

Avv. Samantha Battiston

Le cause di esclusione nel Nuovo Codice Appalti alla luce del
Decreto Correttivo: analisi dell'art. 80 D.lgs. n. 50/2016

Breve disamina dell'istituto del soccorso istruttorio

E' stato pubblicato nel supplemento ordinario della G.U del 05 maggio 2017 il D.Lgs. n. 19 aprile 2017 n. 56 da tutti denominato come "decreto correttivo al D.lgs. n. 50/2016".

Per l'effetto dell'entrata in vigore di tale decreto si delineano tre diversi regimi da considerare per la gestione dei contratti pubblici:

Le procedure indette prima del 19 aprile 2016 sono soggette ancora all'applicazione del D.Lgs. n. 163/2006;

Le procedure indette dal 20 aprile 2016 e fino al 19 maggio 2017 sono soggette al regime di cui al D.lgs. n. 50/2016;

Le procedure indette a far data dal 20 maggio 2017 sono soggette al regime contenuto nel D.Lgs. n. 50/2016 ma come risulta modificato dal suddetto correttivo.

ART. 80 Comma primo D.lgs. n. 50/2016

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.

Il correttivo ha introdotto nel comma primo le seguenti fattispecie:

b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

Il legislatore del nuovo codice voleva pervenire ad una tassativa individuazione delle ipotesi di reato ritenute ostative in presenza di una condanna penale alla partecipazione alle pubbliche gare. Tale obiettivo tuttavia non è stato raggiunto. Si pensi solo alla fattispecie contemplata dall'art. 80 comma quinto lettera b ove si sanziona con l'estromissione alla gara la presenza di gravi violazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro... che potrebbe configurarsi per effetto della commissione di determinate ipotesi di reato (esempio delitti aggravati dalla violazione di norme antinfortunistiche).

Rimane pertanto attuale tutta la giurisprudenza che impone la valutazione di ogni condanna penale riportata dal concorrente al fine di valutarne la moralità professionale.

In quest'ottica però si potrebbe assistere ad un aumento del contenzioso dovuto al fatto che, salvo specifiche disposizioni della lex specialis di gara, il concorrente potrebbe non dichiarare l'esistenza di condanne penali al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 80 comma primo (obbligo di dichiarare le condanne per reati diversi da quelli elencati non previsto dall'art. 80 né dal DGUE).

TAR ROMA 14 Novembre 2016 n. 11286

Nelle gare pubbliche, non può operare la teoria del "falso innocuo" essendo la stessa incompatibile con l'obbligo dichiarativo posto dal cit. art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. Pertanto, l'omissione e/o la falsa attestazione circa l'esistenza di precedenti penali, comporta senz'altro l'esclusione dalla gara in quanto viene impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità (Cons. St., sez. V[^], sentenza n. 3402 del 27.7.2016; id., 2 dicembre 2015, n. 5451 e 2 ottobre 2014, n. 4932; IV, 29 febbraio 2016, n. 834; cfr, anche, da ultimo, la sentenza di questa Sezione n. 7586 dell'1.7.2016 e Cons. St., sez. V, sentenza 12 ottobre 2016, n. 4219).

L'esclusione di cui al comma 1 (dopo il correttivo: L'esclusione di cui ai commi 1 e 2) 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.

Pur consapevole delle difficoltà interpretative connesse alla individuazione dei soggetti muniti di un potere di rappresentanza della società con il correttivo il novero dei soggetti di cui al comma terzo è stato ampliato con la previsione "ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza....."

Novità dell'art. 80 è l'estensione dei soggetti che andranno considerati ai fini dell'esclusione dalla pubblica gara.

Problemi applicativi:

1) Terna dei subappaltatori di cui all'art. 105 comma sesto del D.Lgs. n. 50/2016 (problematiche relative al controllo da parte del concorrente dei precedenti penali dei subappaltatori);

2) Società di capitali ovvero problematiche concernenti la corretta interpretazione della applicabilità dell'esclusione ai membri del CdA muniti di poteri di rappresentanza (a detta dell'art. 2384 c.c. il potere di rappresentanza è di norma generale - il CdS ha chiarito quindi che la dichiarazione debba "riferirsi solo alle persone fisiche aventi carica formale di amministratore unitamente al potere di rappresentanza") - membri dei consigli di direzione e vigilanza e soggetti muniti di poteri di direzione, rappresentanza e controllo (si deve fare espresso richiamo all'art. 85 del D.Lgs. n. 159/2011 circa l'individuazione dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia e quindi si farà riferimento ai membri del collegio sindacale o nei casi dell'art. 2477 c.c. al sindaco nonché ai membri degli organi di vigilanza di cui al D.lgs. n. 231/2001).

