

Motivi di esclusione dalla partecipazione alle gare

03 Giugno 2021

Giuseppe Fiorillo, Clemente Lombardi

Indice:

1. Premessa

2. Esclusione soggettiva

3. Esclusione oggettiva

1. Premessa

Da tempo i motivi di esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche hanno appassionato studiosi, osservatori, esperti, i quali hanno fornito interpretazioni e proposto **soluzioni per gli operatori** in una materia che, seppur racchiusa nella legge fondamentale (c.d. “**Codice degli appalti**”), è disciplinata da varie disposizioni disseminate qua e là.

Il **corpus normativo** che regola la materia (**decreto legislativo n. 50/2016**) è sottoposto a continue modifiche da parte del legislatore, spesso ingenerando confusione e difficoltà applicative tra gli addetti ai lavori.

A conferma di quanto detto, allo stato è previsto **l’ennesimo intervento normativo**, giustificato anche dall’epidemia da Covid-19, in un quadro legislativo di non facile ricostruzione con inevitabili ripercussioni negative sia sotto l’aspetto economico che della semplificazione amministrativa in un settore considerato trainante per il nostro sistema produttivo.

La **principale legge** che regola la materia, come detto, è il [decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#) e successive modificazioni, conosciuto come “**Codice dei contratti pubblici**”.

Detto decreto disciplina le c.d. cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, ossia quei requisiti soggettivi, definiti anche di “ordine pubblico o di moralità”, consistenti **essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili di precludere la partecipazione alla gara**, che tutti i partecipanti debbono possedere, la cui mancanza ha come conseguenza l’immediata esclusione dalla gara.

La giurisprudenza maggioritaria ha precisato **che le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, poiché l’individuazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza**.

Il **Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, 25/02/2014, n. 9)**, ha, infatti, precisato che *sono legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti, anche formali, a pena di esclusione, purché conformi ai tassativi casi contemplati dall’articolo 46, comma 1- bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, all’epoca vigente*.

Le cause di esclusione, dette anche “**in negativo**”, previste dall’articolo 80 del Codice degli Appalti sono soggette ad un’**interpretazione rigorosa** non suscettibile di estensione analogica, nell’ottica del *favor participationis* e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale: nel momento in cui ci si trova in presenza di “**clausola ambigua**” contenuta nel bando, l’operatore deve interpretarla nel senso di impedire che la clausola medesima assuma **carattere escludente** (ex multis, Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2232; id., V, 24 febbraio 2017, n. 869; id., V, 5 ottobre 2017, n. 4644).

I requisiti prescritti dalla legge possono essere di ordine generale o di ordine speciale e devono essere posseduti dai partecipanti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per l’intera durata della procedura estesa fino all’aggiudicazione definitiva, alla successiva stipula del contratto ed a tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

I requisiti di ordine generale devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto ed attengono, ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti, alla cosiddetta **moralità** del concorrente.

I requisiti speciali, detti anche oggettivi, provano la capacità economica e l’esperienza tecnica e professionale del concorrente che partecipa ad una procedura di selezione pubblica.

Essendo tali requisiti mutevoli a seconda della gara in questione, la loro portata cambia in base alle esigenze della stazione appaltante che dispone, dunque, **nei limiti previsti dal bando, di un’ampia discrezionalità in materia**. Tali criteri di selezione, riportati **negli articoli 83 e seguenti** del decreto legislativo n. 50 del 2016, devono essere attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, **l’interesse pubblico alla partecipazione del più ampio numero di potenziali concorrenti**.

Possono essere altresì valutati i **requisiti reputazionali**, sulla scorta di indici quali-quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono “**l’affidabilità**” e **una adeguata “moralità”** dell’impresa.

Nell’ottica del *favor participationis*, è consentito al concorrente di **regolarizzare** (*rectius*, completare) dichiarazioni o documenti già presentati relativamente al possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione, secondo quanto disposto dall’articolo 83 comma 9, del decreto legislativo 50/2016 in base al quale **le carenze di qualsiasi irregolarità formale (escluse insufficienze gravi e sostanziali) della domanda sono sanabili mediante la procedura di soccorso istruttorio**, purché il possesso del relativo requisito sia provato.

Tali requisiti non vanno confusi con i **requisiti di capacità tecnica ed economica** (disciplinati dai successivi articoli 83 e seguenti), i quali **attengono al grado, all’esperienza e alla professionalità del concorrente**, cioè alla sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti.

Particolare attenzione merita il comma 5 dell’articolo 80, che prevede *l’esclusione dalla gara qualora l’operatore economico si sia reso colpevole dei gravi illeciti professionali, previsti alla lettera c), che rendono dubbia l’integrità o affidabilità dell’operatore economico*.

Illecito professionale che si configura nei comportamenti che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara, riducendo radicalmente la discrezionalità della stazione appaltante nella fase (eventuale) del soccorso istruttorio. Quest'ultima non può, quindi, introdurre, ex novo, speciali requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, diversi e ulteriori rispetto a quelli stabiliti dall'articolo 80. Una siffatta condotta determina la nullità delle ulteriori prescrizioni prescritte in virtù del citato principio di tassatività delle cause di esclusione, che rappresenta esplicitazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis e costituisce un limite insuperabile alla discrezionalità della stazione appaltante.

La stazione aggiudicatrice effettua il **controllo** del possesso dei requisiti mediante verifica, ai sensi dell'articolo 71 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, del **certificato penale** recante i provvedimenti di **condanna definitivi** (Casellario Giudiziale rilasciato dalla Procura della Repubblica), della **regolarità contributiva e previdenziale** (DURC, rilasciato dall'Inps o Inail), della **regolarità fiscale** (per il tramite dell'Agenzia delle Entrate).

Ai suddetti accertamenti si aggiungono le verifiche a cui è tenuta la stazione appaltante in materia di anticorruzione, come per esempio la sottoscrizione di patti d'integrità e delle clausole di c.d. "pantouflage" o di assenza di conflitto di interessi.

Il principio di **tassatività delle cause di esclusione** di cui all'articolo 80 del Codice degli appalti, comporta la **nullità**, rilevabile d'ufficio dal giudice, **della clausola della lex specialis** che commina l'esclusione dalla procedura nel caso di omessa o di inesatta dichiarazione circa i **carichi pendenti**.

