

L'individuazione analitica delle cause di esclusione dalle gare d'appalto

Roma, 17 dicembre 2015

Avv. Elio Leonetti



Il principio di tassatività della cause di esclusione

- Art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 > principio di tassatività delle cause di esclusione > La stazione appaltante dispone l'esclusione del concorrente dalla gara in caso di:
 - mancato adempimento alle prescrizioni previste dal d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici) e dal d.p.r. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione) e da altre disposizioni di legge vigenti;
 - incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta;
 - difetto di sottoscrizione o difetto di altri elementi essenziali dell'offerta;
 - non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione > tali prescrizioni sono comunque nulle.



Il Bando-Tipo ANAC

- Art. 64 del d.lgs. n. 163/2006 > L'AVCP (ora ANAC) predispose i c.d. bandi-tipo, nel quale individua le cause tassative di esclusione
- In base a tale previsione, L'AVCP ha adottato la determinazione n. 4/2012 (recante “*Bando-Tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*”), con la quale è stato fornito il quadro giuridico di riferimento relativamente alla individuazione delle cause di esclusione alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione.



L'impatto del c.d. soccorso istruttorio a pagamento

- Il DL n. 90/2014 ha integrato il testo degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006 introducendo una significativa innovazione nel panorama normativo, in quanto consente la regolarizzazione, a fronte del pagamento di una sanzione, di elementi e/o dichiarazioni non solo incompleti o irregolari, ma anche mancanti, superando il precedente assetto normativo e giurisprudenziale secondo cui il “soccorso” dei concorrenti era comunque precluso nei casi di totale assenza del documento o dichiarazione necessari per la partecipazione alla gara.
- La possibilità di regolarizzazione impatta quindi sulla catalogazione della cause di esclusione contenuta nel Bando-Tipo AVCP del 2012



La consultazione ANAC sul nuovo Bando-Tipo per servizi e forniture

- Nel Maggio del 2015, l'ANAC ha avviato la consultazione per la predisposizione del nuovo Bando-Tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture, con individuazione delle cause di esclusione alla luce delle delle novità introdotte dal DL n. 90/2014
- La consultazione si è conclusa e siamo in attesa dell'adozione del testo definitivo del Bando-Tipo



Le ipotesi di regolarizzazione della documentazione

- Gli ambiti della sanabilità delle omissioni, incompletezze e irregolarità essenziali:
 - a) elementi e dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006;
 - b) elementi e dichiarazioni (anche di soggetti terzi) che devono essere prodotte in gara dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (art. 46 del d.lgs. n. 163/2006)
- L'ANAC ha adottato la Determinazione n. 1/2015 su “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nuova disciplina del soccorso istruttorio)*” al fine di fornire un'interpretazione della nuova normativa che consenta un'applicazione uniforme da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori economici



Le ipotesi di irrogazione della sanzione

- In base al tenore testuale della disposizione, la sanzione pecuniaria è direttamente connessa alla omissione o irregolarità posta in essere dal concorrente > pertanto la sanzione dovrebbe essere irrogata anche nell'ipotesi in cui il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare
- Nella determinazione n. 1/2015 e nel Comunicato del Presidente 25 marzo 2015, l'ANAC ha invece precisato che la sanzione deve essere applicata solo nel caso in cui il concorrente si avvalga del soccorso istruttorio > tale interpretazione è stata recentemente condivisa da TAR Emilia Romagna, Parma, ord. N. 142/2015 *“ in quanto più in linea con la ratio deflattiva sottesa alla novella normativa in discorso” e perché “sarebbe illogica e ingiustamente afflittiva la sanzione pecuniaria per il concorrente che, reso edotto dell'incompletezza o di altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, scelga di ritirarsi dalla competizione (non avvalendosi del soccorso istruttorio) consentendo alla stazione appaltante di procedere celermente con le operazioni di gara senza strascichi giudiziari”*
- Posizione contraria emersa in seno alla Corte dei Conti: la sanzione è dovuta anche nel caso in cui il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare ed il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile (cfr. relazione annuale Procuratore Generale Corte Conti Lombardia 2015)



Le ipotesi di irrogazione della sanzione *(segue)*

- La posizione adottata dalla Corte dei Conti è stata assunta anche nella recentissima sentenza TAR Abruzzo L'Aquila sez. I 25 novembre 2015 n. 784

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

- *“il nuovo comma 2 bis dell'art. 38 citato ha introdotto una sanzione pecuniaria, che non è alternativa e sostitutiva rispetto all'esclusione, ma colpisce l'irregolarità essenziale, in sé per sé considerata, indipendentemente dal fatto che essa venga successivamente sanata o meno dall'impresa interessata”.*