Si evidenzia una estensione del novero dei soggetti muniti di rappresentanza con ulteriori problematiche per società complesse (multinazionali).

3) Socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci (si veda Adunanza plenaria n. 24 del 06/11/2014: se i soci sono due al 50% si considerano entrambi di maggioranza).

4) Particolare problema interpretativo nel caso di socio di maggioranza persona giuridica (due orientamenti contrapposti in giurisprudenza. Si ritiene però che l'obbligo non si ponga a carico del socio persona giuridica).

Il "cessato dalla carica"

Presunzione di influenza del soggetto cessato dalla carica rispetto alla moralità professionale del concorrente:

- 1) limitata nel tempo (anno antecedente la pubblicazione del bando);
- 2) relativa in quanto l'impresa può dimostrare di aver tenuto una completa e fattiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Sentenze Adunanza Plenaria CdS 10 e 21 del 2012 equiparano al cessato dalla carica gli amministratori e direttori generali delle società cedenti, incorporate o fuse (anche in questo caso si tratta di presunzione relativa). Per soddisfare esigenze di completezza e chiarezza i documenti di gara dovranno specificare che il concorrente indichi anche le operazioni di cessione, fusione, incorporazione verificatesi nell'anno antecedente la pubblicazione del bando; altrimenti non potrà trovare applicazione automatica un principio di origine giurisdizionale non trasfuso nell'ordinamento positivo con il rischio di veder partecipare legittimamente ad una gara un soggetto che andava invece escluso (Corte giustizia UE, 02/06/2016).

Gli eventi che impediscono l'esclusione in caso di condanne penali definitive:

- 1) il self cleaning;
- 2) l'estinzione del reato;
- 3) il mero decorso del tempo.

L'estinzione del reato.

L'esclusione dell'operatore economico dalla pubblica gara non va disposta e il divieto di partecipare non si applica quando: il reato è stato depenalizzato, ovvero quando è intervenuta riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna stessa.

Occorre un provvedimento giurisdizionale esplicito che dichiarare l'intervenuto evento estintivo.

Il SELF CLEANING (novità per l'ordinamento italiano)

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, 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.

8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è 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 può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

Limiti di operatività del self cleaning:

- 1) Non opera tale istituto "nel corso del periodo di esclusione derivante dalla sentenza" (formulazione che ha riprodotto l'art. 57 par. 6 della direttiva 24/2014 ma che va intesa nel senso di riferirsi alla pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la PA di cui agli art. 32 bis e ter del c.p.)
- 2) Limite di operatività alle condanne di cui all'art. 80 comma primo e comma quinto (rimangono escluse le irregolarità contributive e fiscali e la disciplina sulla revoca e modifica delle informative antimafia che però prevedono fattispecie ad hoc di "riabilitazione").
- 3) Limite connesso alla durata della pena: deve essere inferiore a 18 mesi di detenzione salvo per pene pari o superiori ai 18 mesi di detenzione la applicazione della attenuante della fattiva collaborazione prevista per le singole fattispecie delittuose.

Quali provvedimenti concretizzano il self cleaning?

Rilevano a supporto dell'interprete le previsioni degli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231/2011 (sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche) che prevedono l'individuazione delle specifiche attività aziendali nelle quali vi sia rischio di commettere reati e le misure concrete atte a prevenirli.

Il decorso del tempo (art. 80 comma dieci prima
del correttivo)

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

Norma di problematica formulazione che deve necessariamente essere letta con l'aiuto dell'art. 57 paragrafo 7 della Direttiva n. 24/2014:

“se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva tale periodo non sarà superiore a cinque anni....”

Quindi verrà meno l'impossibilità a partecipare alla pubblica gara:

- 1) dopo 5 anni dal passaggio in giudicato della sentenza se è prevista la sanzione accessoria dell'incapacità a contrattare con la PA ma il giudice non abbia stabilito la durata;
- 2) dopo aver scontato la sanzione accessoria dell'incapacità a contrarre con la PA se il giudice ha stabilito la durata della sanzione (non superiore comunque a 5 anni);
- 3) dopo cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza se il reato non comporta la sanzione accessoria dell'incapacità a contrarre con la PA e la pena detentiva è pari o superiore a 5 anni;
- 4) alla scadenza della durata della pena principale in tutte le altre ipotesi.