Detta previsione, non prevista dal Codice degli appalti o da altra disposizione normativa, introduce una causa di esclusione che non può ricondursi ad alcuna di quelle indicate dal legislatore, o da esse derivanti. **L'indefettibile obbligo di rendere dichiarazioni veritiere (con esclusione del principio del "falso innocuo")** è riferibile alle sole ipotesi in cui la dichiarazione omessa o non veritiera sia prevista **"a pena di esclusione"** e pertanto l'obbligo di indicare (con sostanziale comminatoria di esclusione) anche i **carichi pendenti** deriva dall'applicazione di una clausola della **lex specialis nulla e quindi per definizione "improduttiva di effetti"** (Consiglio di Stato sez. VI, 17/02/2017, n. 726).

Costituisce, invece, ai sensi dell'articolo 80, comma 1, del predetto Codice, motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la sola condanna, con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 codice procedura penale, per uno dei reati elencati nelle successive lettere da a) a g).

Senza avere la pretesa di essere esaustivi, di seguito si passano in rassegna, seppur in modo sintetico, i **principali motivi di esclusione** di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione.

2. Esclusione soggettiva

Motivo di esclusione di cui al comma 1 - Le condanne penali

Costituisce causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione la condanna, con sentenza definitiva, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta (meglio conosciuto come "patteggiamento") ai sensi dell'art. 444 codice procedura penale, per determinati reati ivi richiamati, senza alcuna possibilità per la Stazione appaltante di ampliarne la portata.

L'articolo 80, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, di recepimento della Direttiva 2014/24/UE, prevede un elenco di reati indicativi di una **condotta riprovevole** per l'operatore economico che punti a un affidamento di un appalto o di una concessione pubblica.

La stazione appaltante, contrariamente a quanto previsto dalla normativa previgente, **non è più obbligata** a valutare l'eventuale incidenza dei precedenti penali sulla moralità professionale dell'operatore, dovendosi **attenere esclusivamente alle condanne per i reati elencati al primo comma dell'articolo 80, essendo priva di qualsiasi potere discrezionale di valutazione**, nel senso che alle condanne per uno o più degli essi, si associa un **effetto automatico di estromissione** dalla partecipazione alle gare pubbliche.

Per detti reati, l'amministrazione aggiudicatrice **non dovrà più valutare** l'influenza dei precedenti penali sulla moralità professionale dell'operatore, ma **prenderne solo atto**, per cui è sufficiente la **dichiarazione richiesta con il DGUE** (Documento di Gara Unico Europeo) circa l'assenza di condanne definitive per uno dei reati previsti dalla norma, fermo restando il potere di **controllare la dichiarazione resa** ex articolo 71 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

A tale elencazione è stata aggiunta la previsione dell'esclusione in ipotesi di condanna definitiva per ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la Pubblica amministrazione.

Per le ipotesi di reato descritte alla lettera a) (partecipazione ad organizzazione criminale), alla lettera b) (corruzione) ed alla lettera d) (terrorismo) è attribuita rilevanza anche alle condanne per **delitto tentato e non solo consumato**.

Per i reati **diversi da quelli previsti dall'articolo 80, comma 1**, la Stazione appaltante **beneficia di un'ampia discrezionalità** nel valutarne la portata.

Il comma 3 dell'articolo 80 amplia la platea dei soggetti chiamati a rendere le dichiarazioni sui reati di cui al comma 1 e sulla sussistenza delle cause di decadenza, sospensione e divieto del comma 2, come segue:

- **impresa individuale:** titolare e direttore tecnico;
- **società in nome collettivo:** socio e direttore tecnico;
- **società in accomandita semplice:** soci accomandatari e direttore tecnico;
- **altri tipi di società o consorzio;**
- membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali;
- membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza e soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- direttore tecnico e socio unico persona fisica ovvero socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

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.

Il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'articolo 80 deve essere **dichiarato dal legale rappresentante** dell'impresa concorrente mediante utilizzo del **modello di DGUE** e che la dichiarazione deve essere riferita a **tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'articolo 80** in rassegna, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti, il quale va richiesto solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese.

Il controllo a campione resta dunque una **facoltà della Stazione appaltante**, che potrà procedere alla verifica dei requisiti generali e speciali dei concorrenti nelle ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni rese, nelle fasi della procedura che precedono l'aggiudicazione, in tutti i casi in cui si rendesse necessario verificare la completezza e la conformità a quanto prescritto dal bando, per assicurare la correttezza della procedura.

Resta altresì fermo che l'esclusione non va disposta quando il **reato è stato depenalizzato** o qualora sia intervenuta la **riabilitazione**, ovvero nei casi di condanna ad una **pena accessoria perpetua**, quando questa è stata **dichiarata estinta** ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale, nel caso in cui il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

Motivo di esclusione di cui al comma 2 - Tentativo di infiltrazione mafiosa

A norma del comma 2 dell'articolo 80 del decreto legislativo 50/2016, costituisce **“motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti di cui al comma 3, 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'art. 84, comma 4, del medesimo decreto”**.

Il dianzi citato articolo 67 stabilisce che il provvedimento definitivo di applicazione della **misura di prevenzione determina automaticamente la decadenza** dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, ecc., nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con la pubblica amministrazione.

Inoltre, la **pendenza di un procedimento** per l'applicazione di una delle misure di prevenzione **non costituisce causa ostativa** alla stipula del contratto d'appalto. Il comma 3 dell'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (**Codice antimafia**) prevede che sia il **giudice a poter disporre** in via provvisoria l'operatività dei **divieti di stipula e di rilascio dell'attestazione SOA durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione**.

Altra causa di **esclusione** introdotta dal codice dei contratti pubblici (articolo 80, comma 2) è la sussistenza di un **tentativo di infiltrazione mafiosa** ai sensi dell'articolo 84, comma 4, del Codice antimafia, il quale indica le **situazioni** dalle quali si possa desumere la **sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa** tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società e che diano luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

Pertanto, ai sensi della predetta normativa, costituiscono cause di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, da un lato, l'adozione di atti giudiziari, e dall'altro, l'adozione di atti amministrativi, quale l'informazione antimafia interdittiva rilasciata dall'Autorità Prefettizia, a seguito della valutazione compiuta con riferimento ai tentativi di infiltrazione mafiosa.

