comunitarie, il legislatore italiano ha con tale disciplina perseguito un obiettivo di semplificazione e razionalizzazione delle procedure di gara con riferimento alle compilazione e alla successiva valutazione delle domande di partecipazione.

All'ampliamento del campo di applicazione del soccorso istruttorio, ha corrisposto una drastica limitazione del potere/dovere della stazione appaltante di estromettere il concorrente in presenza di vizi pur rilevanti, ma non sostanziali.

NOVITÀ INTRODOTTE

ARTT. 83, COMMA 9,

D.LGS. 50/2016

L' art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016, ha modificato la precedente disciplina del soccorso istruttorio sotto diversi aspetti.

In primis è aggiunto il riferimento alla mancanza, incompletezza, o altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo ex art. 85, con esclusione di quelli afferenti all'offerta

tecnica ed economica. Risulta notevolmente ridotta la pena pecuniaria prevista nei casi sopra indicati, che non può essere superiore ad €. 5,000 a fronte dei 50.000 euro prima previsti. Ulteriore novità si rinviene nella previsione a norma della quale nei casi di irregolarità formali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione.

Vengono poi, indicate quali irregolarità essenziali, non sanabili, le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Rimane ferma la precisazione che il soccorso integrativo non potrà consentire la regolarizzazione/integrazione di mancanze, l'incompletezze e altre irregolarità essenziali "afferenti all'offerta tecnica ed economica". Fatto salvo, a sommosso avviso, il caso in cui non sia in dubbio la paternità/riconducibilità delle offerte perché in questo caso dovrebbe ritenersi ammessa la regolarizzazione senza sanzione. Cambia soprattutto il secondo periodo della norma. Il nuovo testo precisa che con l'integrazione, l'appaltatore dovrà dimostrare l'avvenuto pagamento della sanzione. Ora proprio questo inciso dovrebbe, oggettivamente, portare a dubitare pertanto che la sanzione sia dovuta anche nel caso in cui l'appaltatore non proceda con l'integrazione richiesta.

Il problema è che il primo periodo come visto, sul punto, rimane praticamente immutato avallando l'attuale interpretazione giurisprudenziale che ritiene che la sanzione sia dovuta a prescindere come conseguenza della violazione (da ultimo il Tar Parma, sentenza n. 66/2016: << consapevole che l'Anac ha adottato una diversa lettura ermeneutica, rilevando che "La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera onnicomprensiva. (...) In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio (in senso adesivo, si veda l'ordinanza cautelare del Tar Emilia-Romagna, Parma, n. 142 del 2015). Tuttavia, il Tribunale ritiene di non poter condividere questa soluzione interpretativa per le seguenti ragioni.

In primo luogo, soccorre l'argomento testuale. Il comma 2 bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, infatti, chiarisce che è la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale nelle dichiarazioni sostitutive volte ad accertare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, in sé per sé considerate, ad obbligare il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara.

Qualora l'irregolarità in cui è incorso il concorrente sia essenziale, infatti, la disposizione prevede, da un lato, il pagamento della sanzione pecuniaria nell'importo stabilito dal bando di gara e garantito dalla cauzione provvisoria, dall'altro, che la stazione appaltante assegni al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Se poi il termine decorre inutilmente, senza che il concorrente provveda alla regolarizzazione o integrazione richiesta, questi verrà altresì escluso dalla procedura di gara.

In conclusione, appare evidente dalla lettera della disposizione che l'essentialità dell'irregolarità determina in sé per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dalla circostanza che questi aderisca o meno all'invito, che la stazione appaltante deve necessariamente fargli, di sanare detta irregolarità.

Solamente quando l'irregolarità non è essenziale, il concorrente non è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria e la stazione appaltante al soccorso istruttorio.

L'esclusione, invece, è una conseguenza sanzionatoria diversa e in parte autonoma da quella pecuniaria, nel senso che il concorrente vi incorrerà solamente in caso di mancata ottemperanza all'invito alla regolarizzazione da parte della stazione appaltante.

In secondo luogo, ritiene il Collegio che questa lettura ermeneutica sia avvalorata dalla ratio della disposizione esaminata, la quale, come si è detto, è da ravvisare, indubbiamente, nell'esigenza di superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio, che è diventato doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, anche "essenziale".