Il correttivo ha però modificato il comma dieci prevedendo:

Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

Come si osserva agevolmente il legislatore del correttivo ha perso l'occasione di introdurre una norma più chiara e risolutiva dei dubbi interpretativi sorti.

Le misure di prevenzione e le informative antimafia (art. 80
comma secondo D.Lgs. 50/2016)

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.

Misure di prevenzione personale e non patrimoniali (di durata non inferiore ad un anno e non superiore a cinque) applicabili altresì nei confronti di soggetti dediti a traffici delittuosi; che vivono anche in parte con i proventi di traffici delittuosi; dediti alla commissione di reati contro minorenni, la sanità, la sicurezza, la tranquillità pubblica.

A tali soggetti si aggiungono coloro che hanno posto in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti a sovvertire l'ordinamento dello stato con la commissione di reati con finalità di terrorismo ovvero ricostituzione del partito fascista, nonché coloro che siano ritenuti dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive.

Ai sensi dell'art. 67 del D.Lgs. n. 159/2011: " Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti."

Il tutto fermo restando la possibilità di un divieto provvisorio che può essere revocato nel corso del procedimento per l'emanazione della misura di prevenzione personale.

il divieto a contrarre con la PA si estende a coloro che convivono con il soggetto destinatario della misura di prevenzione nonché ad associazioni, imprese, società e consorzi di cui la persona sottoposta sia amministratore o influenzi scelte ed indirizzi.

Il divieto ha durata massima di cinque anni ma non comporta automaticamente che l'operatore economico possa essere ammesso alla pubblica gara in quanto solo dopo tre anni dallo scadere della misura il soggetto può chiedere la "riabilitazione" che gli viene concessa per buona condotta. Tale termine è pari a cinque anni nei casi di indiziati di appartenere alla criminalità organizzata oppure in casi di reati di mafia di cui all'art. 51 comma terzo bis c.p.p.

Ai sensi dell'art. 84 comma terzo del D.Lsg. 159/2011 "L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4."

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte:

a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;

c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli 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, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;

d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;

e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d);

f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto:

- a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza;
- b) per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione;
- c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico;
- d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate;
- e) per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci;
- f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari;
- g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato;
- h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti;
- i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie.

Nel caso in cui l'informativa antimafia sia stata emessa nei confronti di una impresa di un'ATI troverà applicazione l'art. 95 comma 1 del D.Lgs. 159/2011 che prevede:

“Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto.”

Il mancato pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali (art. 80 comma quarto)

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.

Il correttivo del codice appalti ha modificato tale previsione nel modo seguente:

(....) Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale

Problematiche concernenti il DURC:

- 1) limiti temporali di validità delle informazioni contenute nel DURC (informazioni risalenti all'ultimo giorno del secondo mese precedente la richiesta)
- 2) Efficacia del DURC - pari a 120 giorni
- 3) Invito alla regolarizzazione da parte degli Enti previdenziali (Adunanze Plenarie del 2016 che limitavano tale possibilità solo a DURC richiesti dall'operatore e non anche dalla PA).

Problematiche queste ultime superate dalla istituzione di una banca dati unica ON LINE con certificato UNICO che non consente di operare distinzioni a seconda del soggetto richiedente.

Consiglio di Stato 24 novembre 2016 n. 4960

“Si osserva al riguardo che anche la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera g) del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), 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 (in tal senso – ex multis –: Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3375; id., V, 7 aprile 2015, n. 1769).”

Inosservanza degli obblighi in materia di salute, ambiente e sicurezza sul lavoro

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: 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.

Discrezionalità della Stazione appaltante nel dimostrare con ogni mezzo adeguato.

Gravi infrazioni debitamente accertate (cosa si intende per debitamente accertate?).

Necessità di stabilire un limite temporale.

Le procedure concorsuali

L'esclusione dalla pubblica gara opera quando 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.

Problemi applicativi si sono riscontrati con riferimento alla presentazione della domanda di concordato "prenotativo" o "concordato in bianco" in quanto viene consentita dal "sistema" (ad eccezione dell'art. 110 del Codice appalti) la partecipazione alla gara dell'operatore economico che sia ammesso a concordato con continuità aziendale.