Nel corso della gara la Stazione appaltante è tenuta esclusivamente a **verificare la completezza e conformità delle dichiarazioni rese** a quanto prescritto dal bando, salvo effettuare **controlli a campione**, procedendo al controllo sul **primo e sul secondo classificato** non solo sulla base di quanto emerge dal **certificato del casellario giudiziario**, ma anche delle **valutazioni compiute dalla Prefettura sulla sussistenza di “tentativi di infiltrazione mafiosa”**.

La Stazione appaltante può, successivamente, stipulare il contratto anche in assenza della comunicazione o dell'informazione antimafia rilasciata dalla Prefettura, una volta che siano decorsi 30 giorni dalla relativa richiesta.

Motivo di esclusione di cui al comma 4 - Violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali

L'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016, modificato dal decreto-legge 76/2020, convertito con modificazioni in legge n. 120/2020 ha previsto, **recependo la segnalazione e contestuale messa in mora della Commissione UE avvenuta con lettera 24-01.2019, n. 2018/2273**, in aggiunta alle cause di esclusione automatica (**obbligatoria**) dalla partecipazione ad una procedura d'appalto e concessione di un operatore economico per aver commesso **violazioni gravi, definitivamente accertate** (sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione), rispetto agli obblighi relativi al **pagamento di imposte e tasse o al pagamento di contributi previdenziali ed assistenziali**, una causa di **esclusione facoltativa**.

Quindi abbiamo:

- una **esclusione obbligatoria**, come sopra detto;
- una **esclusione facoltativa** (valutazione qualitativa discrezionale), nelle ipotesi in cui la stazione appaltante venga a conoscenza e sia in grado di dimostrare con ogni mezzo che l'impresa partecipante abbia commesso **gravi violazioni fiscali** (importo superiore a **€ 5.000**), anche **non definitivamente accertate, ove ritenga che ciò influisca sull'affidabilità dell'operatore stesso**.

La stazione appaltante dovrà quindi **controllare le dichiarazioni** presentate dai partecipanti a una gara di appalto contenute nel **DGUE** per verificare la **veridicità di quanto dichiarato**, interrogando l'**Agenzia delle Entrate** in materia di obbligo di pagamento di imposte e tasse; **l'Inps o l'Inail** per il rilascio del **DURC** (Documento Unico di Regolarità Contributiva).

E' opportuno che la stazione appaltante non proceda alla automatica esclusione dell'operatore economico dalla gara di appalto, ma metta in moto un procedimento in contraddittorio con il partecipante al fine di poter ottenere tutte le informazioni in suo possesso inerente la posizione in materia di pagamento di imposte, tasse e contributi (esempio, violazioni definitive o meno, data dell'accertamento notificato al partecipante, eventuale opposizione al competente giudice e lo stato del procedimento), necessarie per formulare una globale valutazione di non affidabilità dell'operatore stesso, dimostrando che il procedimento si è svolto nel rispetto dei principi della imparzialità, proporzionalità e della legittimità.

L'esclusione 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**, in ossequio al principio c.d. di *self cleaning*, volto a superare eccessivi formalismi e ad attribuire, invece, **rilevanza all'impegno e alla volontà manifestata** dall'operatore economico di collaborare con la stazione appaltante al fine di superare gli imminenti motivi di esclusione.

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera a)

Ai sensi del comma 5, le Stazioni appaltanti **escludono** dalla partecipazione alle procedure d'appalto o concessione gli **operatori economici, 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 codice degli appalti**.

L'ipotesi riguarda qualsiasi infrazione grave alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e pertanto ricomprende anche l'ipotesi di condanna, ad esempio, per il reato di lesioni personali provocate in conseguenza della violazione o mancata applicazione delle disposizioni in materia di sicurezza.

Tale disposizione nasce anche con l'obiettivo di salvaguardare sostanzialmente la parità di trattamento tra gli operatori economici comunitari e gli operatori appartenenti ad altri Paesi.

Affinché, infatti, possa dirsi che sussiste parità di trattamento, gli operatori economici devono essere chiamati a **rispettare regole omogenee**, applicando una normativa sulle condizioni di lavoro e sulla sicurezza sul lavoro, **conforme al diritto comunitario**.

Causa di esclusione di cui al comma 5, lett. b) - Ammissione a procedure concorsuali

L'articolo 80, comma 5, lettera b) prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto di un operatore economico sottoposto a fallimento, in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo già dichiarati o in corso di dichiarazione, fermo restando quanto previsto dagli [articoli 110 del Codice degli appalti](#), 186-bis della legge fallimentare, approvata con regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Il **curatore** della procedura di fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può **eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita con l'autorizzazione del giudice delegato**.

Viene, dunque **abolita** la possibilità che l'impresa in **concordato con continuità aziendale** possa **partecipare a nuove gare**, sia direttamente sia come subappaltatore.

Motivo di esclusione di cui al comma 5, lett. c) - Gli illeciti professionali

Nel recepire la **Direttiva 2014/24 UE**, il legislatore nazionale, con l'articolo 80, comma 5, lettera c) ha introdotto una **nuova causa di esclusione**.

Si tratta di comportamenti idonei ad alterare illecitamente la *par condicio* tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente nei confronti della Stazione appaltante che bandisce la gara.

L'ANAC (Linee Guida n. 6, approvate con **delibera n. 1293 del 16/11/2016**) ha precisato che “il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione **automatica del concorrente**, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla **rilevanza ostativa degli specifici comportamenti**, da effettuarsi nell'esercizio del **potere discrezionale** alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano **oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta** indicata dall'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi.”

Successivamente l'ANAC ha anche chiarito che “rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del codice gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.”

Al fine di consentire il corretto esercizio di tale **potere di valutazione** è previsto, in capo ai partecipanti alla procedura, un **onere dichiarativo** avente ad oggetto qualunque circostanza che possa **ragionevolmente avere influenza** sul processo valutativo di competenza dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530).