La sanabilità delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006

- Ogni mancanza, incompletezza ed irregolarità essenziale delle dichiarazioni richieste dall'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 è sanabile

➤ Unica eccezione: l'ipotesi della falsa dichiarazione:

-es. l'omessa indicazione delle sentenze di condanna riportate dai soggetti di cui alla citata lett. c), se avviene secondo modalità che integrino gli estremi di una dichiarazione negativa del concorrente (perché dichiara espressamente di non averne riportate, eventualmente anche contrassegnando sul modulo predisposto dalla stazione appaltante la casella relativa all'assenza delle sentenze), laddove, invece, le stesse sussistano, la fattispecie integra gli estremi del falso in gara con tutte le implicazioni in termini di non sanabilità della dichiarazione resa (perché la stessa non sarebbe semplicemente mancante ovvero carente ma non corrispondente al vero) e conseguente esclusione del concorrente dalla gara nonché segnalazione del caso all'Autorità;

- diversamente, se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna è completamente omessa, ovvero se si dichiara di averne riportate senza indicarle, può essere richiesto rispettivamente di produrla o di indicare le singole sentenze riportate.



La sanabilità delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 (segue)

“il soccorso istruttorio rinforzato è applicabile solo in caso di dichiarazioni od elementi carenti od incompleti, ma giammai nella diversa ipotesi di dichiarazioni mendaci, le quali sono soggette all'apposito corredo sanzionatorio di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, che commina la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, ossia nella specie dall'atto di ammissione alla gara” (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 1 dicembre 2015 n. 5530);

“La dichiarazione di assenza di condanne rilevanti ai sensi della lettera c) dell'art. 38 in parola e la conseguente omessa indicazione della sentenza riportata dall'amministratrice della ricorrente, integrano, dunque, gli estremi del falso in gara, con tutte le implicazioni che ne derivano anche in termini di non sanabilità della dichiarazione. L'impugnata esclusione dalla gara non può, dunque, ritenersi illegittima in ragione della mancata applicazione del comma 2 bis dell'art. 38 del d. lgs. 163/06, come introdotto dalla legge di conversione del d.l. 90/2014, con conseguente rigetto della quarta censura dedotta” (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II 6/2/2015 n. 201);

“nel caso di specie si è al cospetto di un'ipotesi di “falsa dichiarazione” e non di omessa o incompleta dichiarazione, con la conseguenza che non possono trovare applicazione l'istituto del c.d. “soccorso istruttorio” ovvero l'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. (...)” (TAR Lazio, Roma, Sez. I 1/6/2015 n. 7744)



Le irregolarità sanabili

- La regolarizzazione è estesa a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni anche di soggetti terzi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge o alla disciplina di gara > si tratta di quelle irregolarità che, in base alla previgente disciplina, avrebbero condotto all'esclusione dalla gara secondo l'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006
 - Individuazione delle irregolarità documentali non essenziali, le quali non costituiscono cause di esclusione e non comportano pertanto l'irrogazione della sanzione
- Es. il Passoe: è il presupposto affinché l'operatore economico possa essere verificato attraverso il sistema Avcpass ma la mancata inclusione del suddetto documento non costituisce causa di esclusione dalla gara > si tratta pertanto di una carenza documentale non "essenziale" (cfr. TAR Lazio Roma sez. II bis 7 agosto 2015 n. 10753; Parere ANAC 21/10/2015 n. 176) > il passoe deve comunque essere fornito dall'impresa in tempo utile per consentire la verifica dei requisiti: occorre quindi dare un termine all'impresa, scaduto il quale, secondo l'ANAC, si procede all'esclusione dalla gara.



Le irregolarità sanabili

- La regolarizzazione riguarda la documentazione da produrre in gara ma non può consentire di supplire a carenze dell'offerta (tecnica ed economica) > l'ampliamento del soccorso istruttorio che consentisse il completamento o l'integrazione dell'offerta altererebbe la *par condicio*
- La regolarizzazione non può operare per l'acquisizione in gara di un requisito o di una condizione di partecipazione che risulta mancante alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte > i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente alla scadenza del termine della presentazione delle offerte (o delle domande di partecipazione), senza possibilità di acquisirli successivamente



Le irregolarità sanabili: la casistica

- La dichiarazione di accettazione delle condizioni di gara e/o la sottoscrizione del capitolato (o altra documentazione di gara) per in segno di accettazione (cfr. TAR Puglia, Bari, ordinanza 13/2/2015 n. 101);
 - La dichiarazione degli impegni contenuti nei c.d. protocolli di legalità
 - Le dichiarazioni sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa e di ordine professionale (a condizione che il requisito sussista)
 - La cauzione provvisoria
- ANAC > la regolarizzazione trova applicazione anche con riferimento alla cauzione provvisoria purché sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data.
- TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 10 giugno 2015 n. 8143 > la cauzione non costituisce elemento essenziale dell'offerta ed è integralmente sanabile