Il legislatore, insomma, ha voluto evitare, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, imponendo un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, e autorizzando la sanzione espulsiva solo quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante.

In tal modo, si è proceduto alla dequalificazione delle irregolarità dichiarative da fattori escludenti a carenze regolarizzabili >>.

Cambia anche il terzo periodo (tab. 3) in cui il legislatore ha preferito specificare che nel caso di irregolarità non sanzionabili ma sanabili il procedimento di integrazione/correzione è identico senza, però, che l'appaltatore venga chiamato a pagare la sanzione. In caso di inutile decorso del termine senza l'integrazione, l'appaltatore deve essere escluso. Anche in questo caso non si richiama la circostanza del mancato pagamento quasi a voler ribadire che questo sia dovuto a prescindere. Rimane immutata anche la norma sulla invariabilità della soglia di anomalia una volta definite le integrazioni/regolarizzazioni (si rammenta che secondo la giurisprudenza, tale momento coincide con l'aggiudicazione definitiva).

Rimane infine ferma la novità dell'ultimo periodo sulla configurazione delle carenze sanabili con sanzione. In questo senso, l'ultimo periodo del comma puntualizza che "costituiscono irregolarità essenziali le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del o dei soggetti responsabili della stessa".

CASI PRATICI

T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 12-01-2016, n. 111

Anche in assenza di un'espressa comminatoria nella lex specialis, stante la sua eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione alle gare pubbliche le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale.

Cons. Stato Sez. VI, 04-01-2016, n. 15

In materia di gare pubbliche dopo le modifiche introdotte all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) dal suo nuovo comma 2 bis si ha che, in caso di mancanza, di incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, l'esclusione dell'offerta consegue solo se tali

dichiarazioni non vengano prodotte o integrate entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (Conferma della sentenza del T.a.r. Abruzzo, sez. I, n. 413/2015).

Cons. Stato Sez. V, 02-12-2015, n. 5450

DETERMINA ANAC 1/2015

Il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, ha modificato con l'art. 39, rubricato «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici», gli articoli 38 e 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito Codice), che riguardano – rispettivamente – i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari nonché la tassatività delle cause di esclusione. Per effetto di tale novella legislativa, è stato inserito nell'art. 38 del Codice, il nuovo comma 2-bis, ai sensi del quale «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte». Nell'art. 46 del Codice è stato, invece, inserito il comma 1-ter a tenore del quale «le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara. Le predette disposizioni, ai sensi del citato art. 39 del d.l. 90/2014, conv. in l.114/2014, si applicano alle sole procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge. La formulazione delle disposizioni in esame necessita di chiarimenti – con particolare riferimento all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alla «mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive» ed alle «irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili» di cui all'art. 38, comma 2-bis – e di coordinamento normativo, avendo riguardo all'impatto della novella normativa sulle cause tassative di esclusione, così come previste dalla normativa previgente – non modificata dalla nuova norma – e specificate nella determinazione dell'Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012, integrata e modificata dalla presente per le parti incompatibili (alla luce della nuova disciplina sul soccorso istruttorio e delle indicazioni al riguardo fornite con il presente atto). È ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarità essenziale il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso art. 38, comma 1, del Codice. In sintesi le carenze essenziali riguardano l'impossibilità di stabilire se il singolo

requisito contemplato dal comma 1 dell'art. 38 sia posseduto o meno e da quali soggetti (indicati dallo stesso articolo). Ciò che si verifica nei casi in cui:

- a. non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice;
- b. la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;
- c. la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno. Stante il tenore della disposizione di cui all'art. 38, comma 2-bis, secondo cui la sanzione è fissata "in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro", le stazioni appaltanti sono tenute a fissare negli atti di gara l'importo della sanzione (entro i limiti normativamente previsti), in modo da autovincolare la loro condotta a garanzia dell'imparzialità e della parità di trattamento nei confronti delle imprese concorrenti. Con specifico riferimento agli appalti suddivisi in lotti, la sanzione deve essere commisurata all'importo del lotto per cui si concorre. La descritta nuova disciplina in ordine alla dimostrazione dei requisiti di ordine generale in gara, ha importanti riflessi anche sul soccorso istruttorio riferito ad elementi e dichiarazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 38 del Codice. Come evidenziato dall'Autorità nella determinazione n. 4/2012, la ratio della disposizione in esame è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponda ad alcun apprezzabile interesse pubblico. La norma individua, infatti, i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti, nonché la stessa Autorità, devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis del Codice. È stato chiarito (ex multis Ad. Pl. n. 9/2014) come tale istituto si risolva in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti. La novella normativa introdotta dall'art. 39 del d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, determini un superamento dei principi sopra enunciati, comportando un'inversione radicale di principio; inversione in base alla quale è generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara. Dal dato letterale della norma, emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando l'illustrato limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli elementi e non solo alle dichiarazioni, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione ma non anche per supplire a carenze dell'offerta.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 13 gennaio 2016 n. 11

L'omessa dichiarazione, da parte di una ditta partecipante ad una gara, nei confronti della stazione appaltante, di una precedente risoluzione contrattuale, disposta per gravi inadempimenti contrattuali, da un'altra P.A., determina la falsità della dichiarazione resa in proposito dalla ditta stessa e ne legittima, di per sé sola, l'esclusione ex art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006; in tal caso, inoltre, non c'è spazio per il "soccorso istruttorio" perché tale istituto può essere invocato in caso di dichiarazione incompleta, irregolare o addirittura mancante, non già nell'ipotesi – totalmente diversa – di una dichiarazione esistente, ma scientemente difforme dalla realtà.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 7 luglio 2014

Eventuali contrasti tra quanto riportato nello schema di domanda di partecipazione alla gara predisposto dalla Stazione appaltante, concretamente utilizzato dal concorrente, e le disposizioni proprie della *lex specialis*, soprattutto per l'ipotesi di mancate dichiarazioni a pena di esclusione ovvero allorquando tale contrasto determini ambiguità o equivocità sulla esatta portata delle dichiarazioni da rendere, non possono determinare ex se l'esclusione del concorrente, imponendo piuttosto all'Amministrazione di esercitare il c.d. dovere di soccorso, quale corollario del principio di buon andamento e di imparzialità, applicabile dall'Amministrazione nei confronti dell'impresa. Invero, lo schema di domanda allegata al bando di gara costituisce mero strumento di ausilio, privo di qualsiasi finalità di integrazione della *lex specialis*, così che l'eventuale errore in cui è incorso il concorrente per il suo utilizzo e per aver prodotto dichiarazioni carenti o incomplete, lungi dal comportare l'esclusione dalla gara, tutt'al più impone all'Amministrazione l'obbligo di chiedere l'integrazione della dichiarazione.

Cons. Stato Sez. VI, 04-01-2016, n. 15

In materia di gare pubbliche dopo le modifiche introdotte all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) dal suo nuovo comma 2 bis si ha che, in caso di mancanza, di incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, l'esclusione dell'offerta consegue solo se tali dichiarazioni non vengano prodotte o integrate entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (Conferma della sentenza del T.a.r. Abruzzo, sez. I, n. 413/2015).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 27 gennaio 2016 n. 456 –

1. E' illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha escluso una ditta da una gara di appalto, che sia motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha omesso di dimostrare di avere la disponibilità, già in fase di partecipazione alla gara, di una sede operativa nel territorio del Comune o di un Comune limitrofo, nel caso in cui la *lex specialis* non contenga, al riguardo, una espressa comminatoria, atteso che, in tale ipotesi, il provvedimento espulsivo viola il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. n. 163 del 2006 (1); nell'ipotesi considerata invece la stazione appaltante, piuttosto che escludere il concorrente, deve, a mezzo del soccorso istruttorio, invitare la medesima ditta, ex art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata.

2. Nelle gare di appalto, il soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, commi 1 e 1-ter del codice dei contratti pubblici, dopo le recenti modifiche apportate dal D.L. n. 90 del 2014, è attualmente un istituto di ampia portata che consente di sopperire, con l'integrazione, anche alla totale mancanza di un documento comprovante un requisito essenziale.