La sanzione espulsiva, in tali casi, si ricollega, non già all'illecito professionale in quanto tale, ma all'aver l'operatore **taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione** di cui all'articolo 80 comma 5, lettera c), la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico ed è rimessa alla **discrezionalità** della stazione appaltante.

Infatti, **l'omessa dichiarazione di fatti rilevanti** la cui conoscenza è necessaria alla stazione appaltante per svolgere le proprie valutazioni discrezionali in ordine **all'affidabilità dell'operatore economico, costituisce motivo di esclusione** (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527; Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732; Consiglio di Stato, Sez. V, 122 del 2016).

In applicazione di detta norma, le amministrazioni appaltanti potranno escludere i concorrenti qualora possano dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, nonché di ogni condotta che interviene sia in fase di partecipazione alla gara che in esecuzione del contratto, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

Per il Consiglio di Stato (Ordinanza di rimessione n. 2332 del 09-04-2020), il **grave illecito professionale** consiste non solo **nell'imperizia o negligenza** dimostrate nell'esecuzione delle prestazioni, ma anche, **nell'omettere** alla stazione aggiudicatrice **fatti** che avvalorano la **scarsa attendibilità** sotto il profilo comportamentale.

Il Supremo Consesso (Adunanza Plenaria, sentenza n. 16 del 28-08-2020) ha chiarito che, ai sensi della lettera c-bis del comma 5 dell'articolo 80, un operatore debba essere **escluso** qualora abbia “tentato di **influenzare indebitamente** il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere **informazioni riservate a fini di proprio vantaggio** oppure abbia fornito, anche per negligenza, **informazioni false in grado di sviare** l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara”, ovvero abbia **omesso le informazioni dovute** ai fini del corretto svolgimento della gara d'appalto.

Ai fini dell'esclusione dalla gara pubblica prevista dall'articolo 80, comma 5, lettera c), **rilevano anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi** qualora contengano una **condanna al risarcimento del danno** e uno degli altri effetti tipizzati dall'articolo 80 stesso. L'**esclusione non può superare i tre anni** a decorrere dalla data dell'**annotazione della notizia nel Casellario informatico** gestito dall'ANAC o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, **dalla data del "provvedimento"** e non dalla verifica del fatto storico.

Quando un operatore economico viene escluso dalla partecipazione alla gara perché considerato colpevole di un grave illecito professionale, la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità circa la gravità dell'illecito, previa dimostrazione della sussistenza e dell'importanza dello stesso con "mezzi adeguati" (Consiglio di Stato, Sez.V, 02/03/2018, n. 1299).

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la possibilità di **escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili**, per esempio a causa di violazioni di **obblighi ambientali o sociali**, comprese le norme in materia di accessibilità per le **persone con disabilità**, o di altre forme di **grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale** (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 06/02/2020, n. 567; T.A.R. Lazio, Sez. I Quater, 14/01/2020, n. 384).

E' da precisare che la casistica individuata dall'ANAC deve ritenersi **esemplificativa e non tassativa** di tutte le ipotesi di illecito professionale: ogni **altra ipotesi di reato** può essere valutata discrezionalmente dalla stazione aggiudicatrice, come le **condanne, definitive e non**, per reati che incidano sulla **moralità professionale**, quali i **reati societari o ambientali, i reati fallimentari, ecc.**, anche riferiti a reati ancora **da accertare**.

L'Autorità ha chiarito che la stazione appaltante deve valutare i **comportamenti gravi e significativi** riscontrati nell'esecuzione di **precedenti contratti**, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, **alternativamente o cumulativamente**:

- a) la **risoluzione anticipata** non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio;
- b) la **condanna al risarcimento del danno** o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli articoli 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Detti comportamenti rilevano o perché singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero sono sintomatici di persistenti carenze professionali.

Per la fattispecie **sub a)** la stazione appaltante potrà **valutare discrezionalmente** l'importanza o meno della pronuncia ancorché non passata in giudicato.

Quanto, invece, alla fattispecie **sub b)**, sembra si possa affermare che sia il **risarcimento del danno** sia l'applicazione di **penali o l'escussione di garanzie** ai sensi degli articoli 103 e 104 del Codice debbano essere applicate **all'esito di un giudizio**.

Quanto, invece, alle ipotesi legali del **"fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"** e dell'"omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione", rilevano a titolo **esemplificativo**:

1. la presentazione di **informazioni fuorvianti** in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. la presentazione di **informazioni false** relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;

3. l'omissione di **informazioni in ordine alla carenza**, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di **requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara** ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

Assumono rilevanza tutti i comportamenti contrari ai doveri di **leale collaborazione** che abbiano comportato la **mancata sottoscrizione** del contratto per **fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario** e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'articolo 93 del Codice.

Quanto ai mezzi di **prova adeguati** a dimostrare la sussistenza della causa ostativa, l'ANAC ha chiarito che fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, del codice:

a. la **verifica della sussistenza delle cause di esclusione** previste dall'articolo 80, comma 5, lettera c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al **Casellario Informatico** di cui all'articolo 213, comma 10, del codice;

b. la **verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi** per i reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 codice penale è effettuata mediante acquisizione del **certificato dei carichi pendenti** riferito ai soggetti indicati dall'articolo 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza.

Affinché possano rilevare i reati di cui sopra, la Stazione appaltante dovrà **verificare che le sentenze contengano la condanna al risarcimento dei danni** o altri effetti tipizzati dall'articolo 80, comma 5, lettera c) del codice.

Al fine di rendere conoscibili a tutte le amministrazioni le cause di esclusione suddette, l'Autorità ha previsto che le stazioni appaltanti debbano comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'articolo 213, comma 10, del codice:

a. i **provvedimenti di esclusione dalla gara** adottati ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del codice;

b. i **provvedimenti di risoluzione anticipata** del contratto, di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie;

c. i **provvedimenti di condanna al risarcimento del danno** emessi in sede giudiziale e i provvedimenti penali di condanna non definitivi, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.

Altra questione rilevante riguarda il **tempo** durante il quale possa conservare valore l'illecito accertato in capo al concorrente.