L'illecito professionale (art. 80 comma quinto lettera C)

L'operatore economico andrà escluso quando 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;

Linee Guida ANAC n. 6 adottate con delibera n. 1293 del 16/11/2016

Sono state estese le ipotesi di illecito professionale in quanto l'ANAC ha altresì previsto l'esclusione del concorrente nel caso di reati di cui all'art. 355 c.p. (inadempimento di contratti di pubbliche forniture) e 356 c.p. (frode nelle pubbliche forniture) nonché per il delitti di cui all'art. 353 c.p. (turbata liceità degli incanti), art. 353 bis c.p. (turbata libertà di scelta del contraente) e art. 354 c.p. (astensione dagli incanti).

In questi casi la Stazione appaltante deve valutare in un procedimento di carattere discrezionale gli elementi che sono eventualmente al vaglio dell'autorità giudiziaria e che non abbiano ancora dato luogo ad una sentenza definitiva (perché in tal caso si verrebbe a configurare l'ipotesi di esclusione di cui all'art. 80 comma primo del codice contratti pubblici).

Limite di operatività ex art. 57 paragrafo 7 della direttiva n. 24/2014 è pari a tre anni dalla commissione dell'illecito.

Consiglio di Stato, 27 aprile 2017 n. 1955

La norma dell'art. 80 comma quinto lettera c fa espresso riferimento alla conferma in esito ad un giudizio con la conseguenza che non è possibile l'esclusione di un concorrente allorquando difetta quest'ultimo presupposto, perché il giudizio civile è stato definito in una fase incidentale, di natura cautelare, contro l'atto di risoluzione adottato dalla stazione appaltante, mentre rimane tuttora impregiudicato il merito.

Non è per contro fondata l'interpretazione contraria secondo cui la disposizione in esame del nuovo codice dei contratti pubblici sarebbe riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), del codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e dunque consentirebbe alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.

Il conflitto di interessi non altrimenti risolvibile

Causa di esclusione inedita rispetto al previgente art. 38 D.Lgs. 163/2006 prevede la esclusione quando la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Il provvedimento di esclusione dovrà essere adeguatamente motivato.

Si ha conflitto d'interesse ai sensi dell'art. 42 comma secondo "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. "

La distorsione della concorrenza non altrimenti risolvibile

la lettera e dell'art. 80 del Codice appalti prevede l'esclusione del concorrente nel caso di una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento (dell'operatore economico o di un subappaltatore designato nella terna di cui all'art. 105 comma sesto) nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive.

L'art. 67 del medesimo codice prevede che "Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata.

2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice."

Le sanzioni interdittive

L'esclusione andrà inoltre disposta qualora (lettera f dell'art. 80) 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.

In sostanza le sanzioni interdittive si dividono in tre gruppi:

- quelle di cui all'art. 9 comma secondo lettera c) del D. Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche;
- quelle di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008
- altre ipotesi in cui il legislatore abbia previsto la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la PA

Il correttivo appalti ha introdotto due nuove fattispecie:

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. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

Le false dichiarazioni

Viene altresì prevista l'esclusione (lettera g comma 5 art. 80) dalla pubblica gara in capo all'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.

(con riferimento a tale fattispecie si dovrà fare espresso riferimento a quanto ancora stabilito dall'art. 78 comma 5 e 79 comma 18 del regolamento di attuazione del "vecchio codice").

art. 80 comma 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.

In caso di iscrizione quindi la PA dovrà emettere il provvedimento di esclusione e non potrà sindacare.

La violazione del divieto di intestazione fiduciaria

Ai sensi dell'art. 80 comma quinto lettera h viene escluso dalla pubblica gara 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 è stata rimossa.

Non tutte le intestazioni fiduciarie sono indici di possibile infiltrazione malavitosa in quanto sono autorizzate le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti.

In mancanza di comunicazione entro tale termine la stazione appaltante procederà con la esclusione dell'operatore economico.

L'inosservanza della legge sull'inserimento dei disabili e dell'obbligo di presentare la dichiarazione sostitutiva di certificazione.

ai sensi della lettera i del quinto comma dell'art. 80 viene escluso dalla pubblica gara l'operatore economico che non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero NON (dopo correttivo) autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito.

In sostanza viene sanzionato il comportamento dell'operatore che ometta di presentare la dichiarazione relativa all'avvenuto adempimento degli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 oppure che non dichiari di non essere soggetto a tali obblighi (perchè ad esempio impiega meno di 15 lavoratori dipendenti).