3. L'art. 46 del codice dei contratti pubblici, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a fornire chiarimenti ed ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere volto a fare valere la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (2). In atto, quindi, l'esclusione dalla gara è prevista unicamente in caso di omessa produzione, entro il termine assegnato, della documentazione (riguardante anche fattori essenziali) riscontrata carente, ovvero nel caso di effettiva insussistenza dei requisiti richiesti dalla legge di gara

Confermato e approfondito l'approdo del T.A.R. L'Aquila in tema di soccorso istruttorio a pagamento nelle gare d'appalto.

Cons. Stato Sez. V, 02-12-2015, n. 5450

Cons. Stato, Sez. V 22 agosto 2016 n. 3667

1. Nelle gare d'appalto la sanzione di cui agli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 (per la quale la legge non contempla una causa estintiva successiva) può essere applicata anche nel caso in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio, ed è dovuta indipendentemente dall'integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni da parte del concorrente che ha dato causa al doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio, tenendo altresì presente che scopo della misura - che colpisce il semplice fatto dell'aver presentato una dichiarazione difettosa - è quello di assicurare la serietà e la completezza originaria delle offerte, e il responsabilizzare a questi fini i partecipanti alla procedura selettiva, restando pertanto irrilevante il fatto che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla.

2. Nelle gare d'appalto la sanzione di cui agli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 non è alternativa o sostitutiva alla esclusione per insufficiente regolarizzazione o all'abbandono volontario della gara, posto che la predetta esclusione è altra cosa rispetto alla sanzione, la cui fattispecie costitutiva è ormai già perfetta, ed è la conseguenza procedimentale della mancata corrispondenza al soccorso istruttorio; pertanto, l'abbandono volontario della gara determina l'esclusione, ma non influisce sulla già consumata fattispecie da sanzionare.

3. Premesso che nelle gare d'appalto la sanzione di cui agli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 è misura infraprocedimentale che fa sistema con la disciplina del procedimento definita dal predetto D.L.vo, il principio di irretroattività della nuova legge impedisce di dar rilievo alla circostanza che l'art. 83 comma 9 D.L.vo 18 aprile 2016 n. 50 preveda che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione": pertanto, l'art. 38 comma 2 bis resta applicabile *ratione temporis*.

Di recente, il Consiglio di Stato ha delineato il perimetro di applicazione del c.d. del soccorso istruttorio rafforzato, di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel caso di mancata dichiarazione del concorrente rispetto alla presenza di precedenti risoluzioni contrattuali a danno della impresa da parte di stazioni appaltanti diverse rispetto a quella che ha bandito la gara.

Più nello specifico, l'impresa concorrente - poi aggiudicataria della gara - in sede di domanda di partecipazione ha attestato la inesistenza di fatti riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 38, comma 1 lett. f), d.lgs. 163/2006. Sennonché la stazione appaltante, dalla consultazione del casellario informatico delle imprese, ha riscontrato che risultavano iscritte annotazioni relative a precedenti risoluzioni contrattuali a carico della stessa.

Il quesito sottoposto al Collegio è se la fattispecie sia inquadrabile quale falsa dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1 ter, del d.lgs. 163/2006 con conseguente esclusione dalla gara del concorrente, o se si tratti di mera omissione dichiarativa e perciò sanabile mediante l'applicazione del soccorso istruttorio.

Secondo una prima prospettazione, la mancata indicazione di un fatto rilevante ai sensi dell'art. 38 non può essere considerato "errore", ma dichiarazione non veritiera a norma dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, comportando così la decadenza dall'ammissione alla procedura di gara.

Secondo una seconda prospettazione, si sarebbe in presenza di una mera omissione, e come tale ricompresa nell'ambito applicativo del comma 2 bis dell'art. 38.

Secondo il Consiglio di Stato, la fattispecie in oggetto attiene all'ipotesi di dichiarazione "non veritiera" in quanto priva della doverosa menzione di eventi la cui valenza ostativa alla instaurazione di un rapporto contrattuale è riservata alla stazione appaltante e perciò rimane fuori dalla sanatoria introdotta dal D.L. 90/2014.