L'ANAC, anche in considerazione dell'assenza di una specifica norma al riguardo, ritiene che il periodo di **esclusione dalle gare** non possa superare i **tre anni** a decorrere dalla data dell'annotazione della **notizia nel Casellario Informatico** gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di **condanna non definitivi**, dalla **data del provvedimento**, conteggiato a ritroso a partire **dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara**, fermo restando che acquistano rilevanza anche i **fatti commessi tra la pubblicazione e l'aggiudicazione**.

Infine, considerato che detta causa di esclusione è caratterizzata da **un'elevatissima discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice** che potrebbe comprendere una esemplificazione molto ampia di comportamenti **sanzionabili in capo all'operatore economico**, è auspicabile che le stazioni appaltanti non si avventurino in una sorta di **“caccia all'errore”**, ma **valutare attentamente** e in modo circostanziato in **contraddittorio con l'operatore economico**, all'esito di una approfondita analisi dei fatti fornendo **adeguata motivazione** e della loro eventuale rilevanza sulla gara in esame, se ravvisare o meno nella specie un **grave illecito professionale**, assicurando che le determinazioni adottate perseguano l'obiettivo di affidare l'appalto a **oggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità** (cfr. T.A.R. Puglia, Sez. I, 02-02-2021, n. 212),

Motivo di esclusione di cui al comma 5, lett. c-bis) e 12 - False dichiarazioni

L'inosservanza dell'obbligo di rendere le **dichiarazioni di cui all'articolo 80** del decreto legislativo n. 50/2016 al momento della presentazione della domanda di partecipazione a una gara pubblica, comporta **l'esclusione del partecipante**, senza che si possa ricorrere all'istituto del cd. **“soccorso istruttorio”** previsto dall'articolo 83, comma 9 il quale consente di rimediare a **“carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”** purché non afferente all'offerta tecnica ed economica (Consiglio di Stato, Sez. V, 26-01-2021, n. 804), integrando una condizione di infedeltà, reticenza o inaffidabilità della ditta partecipante.

L'art. 80 comma 5 del vigente Codice appalti contempla **due distinte fattispecie escludenti** ovvero l'ipotesi: lettera 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”**; lettera f-bis) **“l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”**.

Da segnalare un significativo pronunciamento (Consiglio di Stato, Sez. V, 19-02-2021, n. 1500) secondo il quale il **Supremo Consesso**, non condividendo il ragionamento espresso dal giudice di prime cure, ha evidenziato che le **pregresse vicende professionali** dovrebbero immediatamente far **dubitare la stazione appaltante** (e, per essa, il RUP) qualora appaiano di **evidente importanza**, la quale è tenuta a evidenziare il **percorso motivazionale** che l'hanno indotta a diversa decisione.

Per i giudici di Palazzo Spada, il grave illecito professionale consiste non solo nell'imperizia o negligenza dimostrate nell'esecuzione delle prestazioni, ma anche nel tacere alla stazione appaltante fatti che comprovano la scarsa affidabilità sotto il profilo comportamentale (un concorrente potrà essere professionalmente capace ed inappuntabile, ma allo stesso tempo sbrigativo sotto il profilo dell'accuratezza e della diligenza).

Il TAR Campania con sentenza n. 632, del 3 giugno 2020, aderendo ad una posizione giurisprudenziale più ampia, per la quale l'operatore economico è **obbligato a dichiarare tutti i fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e la moralità**, ha statuito che la **mancata dichiarazione** nella presentazione della domanda di partecipazione ad una **gara comporta l'esclusione dell'offerta**.

L'esclusione dalla gara è legittima anche qualora manchi la dichiarazione **di solo uno dei reati**.

Trattandosi di una situazione **discrezionale**, è **indefettibile una attenta valutazione** da parte della stazione appaltante circa la **capacità dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario** da instaurare con contratto di appalto con l'Amministrazione stessa, la quale è tenuta a dare **adeguata motivazione** riportante la puntuale descrizione dei **presupposti di fatto e delle ragioni di diritto** poste alla base della **decisione dell'amministrazione**, in rapporto alle risultanze dell'istruttoria, che hanno determinato **l'esclusione del concorrente** dalla gara pubblica.

La giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16 del 28-08-2020) ha affermato che, ai fini dell'esclusione di un operatore economico da una gara pubblica, non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara.

I giudici emiliani (Tar Bologna, Sez. I, sentenza n. 208 dell'08/03/2021), hanno precisato che solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera **inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico**, mentre, ogni altra condotta, **omissiva o reticente che sia**, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un **apprezzamento da parte della stazione appaltante** che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso.

Il concetto di **"falso"**, nell'ordinamento vigente, si desume dal codice penale, nel senso di **attività o dichiarazione consapevolmente** rivolta a fornire una rappresentazione non **veritiera**. Dunque, il falso non può essere **meramente colposo, ma deve essere doloso** (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976).

Si ribadisce che nelle procedure di gare ad evidenza pubblica, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis*, va sempre preferita quella che consenta la più ampia partecipazione delle ditte partecipanti (Consiglio di Stato, Sez. V, 237-08-2019, n. 5828).

Per esegesi si può affermare che l'esclusione dalla partecipazione a una gara pubblica per aver prodotto false dichiarazioni o falsa documentazione è ricondotta a due ipotesi:

- a) esclusione dalla gara in cui è avvenuta la produzione di false dichiarazioni o la fraudolenta documentazione;
- b) esclusione da ulteriori gare soltanto a seguito di intervenuta iscrizione dell'impresa nel Casellario Informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, nelle ipotesi di cui all'articolo 5, lettere f-bis e f-ter) e comma 12 dell'articolo 80.

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera d)

La disposizione di cui alla lettera d) stabilisce che le stazioni appaltanti **escludono un operatore economico**, qualora la sua partecipazione determini una situazione di **conflitto di interesse**, ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Ebbene, secondo l'articolo 42 richiamato, “*si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62*”.

Sussiste dunque conflitto di interessi ogni qualvolta lo stesso personale della Stazione appaltante o un consulente della stessa abbiano un interesse tale da minacciarne l'imparzialità nella conduzione della gara, potendo influenzarne il risultato, agevolando un operatore economico rispetto agli altri concorrenti.