L'omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione

Deve essere escluso ai sensi della lettera l) del comma quindi art. 80 l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 (concussione) e 629 (estorsione) 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. 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'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

L'ANAC secondo pacifico orientamento giurisprudenziale dovrà avviare un procedimento in contraddittorio con l'operatore economica vittima di reati di concussione ed estorsione e che non li abbia denunciati alla autorità (salvo i casi di legittima difesa, stato di necessità, adempimento di un dovere o esercizio di una facoltà legittima).

I soggetti cui si dovrà fare riferimento all'interno delle società sono gli stessi (previsti dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006) di cui al D.Lgs. 159/2011 sulle informative antimafia.

La riconducibilità di più offerte ad un unico centro decisionale

Ai sensi della lettera m del comma quinto dell'art. 80 dovrà essere escluso dalla gara l'operatore economico che 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.

La norma non vieta in sostanza ad imprese che si trovino in rapporto di collegamento o controllo di partecipare simultaneamente ad una gara essendo "vietata" la presunzione assoluta che ciò implichi la imputabilità delle domande ad un unico centro decisionale.

Occorre quindi che la stazione appaltante con provvedimento motivato escluda dalla procedura il concorrente qualora vi siano seri indizi che le domande di partecipazione presentate siano da ricondurre ad un unico centro decisionale.

TRga TRENTO 26 aprile 2017 n. 142

La norma fissata dall'art. 80, co. 5 lett. m, del d.lgs. n. 50/2016, richiamata nei documenti di gara, al pari di quella precedentemente dettata dall'art. 38, co. 1 lett. m-quater del d.lgs. n. 163/2006, nel sanzionare con l'esclusione le offerte imputabili ad un unico centro decisionale assolve alla funzione di garantire nelle gare pubbliche i principi di segretezza e serietà delle offerte e di leale ed effettiva competizione (Cons. di Stato, sez. V, 1.8.2015 n. 3768).

Peraltro, il sanzionato collegamento sostanziale fra le offerte dei partecipanti viene ravvisato nella presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti rivelatori, ex art. 2729 cod. civ., della sussistenza di un medesimo centro di interessi comprovata, secondo il costante e condiviso insegnamento giurisprudenziale (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 11.7.2016 n. 3057; Tar Lombardia Milano sez. I, 29.11.2016 n. 2248), anche dalla presenza di legami parentali, dall'analogia nelle modalità di presentazione delle offerte e dalla coincidenza delle sedi o residenze degli offerenti.

TAR Roma, 13.12.2016 n. 12405

Considerato che la disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016 (come già l'omologa previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m - quater del d.lgs. n. 163/2006), non trova applicazione nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi; ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura si conclude con un'aggiudicazione (cfr., ex plurimis TAR Napoli, sez. I, sentenza n. 5572 del 2.12.2015, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3241 del 26.6.2015; TAR Lazio, sez. II[^] ter, sentenza n. 6048 del 5.5.2015).

il DGUE

Il DGUE è un'autodichiarazione dell'operatore economico che fornisce una prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi, di soddisfare i pertinenti criteri di selezione e di rispettare, se del caso, le norme e i criteri oggettivi fissati al fine di limitare il numero di candidati qualificati da invitare a partecipare.

Il DGUE contiene una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico in cui si attesta che i pertinenti motivi di esclusione non si applicano, che i pertinenti criteri di selezione sono soddisfatti e che l'operatore fornirà le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Se gli appalti sono suddivisi in lotti e i criteri di selezione sono diversi tra i vari lotti si dovrebbe compilare un DGUE per ogni lotto (o gruppo di lotti con identici criteri di selezione).

Il DGUE è finalizzato a ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione.

Il DGUE indica inoltre l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado di fornire, su richiesta e senza indugio, tali documenti complementari.

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica, in ottemperanza all'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE; l'applicazione di tale disposizione può però essere rinviata al più tardi fino al 18 aprile 2018. Ciò significa che le due versioni del DGUE, quella interamente elettronica e quella su carta, possono coesistere al più tardi fino al 18 aprile 2018. Il citato servizio DGUE permetterà agli operatori economici di compilare il DGUE in forma elettronica in tutti i casi, mettendoli così in grado di avvalersi pienamente delle funzionalità offerte (non ultima quella di riutilizzare le informazioni). Per l'utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici è stato rinviato (anche questo è possibile al più tardi fino al 18 aprile 2018) il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici.

Per agevolare gli operatori economici nella compilazione del DGUE gli Stati membri hanno facoltà di adottare linee guida sul suo utilizzo.

