

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

Ipotesi di esclusione da una gara: valutazione esclusiva della stazione appaltante¹.

1. Fatto

Il Tar Emilia-Romagna Sezione n. 1 con sentenza 191 del 3 aprile 2023 si è pronunciato in merito alla mancata esclusione dell'aggiudicataria società Promo Rigenera S.r.l. dal lotto di una procedura di gara ad evidenza ristretta con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del minor prezzo.

La seconda classificata ricorre al giudice amministrativo contro la stazione appaltante impugnandone così l'aggiudicazione ed i verbali di gara per l'asserita violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c) bis² del D. Lgs 50/2016. La stazione appaltante non avrebbe escluso l'aggiudicataria dalla procedura a causa dell'omissione della dichiarazione di una precedente esclusione della Promo Rigenera S.r.l. da una procedura selettiva ad evidenza pubblica, avvenuta con provvedimento dell'Agenzia delle Entrate – Direzione Marche prot. 365 del 10 febbraio 2022. Nello specifico avrebbe commesso grave illecito professionale per il mancato rispetto di criteri ambientali minimi per la fornitura del materiale di consumo per le stampanti (oggetto della fornitura). Requisiti minimi ambientali richiesti anche nella procedura oggetto della vicenda.

Il Tar respinge il ricorso, offrendo un'analisi del comma 5 lett. c) e c)-bis art. 80 ed alla possibilità di applicazione automatica o discrezionale con riferimento all'affidabilità professionale del partecipante alla procedura.

2. Applicazione automatica o discrezionale

Con riferimento all'art. 80, comma 5, lett. c) e c) bis del D. Lgs 50/2016, le stazioni appaltanti escludono gli operatori per i quali sia dimostrato, con mezzi adeguati, che l'operatore sia di

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

² Art. 80 D. Lgs 50/2016 comma 5 lett. c) e c)-bis: [...] 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; c-bis) l'operatore economico 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 o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

dubbia affidabilità ed integrità professionale essendosi reso colpevole di gravi illeciti. Allo stesso modo opera l'esclusione qualora l'operatore economico abbia omesso informazioni dovute, ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Il giudice nell'esaminare l'intero *iter* con il quale si è giunto all'aggiudicazione della stessa, ha verificato che la stazione appaltante non ha considerato tale vicenda idonea ad incidere negativamente sull'esito della procedura, escludendo la gravità anche dal fatto che non vi sia stato da parte dell'ANAC iscrizione al casellario³. La norma contenuta nell'art. 80, è una norma del tutto residuale che non opera automaticamente, bensì concede un ampio margine valutativo in merito all'affidabilità professionale dell'operatore, Ovviamente la valutazione è in capo all'esclusiva pertinenza della stazione appaltante, la quale deve dimostrare con mezzi adeguati la gravità della vicenda in relazione alla propria procedura. Con riferimento all'omessa informativa legata a cause di esclusione disposte nei confronti dell'operatore economico, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che non vi è violazione del comma 5 lett. c)-bis dell'art. 80 del Codice appalti vigente, poiché tali atti che nascono all'interno di altre procedure non hanno efficacia ultrattiva in altre.

3. I motivi di esclusione alla luce del nuovo Codice appalti

Il nuovo codice degli appalti D. Lgs 36 del 31 marzo 2023⁴, riscrive l'art. 80 del vigente Codice degli appalti, dedicando il Capo II del Titolo IV ai "Requisiti di ordine generale" (artt. 94 - 98). Gli articoli interessati declinano e riorganizzano la materia, trattando separatamente le cause di esclusione, quelle automatiche da quelle non automatiche, dalla disciplina dell'esclusione e l'illecito professionale grave, introducendo inoltre le cause di esclusione di partecipanti all'interno di raggruppamenti. Passando ad analizzare le novità, il nuovo codice rivoluziona la specie dei gravi illeciti professionali perché non vengono più considerati come un numero aperto di ipotesi, bensì sono tassativamente elencati nell'art. 98⁵ al quale viene fatto espresso rinvio anche dall'art. 95 comma 1 lett. e) "*che l'offerente abbia commesso un illecito*

³ Il Casellario Informatico raccoglie, da un lato, le informazioni soggette ad iscrizione obbligatoria tra cui i provvedimenti di esclusione dalle procedure, gli episodi di particolare negligenza professionale ecc...; dall'altro lato tutte le altre notizie ritenute utili ai fini della tenuta del Casellario stesso. Ai sensi dell'art. 213 co.10 d.lgs. 50/2016 le notizie da inserire nel Casellario risultano quindi essere: le notizie espressamente previste dall'art. 80, in base al quale l'iscrizione è dovuta in caso di presentazione di falsa documentazione o false dichiarazioni, rese con dolo o colpa grave, nelle procedure di gara e negli affidamenti in subappalto oppure le notizie ritenute "utili" dall'ANAC, a vario titolo (es. verifica dei gravi illeciti professionali, sussistenza dei requisiti di partecipazione, ecc...).

⁴ Il nuovo codice è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ma le sue disposizioni acquistano efficacia a decorrere dal 1° luglio 2023;

⁵ Per esempio, oltre ai casi già previsti dall'art. 80, co. 5, D.Lgs. n. 50/2016, il nuovo codice intende sanzionare con l'esclusione facoltativa anche quegli operatori per i quali sia stata contestata o persino accertata la commissione dei reati di cui al D.Lgs. n. 231/2001. Tramite un rinvio esterno, quindi, il nuovo codice amplia notevolmente il novero delle condotte rilevanti in sede di gara. Allo stesso tempo l'art. 98, co. 3, lett. h), precisa che ad essere rilevanti saranno solo i reati consumati.

professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi”.

Con riferimento alle conseguenze per la violazione degli obblighi dichiarativi, il codice appalti vigente indica come le omissioni dichiarative o il mendacio possono condurre da sole all'esclusione dell'operatore economico. Il nuovo codice appalti all'art. 96 comma 14⁶ dispone una prospettiva opposta: tali fattispecie non comportano più di per sé l'esclusione dell'operatore, ma devono essere valutate soltanto per misurarne la gravità. Se volessimo tracciare delle analogie con la normativa vigente sarebbe possibile affermare che la disciplina del procedimento di esclusione mantiene l'impostazione del codice appalti di cui al D.Lgs. 50/2016, considerando tuttavia che trova operatività quel concetto denominato *self cleaning* che opera qualora un operatore incappi in una causa di esclusione facoltativa e nello specifico potrà provare di aver adottato tutte le misure riparative volte a dimostrare di essere ancora affidabile infatti *un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto.*

⁶ *L'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'articolo 98.*