Sussiste, inoltre, conflitto di interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante, all'interno della procedura di gara, persegua un interesse proprio ovvero di suoi parenti e affini entro il secondo grado o ancora un interesse del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale. Sussiste, ancora, conflitto di interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante sia chiamato a valutare soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi.

Infine, sussiste conflitto d'interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante sia tutore, curatore, procuratore, agente, amministratore, gerente o dirigente di un operatore economico partecipante alla gara.

L'ANAC (Linee Guida n. 15, approvate dal Consiglio dell'Autorità con **delibera n. 494 del 05 giugno 2019**) ha evidenziato che, ai sensi dell'articolo 42 del decreto legislativo 18 aprile 2001, n. 50 e successive modifiche, qualora il **personale preposto** alla gestione o predisposizione della procedura di gara, ivi compresi espressamente i consulenti della Stazione appaltante, sia coinvolto in una **qualsiasi fase della procedura** di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possa **influenzarne** in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente, dovrà **comunicarlo** con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà e di certificazione ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000, al **responsabile del procedimento**, mentre quest'ultimo la rilascia al **soggetto che lo ha nominato e/o al superiore gerarchico**.

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera e)

L'ipotesi contemplata alla lettera e), comma 5, dell'articolo 80, prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora “**una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'[articolo 67](#) non possa essere risolta con misure meno intrusive**”.

L'art. 67 del codice degli appalti disciplina l'ipotesi in cui un **concorrente o un operatore** ad esso collegato abbia **fornito alla Stazione appaltante consulenze o documenti tecnici** necessari alla pianificazione e allo svolgimento di una procedura di gara o **abbia comunque partecipato alla preparazione della procedura stessa**, prima che venga bandita.

Tuttavia, qualora non sia possibile garantire la parità di trattamento, il concorrente che abbia partecipato alla preparazione della procedura dovrà essere escluso, ma solo dopo che gli sia stato consentito di provare che la sua partecipazione alla gara non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

Anche questo motivo esclusione, dunque, tende a **tutelare la parità di trattamento tra i concorrenti e l'imparzialità nella valutazione, ogni qualvolta si possano verificare eventi che possano invece falsare la concorrenza.**

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera f)

L'ipotesi contemplata alla lettera f) ricorre quando 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 di interdizione di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.**

La causa di esclusione consiste nel divieto di contrarre con la Pubblica amministrazione prevista in tema di responsabilità delle persone giuridiche per illeciti amministrativi commessi da soggetti che abbiano agito per esse.

Viene in aiuto in tutti i casi in cui la **condotta illecita** commessa dal rappresentante dell'impresa non costituisce **autonoma causa di esclusione.**

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera g)

L'ipotesi contemplata alla lettera g) prevede quale **causa di esclusione** dalla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica l'avvenuta **iscrizione dell'impresa nel Casellario Informatico** tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver reso **false dichiarazioni o falsa documentazione** per ottenere il rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Tale causa di esclusione, richiamando il meccanismo delle attestazioni di qualificazione, può essere applicata esclusivamente in caso di gare per l'affidamento di lavori, per le quali appunto è richiesto l'attestato SOA.

La Stazione appaltante, ove riscontri, nel corso della gara o negli affidamenti in subappalto, la presentazione di **false dichiarazioni o falsa documentazione**, deve **segnalare il fatto all'Autorità**, che, all'esito di un procedimento in **contraddittorio**, potrà disporre **l'iscrizione dell'operatore economico nel Casellario Informatico**, qualora ritenga che le falsità riscontrate siano state rese con **dolo o colpa grave**, tenendo conto anche della **rilevanza e della gravità dei fatti** oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione.

L'iscrizione nel Casellario Informatico dell'Autorità può essere disposta fino a **due anni dall'accertamento**: decorso il termine indicato nell'iscrizione, quest'ultima **viene cancellata, ma solo su istanza di parte, e perde in ogni caso la sua efficacia.**

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera h)

La lettera h) del comma 5 dell'articolo 80 prevede l'**esclusione dell'operatore economico** qualora abbia violato il **divieto di intestazione fiduciaria** di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

Il fondamento di tale scelta normativa è quella di consentire all'Ente appaltante di avere notizie certe sulla effettiva identità dei propri interlocutori contrattuali, onde evitare il pericolo di infiltrazioni mafiose recondite.

La dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria da parte di società fiduciarie, autorizzate ai sensi della legge 1966/1939, deve essere effettuata **esclusivamente dall'aggiudicatario**, previa richiesta della stazione appaltante in fase di **controllo dei requisiti**.

E' fatto obbligo alle società fiduciarie autorizzate, a **comunicare alla stazione appaltante la propria compagine aziendale**, prima della stipula del contratto.

Causa di esclusione dei cui al comma 5, lettera i)

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

La sanzione dell'esclusione riguarda le **imprese che non dichiarino di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili** o che la stessa non venga acquisita dalla stazione appaltante nonostante vi sia stata **formale richiesta in tal senso e la ditta non abbia ottemperato (c.d. "soccorso istruttorio").**

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera l)

Detta causa prevede che **l'operatore economico**, 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'autorità giudiziaria**, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Ricorre l'ipotesi in questione, quando la circostanza emerge 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 ommesso la predetta denuncia, dal Procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

Causa di esclusione di cui al comma 5, lettera m)

Per configurarsi l'ipotesi in esame, si ritiene che **l'operatore economico** debba trovarsi 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 siano imputabili ad un unico centro decisionale**.

La motivazione è quella di evitare il pericolo di ammettere ad una gara offerte provenienti da soggetti che, proprio in quanto legati da una relazione di controllo o di fatto tale da determinare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, rigorosamente dimostrata dalla stazione appaltante, tale da non incidere sulla libertà del diritto di impresa (es., intrecci societari, rapporti di parentela, identità delle sedi legali, ecc.).

Offerte provenienti da soggetti **legati da stretta comunanza di interesse** caratterizzata da una certa stabilità, **non sono ritenuti idonei** di formulare offerte dotate di propria autonomia, serietà e affidabilità, **rispettose dei principi di imparzialità e di buon andamento**.