Il DGUE è articolato nelle parti e sezioni seguenti:

— Parte I. Informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore

— Parte II. Informazioni sull'operatore economico

— Parte III. Criteri di esclusione:

A: Motivi legati a condanne penali

B: Motivi legati al pagamento di tasse o imposte o contributi assistenziali o previdenziali

C: Motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o gravi illeciti professionali

D: Altri motivi di esclusione eventualmente previsti dalla legislazione nazionale dello Stato membro cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore.

— Parte IV. Criteri di selezione:

α : Indicazione generale per tutti i criteri di selezione

A: Idoneità

B: Capacità economica e finanziaria

C: Capacità tecniche e professionali

D: Sistemi di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale

— Parte V. Riduzione del numero di candidati qualificati

— Parte VI. Dichiarazioni finali

Quando predispongono i documenti di gara per una data procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono indicare nell'avviso di indizione di gara, nei documenti di gara ivi citati o nell'invito a confermare interesse quali informazioni sono richieste agli operatori economici.

L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può chiedere all'offerente, in qualsiasi momento della procedura, di presentare tutti i certificati e documenti complementari richiesti, o parte di essi, se necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono decidere di limitare le informazioni richieste in merito ai criteri di selezione ad una sola domanda, che preveda la risposta «sì» o «no» sul fatto che gli operatori economici soddisfino tutti i criteri di selezione richiesti, o possono essere vincolati a tale limite dagli Stati membri. Sebbene a ciò possano far seguito richieste di ulteriori informazioni e/o documentazione, si dovrebbe provvedere a evitare di imporre eccessivi oneri amministrativi agli operatori economici richiedendo sistematicamente la presentazione di certificati e altre forme di prove documentali a tutti i partecipanti a una data procedura di appalto, e ad astenersi dalla prassi di selezionare in maniera discriminatoria gli operatori economici ai quali richiedere tale documentazione.

L'operatore economico può essere escluso dalla procedura di appalto o essere perseguito a norma del diritto nazionale se si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel compilare il DGUE o, in generale, nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, ovvero se non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari.

Il soccorso istruttorio inizialmente previsto dall'art. 83 comma 9 D.Lgs. 50/2016

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, perchè 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.

Il Soccorso istruttorio dopo il correttivo

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, potranno essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio, senza pagamento della sanzione: in particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di 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 economica e all'offerta tecnica, 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. 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.

Eliminato, dunque, il soccorso istruttorio per le irregolarità formali.

Le stazioni appaltanti potranno soccorrere il concorrente in quattro ipotesi:

- 1) In caso di carenze di qualsiasi elemento formale della domanda;
- 2) In caso di qualsiasi mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale degli elementi del documento di gara unico europeo;
- 3) in caso di irregolarità formali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali;
- 4) in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità non essenziale dell'offerta tecnico economica.

Dalle Linee guida ANAC n°3 sul RUP

“il controllo della documentazione amministrativa, è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, sempre se nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante.

In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate”.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 5488 del 28 dicembre 2016, si è pronunciato sull'applicabilità del soccorso istruttorio nelle gare di appalto per sanare dichiarazioni che difettano di elementi essenziali ai fini della partecipazione.

I giudici di Palazzo Spada, richiamando un orientamento fatto proprio dall'Adunanza Plenaria della stessa corte, hanno ravvisato che "nei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un appalto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara".

Tale affermazione trova giustificazione nel fatto che non può essere consentito di ovviare alla mancata produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione (come ad es. dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio, proprio perché tale condizione è sufficiente per l'esclusione dalla gara stessa.

TAR Lombardia Milano 14 luglio 2016 n. 1423

Al corretto esercizio del soccorso istruttorio si frappongono limiti cronologici e oggettivi, in base ai quali esso può avere ad oggetto soltanto informazioni preesistenti alla richiesta di integrazione o di regolarizzazione (con esclusione di quelle sopravvenute) e informazioni incomplete o irregolari ma pur sempre veritiere e pertinenti (con esclusione di quelle false).

Il suddetto principio assolve la funzione di rimedio a una situazione di insufficienza documentale al cui assolvimento è preposto il responsabile del procedimento, il quale ex art. 6 lett. b) L. 241/1990 "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

In merito al quesito proposto, il Consiglio di Stato nel 2012 ha affermato che la regolarizzazione non può tradursi in una vera e propria correzione postuma per ovviare alle irregolarità non sanabili.

Grazie per l'attenzione