Le irregolarità sanabili: la casistica

- Sottoscrizione dell'offerta
- ✓ ANAC > la sottoscrizione della domanda di partecipazione e dell'offerta ha la funzione di ricondurre al suo autore la manifestazione di volontà di partecipare alla gara ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa. Essa costituisce un elemento essenziale di entrambe tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile se l'offerta è comunque riconducibile al concorrente e cioè se non vi è incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta stessa
- ✓ TAR Lombardia, Sez. IV, 13/7/2015 n. 1629 > *“Il collegio ritiene, invero, che non possa ritenersi di certa provenienza una domanda non sottoscritta, contrastando tale interpretazione, irrimediabilmente, con le pacifiche conclusioni in tema di inesistenza di un documento non sottoscritto, nonché con lo stesso disposto dell’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, che al comma 1-bis legittima, come visto, la stazione appaltante all’esclusione, tra le altre ipotesi, proprio di un candidato nel caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell’offerta e per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali della stessa”; (...)* *“Nella fattispecie all’esame del collegio, invece, non sussiste alcun elemento (sigla o altro) tale da poter in qualche modo ricondurre l’offerta tecnica prodotta alla cooperativa controinteressata, in modo da escluderne l’incertezza assoluta sulla provenienza”*



Le irregolarità insanabili: la casistica

- Il pagamento del contributo di gara all'ANAC
 - ANAC > Il versamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta e cioè una carenza insanabile, ad eccezione dell'ipotesi in cui il pagamento del contributo era comunque stato effettuato tempestivamente ed è stata omessa l'allegazione della ricevuta dell'intervenuto pagamento
- La dichiarazione inerente la volontà di ricorrere all'avvalimento dei requisiti ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e, secondo l'ANAC, la mancata stipulazione del contratto di avvalimento al momento della presentazione dell'offerta elementi insanabili



Le irregolarità insanabili

- Modalità di presentazione delle offerte:
 - Mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;
 - Apposizione sul plico esterno generale di una indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
 - Mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni



Le irregolarità insanabili (segue)

- L'indicazione dei costi della sicurezza c.d. aziendali
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 3 e n. 9 del 2015 > obbligatorietà dell'indicazione dei costi della sicurezza anche a prescindere da una espressa previsione di gara e loro insanabilità mediante soccorso istruttorio a pagamento
- Consiglio di Stato sez. III 24/11/2015 n. 5340 > sia negli appalti di lavori che negli appalti di servizi e forniture costi della sicurezza costituiscono elemento essenziale dell'offerta insanabile che deve essere indicato anche nell'ipotesi in cui la disciplina di gara (e/o il modello di offerta messo a disposizione dalla stazione appaltante) non richieda tale adempimento
- Eccezione: servizi esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 (art. 19 e 20) e concessioni di servizi (art. 30) > l'obbligo a pena di esclusione sussiste solo in presenza di una espressa previsione di gara



Le irregolarità insanabili (segue)

- Ordinanza TAR Piemonte sez. II 16/12/2015 n. 1745 > rimessione della questione dei costi della sicurezza alla Corte di Giustizia UE
- Va sollevato davanti alla Corte di Giustizia europea il seguente quesito interpretativo: *“Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui (da ultimo) alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e dall’art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, così come interpretato, in funzione nomofilattica, ai sensi dell’art. 99 cod. proc. amm., dalle sentenze dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 3 e 9 del 2015, secondo la quale la mancata separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di lavori pubblici, determina in ogni caso l’esclusione della ditta offerente, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata non sia stato specificato né nella legge di gara né nell’allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l’offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale”.*



Cause di esclusione alla luce dello schema del nuovo di Bando Tipo ANAC

- Assenza dei requisiti per la partecipazione alla procedura
- Violazione dei divieti di partecipazione plurima previsti dal d.lgs. n. 163/2006
- Mancata idonea sigillatura del plico contenente l'offerta
- Mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica
- Inserimento di elementi concernenti il prezzo offerto in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica
- Presentazione di offerte plurime, condizionate, tardive, alternative o espresse in aumento rispetto all'importo posto a base d'asta
- Predisposizione dell'offerta economica priva di uno degli elementi essenziali (carenze progetto tecnico o documentazione tecnica; prezzo offerto, ribasso, oneri della sicurezza)
- Mancata effettuazione del sopralluogo obbligatorio (essenziale ai fini della presentazione dell'offerta);



Ciclo formativo 2015

Grazie per l'attenzione

Avv. Elio Leonetti

Chiomenti Studio Legale

Roma, Via XXIV Maggio n. 43 – tel. 06/466221

e-mail: elio.leonetti@chiomenti.net