Il c.d. self-cleaning - comma 7

Il meccanismo del c.d. *self-cleaning*, che consente all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità e conseguentemente di partecipare alla gara anche laddove ricorrano in capo ad esso alcune delle cause di esclusione contemplate dall'articolo 80, è contenuto nei commi 7 e seguenti della norma in rassegna.

Esso si applica alle cause di esclusione contemplate esclusivamente dai **commi 1 e 5 dell'articolo 80** e, per le condanne previste al comma 1, è consentito unicamente nelle 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.

In queste fattispecie, la collaborazione con le autorità di polizia **costituisce uno dei presupposti** per l'applicazione dell'istituto, con riferimento alle **situazioni rilevanti** di cui al comma 1 della norma in commento.

Inoltre, ai sensi del successivo **comma 9**, laddove sussistano le condizioni di cui al comma 7 (ossia condanna a pena detentiva non superiore a 18 mesi o riconoscimento dell'attenuante della collaborazione), ma l'operatore economico sia stato **condannato definitivamente anche alla pena accessoria** che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, l'imprenditore non potrà avvalersi della **possibilità di dimostrare la propria affidabilità** fino a quando gli effetti della **pena accessoria siano destinati a prodursi**.

Infine, al **comma 10**, è stabilito che se la **sentenza di condanna definitiva non ha fissato** la durata della **pena accessoria** - o non sia intervenuta la riabilitazione, che consente di ottenere l'estinzione della pena accessoria e di ogni altro effetto penale della condanna - **tale durata sarà pari a cinque anni**. Nel caso in cui la pena principale dovesse essere **inferiore a 5 anni, la pena accessoria sarà della stessa durata della pena principale**.

Qualora ricorra una **causa di esclusione ai sensi del comma 1 o del comma 5** della norma in esame, il concorrente potrà **evitare il provvedimento sanzionatorio** dimostrando di aver riparato gli effetti pregiudizievoli della propria condotta e contestualmente di aver **adottato uno dei provvedimenti elencati dall'ANAC al fine di prevenire ulteriori reati o illeciti**.

In questa casi, la stazione appaltante sarà dunque chiamata a **valutare discrezionalmente l'attività riparatoria** posta in essere dal concorrente dopo la commissione del reato o dell'illecito nonché l'attività compiuta al fine di **prevenire la commissione di ulteriori illeciti penali, civili o amministrativi**, attraverso l'adozione di modelli organizzativi e di gestione, così come contemplati dalla legge n. 231/2001.

3. Esclusione oggettiva

I criteri di selezione, secondo l'articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016, riguardano esclusivamente:

- a. - **idoneità professionale**, nei quali sono ricomprese le problematiche inerenti ai codici ATECO, all'iscrizione presso albi professionali e in registri, alla licenza prefettizia, e all'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali;
- b. - **capacità economica e finanziaria**, la quale ha riguardo al fatturato dell'impresa (fatturato minimo annuo, fatturato globale e fatturato specifico), alle sue referenze bancarie (soprattutto i rapporti tra attività e passività e, infine, alla adeguatezza della sua copertura assicurativa contro i rischi professionali;

c. - **capacità tecniche e professionali**: in questo caso le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

Il codice degli appalti prevede che il partecipante ad una gara pubblica debba dimostrare non solo il possesso dei requisiti generali e professionali, ma adeguate capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie. Per i lavori è stato istituito un "sistema nazionale di qualificazione", in base al quale viene demandato a società private, debitamente autorizzate dall'ANAC, definite "**S.O.A.**", acronimo di "**Società Organismi di Attestazione**", la verifica del possesso di: a) certificazione del **sistema di qualità** conforme alle norme europee UNIEN ISO 9000, per importi superiori a 150.000,00 euro; b) requisiti di **ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari** conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

Per le gare di fornitura di beni o servizi, il concorrente dovrà **autocertificare il possesso di tutti i requisiti** richiesti dalla stazione appaltante e fornire, previa richiesta, gli elementi **probatori** a supporto delle dichiarazioni prodotte.

Questi requisiti oggettivi, da tenere distinti dai requisiti soggettivi, verranno considerati nelle **fasi di valutazione delle offerte** e determinano l'aggiudicazione del contratto.

Ne consegue che la stazione appaltante, prima di escludere dalla gara un operatore economico, dovrà constatare che i requisiti oggettivi di partecipazione attestati dalla SOA, debbano essere posseduti dal concorrente non solo al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche a quello successivo all'aggiudicazione, e comunque per tutta la durata della procedura di gara.

I requisiti **oggettivi** attengono, dunque, alla **capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa**. L'articolo 83, comma 1 del decreto legislativo n. 50 del 2016, prevede che i criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) **i requisiti di idoneità professionale;**
- b) **la capacità economica e finanziaria;**
- c) **le capacità tecniche e professionali.**

La disposizione di cui all'articolo 83 comma 4 lettera a) chiarisce che ai fini del possesso dei requisiti di **capacità economica e finanziaria** le stazioni appaltanti possono richiedere che gli operatori economici abbiano un **fatturato minimo annuo**, compreso un determinato **fatturato minimo nel settore di attività** oggetto dell'appalto.

È importante tuttavia **verificare se, anche in presenza di procedure aperte, sussistano barriere all'accesso alla competizione, ovvero se sussistano ostacoli che impediscano, surrettiziamente, alle imprese di partecipare comunque alle procedure di gara, e ciò ancorché si tratti di procedure formalmente indette dalla stazione appaltante quali procedure aperte al mercato.**

In particolare, la stazione appaltante è titolare di un **potere discrezionale** nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica **ulteriori e più severi** rispetto a quelli normativamente previsti, pur sempre nel **rispetto dei principi della proporzionalità e ragionevolezza** e del limite della **non estraneità** rispetto all'oggetto della gara. Tale esercizio di discrezionalità è stato ritenuto **compatibile** con i principi della **massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, a condizione che i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.**

Rientra quindi nella discrezionalità delle stazioni appaltanti, da esercitare **nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità**, il potere di introdurre requisiti più stringenti rispetto a quelli minimi indicati dalla legge, oppure richiedere una dimostrazione più puntuale dei requisiti minimi obbligatori.