La fattispecie in esame, perciò, attiene per lo più alla diversa ipotesi di cui all'articolo 38, comma 1 ter, del d. lgs. n. 163/2006, in quanto non v'è mancanza o carenza di elementi o dichiarazioni, bensì la diversa fattispecie di dichiarazione non veritiera, con le conseguenze previste dal codice dei contratti pubblici per l'ipotesi di falsa dichiarazione che resta confermata anche in vigenza della novella introdotta dal d.l. n. 90/2014 (anche l'ANAC, con la determinazione 8 gennaio 2015 n. 1, nell'interpretare le novità introdotte dal d.l. n. 90/2014 ha affermato che il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta).

Non sussistono di conseguenza margini per fare applicazione del soccorso istruttorio a fronte di

A diverse conclusioni è però giunta l'ANAC nel parere n. 125 del 15 luglio 2015 richiesto dalla stazione appaltante. Ed invero, l'ANAC ha affermato che "*...con riguardo alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. 163/2006, essendo il giudizio d'inaffidabilità professionale subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, si ritiene che dalla dichiarazione di non avere commesso errore grave nell'esercizio dell'attività professionale non si possa automaticamente desumere una falsa dichiarazione nel momento in cui emergano precedenti risoluzioni contrattuali non dichiarate, per le quali si ritiene che la S.A. sia legittimata a richiedere l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 38, co. 2-bis d.lgs. 163/2006, accompagnata dal pagamento della sanzione prevista dal bando, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa, che è rimessa alla S.A.*".

In altra parole, l'ANAC ritiene che la dichiarazione richiesta dalla lettera f) dell'art. 38 citato sia connotata dalla particolarità della valutazione soggettiva in essa contenuta e perciò dovendo il concorrente dichiarare l'eventuale "grave errore", lo stesso non si risolve nella rappresentazione di un fatto ma di una valutazione, così che l'assenza della dichiarazione non può considerarsi alla stregua di un mendacio.

Diversa è la situazione della mancata dichiarazione della presenza di una sentenza di condanna (art. 38, comma 1, lett c) che, invece, nascondendo un fatto oggettivamente riscontrabile nel mondo giuridico deve considerarsi sicuramente un falso, con conseguente esclusione della concorrente.

T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 145

Ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50 del 2016, che contiene la disciplina vigente del soccorso istruttorio "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica*".

Diversamente, l' art. 46, comma 1-ter, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, contenente la precedente disciplina del soccorso istruttorio, stabiliva che "*Le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*". Tale norma va letta in coordinamento con il comma 1-bis del medesimo articolo che prevedeva l'esclusione dei candidati o dei concorrenti nei casi, fra l'altro, di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

Secondo Il TAR Liguria, la disciplina previgente, stabilendo l'esclusione dei partecipanti nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (art. 46, comma 1-bis) ed ammettendo, al contempo, la sanatoria ex post di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni (art. 46, comma 1-ter), consentiva il soccorso istruttorio anche con riferimento all'offerta. Al riguardo, giova, tuttavia, evidenziare che la giurisprudenza formatasi sull'art. 46, comma 1-ter ha escluso l'operatività dell'istituto per la modifica o l'integrazione dell'offerta tecnica e di quella economica, con l'eccezione dei refusi o degli errori materiali dell'offerta (ex multis, per la carenza dell'offerta economica, Cons. di Stato 1° aprile 2016, n. 1318; per le carenze dell'offerta tecnica, Cons. di Stato, Sez. III, 26 maggio 2014, n. 2690 e Cons. di Stato 1° aprile 2016, n. 1318).

Viceversa, la nuova norma, prosegue il giudice amministrativo, circoscrive il soccorso istruttorio agli elementi formali della domanda, con espressa esclusione di quelli riguardanti l'offerta tecnica ed economica.

Per l'effetto, il TAR Liguria ha ritenuto che la documentazione presentata in sede di chiarimenti era volta a dimostrare la sussistenza di caratteristiche richieste dal capitolato speciale a pena di esclusione, riguardando, pertanto, elementi dell'offerta tecnica. Di talché, il giudice amministrativo, alla luce dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50 del 2016, ha escluso la possibilità di applicare il soccorso istruttorio nella vicenda de qua ed ha conseguentemente ritenuto legittimo l'operato della Commissione di gara.

Le modifiche apportate dal decreto correttivo in corso di approvazione:

c) il comma 9 è sostituito dal seguente:

“9. Le carenze di qualsiasi elemento della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.”.