Tale facoltà, peraltro, deve essere interpretata **coerentemente con i principi comunitari** e non può **limitare** la possibilità di partecipazione ai soli soggetti economici che abbiano già prestato i medesimi servizi o forniture. Il concetto di servizio analogo, infatti, deve essere inteso non come **identità** ma come **similitudine** tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante **non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, deve salvaguardare l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità**: in presenza di un'incertezza sulla portata di una regola di gara, ad esempio, deve essere privilegiata l'interpretazione che consente la più ampia partecipazione di imprese alla competizione.

La circostanza che la lex specialis di gara richieda ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma comunque "analoghi" fa sì che **l'esigenza della massima partecipazione deve essere bilanciata con quella dello svolgimento del servizio da parte di un operatore economico in possesso di adeguata esperienza**, nell'ottica della garanzia del superiore principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

L'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando va poi valutata con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma all'oggetto in concreto di esso ed alle sue specifiche peculiarità: in applicazione di tale principio, è stato affermato che la richiesta di un determinato fatturato pregresso per servizi del tutto identici (e non solo "analoghi") a quello oggetto di gara deve essere commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento.

La complessità dei servizi oggetto di gara può pertanto **rendere giustificata la volontà** della stazione appaltante di individuare **interlocutori in possesso di un'esperienza specifica particolarmente profonda, e quindi tali da garantire anche sul piano economico una speciale affidabilità**.

La previsione della prova dello svolgimento di **servizi identici a quelli da appaltare** non è pertanto, di per sé, illegittima se si tratta di una **previsione conforme ai canoni di adeguatezza e proporzionalità**, tenuto conto dell'oggetto concreto dell'appalto e delle sue specifiche peculiarità.

È peraltro evidente che, ove il bando imponga al concorrente di aver svolto **servizi identici**, dovranno essere considerati rilevanti anche i **servizi resi a favore di altre amministrazioni pubbliche**, anche in ossequio agli appena citati principi **di adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa**.

In caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta **economicamente più vantaggiosa**, l'individuazione dei criteri di **attribuzione dei punteggi** è espressione di **discrezionalità tecnica** e l'offerta va valutata sulla base di **criteri oggettivi**, tra i quali possono rientrare anche **l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto**, qualora la qualità del predetto personale possa avere **un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto**.

Nelle procedure relative all'affidamento di **servizi**, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un **progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere***, la valutazione dell'offerta stessa può tenere in considerazione **la pregressa esperienza dell'operatore**, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa: sotto tale profilo, appare pertanto **legittimo** che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il **pregresso positivo svolgimento di servizi analoghi** a quello oggetto di gara per un importo significativo, a condizione, tuttavia, che il bando di gara non attribuisca all'esperienza un **peso studiato** di per sé **determinante** ai fini dell'aggiudicazione della gara.

In ogni caso, resta fermo l'orientamento giurisprudenziale di derivazione europea secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il **bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara.**

Le stazioni appaltanti devono pertanto individuare **criteri di valutazione concretamente** idonei a evidenziare le **caratteristiche migliorative** delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della **rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. Tali criteri devono quindi consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta**, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, **non devono essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti**, mentre potrebbe essere possibile attribuire un punteggio esclusivamente ai miglioramenti rispetto ai requisiti minimi di accesso alla procedura di gara.

Per quanto concerne, da ultimo, il possesso di **specifiche attrezzature tecniche** indispensabili alla corretta esecuzione dell'appalto, l'allegato XVII al Codice dispone che la comprova del possesso dei **requisiti speciali facoltativamente richiesti dalla stazione appaltante** può consistere in una dichiarazione con la quale l'impresa indichi **“l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto”**.

Per quanto, invece, riguarda il momento dell'effettivo possesso delle attrezzature e dei mezzi, è di fondamentale importanza sottolineare **l'utilizzo, da parte del legislatore, del tempo futuro**, laddove si riferisce ai mezzi di cui l'impresa **“disporrà per eseguire l'appalto”**, ad intendere, pertanto, che il possesso di tali strumenti **non deve necessariamente essere anteriore rispetto alla scadenza del termine di ricevimento delle offerte fissato dal bando di gara.**

Sul punto, in effetti, la giurisprudenza aveva già evidenziato che **un'interpretazione finalistica e teleologica** delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione e concorrenza porta a ritenere che, in sede di gara, possa essere fornita **la dimostrazione in ordine al successivo possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto, dei mezzi necessari alla sua compiuta esecuzione**: il Consiglio di Stato ha pertanto chiarito che non è necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura, mentre **è invece importante che gli stessi siano disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali**. Una diversa interpretazione, che preveda **l'anticipazione del possesso dei mezzi al momento della presentazione dell'offerta, non è ammissibile in quanto la stessa imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione**, mentre l'interesse dell'Amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive della necessaria serietà deve ritenersi soddisfatto dalla dimostrazione che detti requisiti saranno oggettivamente disponibili al momento dell'effettiva stipula del vincolo negoziale.

- 1) R. Bertocco – Appalti e concessioni – Il “nuovo” articolo 80, comma 4, codice appalti alla luce del DL sblocca - cantieri: un primo commento – 26 Aprile 2019
- 2) S. Taddeucci – False dichiarazioni e grave illecito professionale - Appalti e contratti – 09-09-2020
- 3) A. Daniele – Appalti e contratti - Sulla “nuova” causa di esclusione dalla gara per irregolarità fiscali non definitivamente accertate – 13-11-2020
- 4) G. Ritossa Le cause di esclusione nel Codice degli appalti pubblici – Filodiritto 10 Marzo 2021-
- 5) F. Bavetta – P. Melandro – La regolarità fiscale dei concorrenti nel DL Semplificazioni – Appalti & Contratti n. 11-2020
- 6) S. Usai – La Gazzetta degli Enti Locali – In tema di “illeciti professionali e di obblighi della stazione appaltante di motivare anche l’ammissione del concorrente – 16-03-2021

TAG: *appalti, appalti pubblici, codice degli appalti, gare d'appalto*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.