



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA



**Linea 2.5 "Rafforzamento della capacità di
attuazione dei Fondi SIE da parte degli Enti Locali"**

WEBINAR 24 LUGLIO 2020

Requisiti generali per la partecipazione ad appalti pubblici, analisi delle fattispecie previste dall'art.80 Codice Appalti, alla luce delle novità introdotte dallo Sbocca cantieri, dal Decreto Semplificazioni e dalla giurisprudenza più recente.

Avv. Elisa Vannucci Zauli



Unione Europea



Repubblica Italiana



Regione Siciliana



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

REQUISITI GENERALI

I REQUISITI GENERALI (art. 80 Codice appalti)

Comma 1 - Condanne definitive

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 (art. 1, c. 18, secondo periodo, decreto sblocca-cantieri: fino al 31 dicembre 2020, il subappaltatore non deve essere indicato in fase di gara)~~, per uno dei seguenti reati:

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416 (ass. per delinquere), 416-bis (ass. di tipo mafioso) 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 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (ass. finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope), dall'articolo 291-quater del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (ass. per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri) e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, art. oggi abrogato!), 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 (concussione), 318 (corruzione di pubbl. uff. per l'esercizio della sua funzione), 319 (corruzione di pubbl. uff. per un atto contrario ai doveri di ufficio), 319-ter (corruzione di p.u. in atti giudiziari), 319-quater (induzione indebita di terzi, a dare o promettere utilità, da parte di p.u. o incaricato di pubblico servizio), 320 (Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio per fattispecie di cui agli artt. 318 e 319), 321, 322 (Istigazione alla corruzione), 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri), 346-bis (traffico di influenze illecite), 353 (turbata libertà degli incanti), 353-bis (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 354 (astensione dagli incanti), 355 (inadempimento di pubbliche forniture) e 356 del codice penale (frode nelle pubbliche forniture) nonché all'articolo 2635 del codice civile (corruzione tra privati).



REQUISITI GENERALI

Comma 1 - Condanne definitive

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

c) frode ai sensi dell'art. 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 (**riciclaggio**), 648-ter (**impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita**) e 648-ter.1 (**auto-riciclaggio**) 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 (v. elenco contenuto nell'art. 32 quater c.p.: ad esempio, **rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro**).



REQUISITI GENERALI

Le condanne devono essere definitive

Dunque, i carichi pendenti devono essere richiesti?

Consiglio di Stato sez. VI, 17/02/2017, n.726

E' nulla la clausola della lex specialis di gara sui carichi pendenti: al riguardo, il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006 (oggi riprodotto nell'art. 80 del vigente Codice Appalti), comporta la nullità, rilevabile d'ufficio dal giudice, della clausola della lex specialis la quale commini l'esclusione dalla procedura nel caso di omessa o di inesatta dichiarazione circa i carichi pendenti; ciò in quanto tale previsione introduce una causa di esclusione che non può ricondursi ad alcuna di quelle indicate dal legislatore, o da esse derivanti.

È stato al proposito osservato da questa Sezione (sentenza n. 1812 del 2016, §. 4.1.) che 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 veridica sia prevista "a pena di esclusione" e pertanto l'obbligo di indicare (con sostanziale comminatoria di esclusione) anche i carichi pendenti deriva(va) dall'applicazione di una clausola della lex specialis nulla e quindi per definizione improduttiva di effetti".

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11/09/2019, n. 10837

Nessuna tra le norme di cui al Codice dei contratti pubblici (o altra) stabilisce l'obbligo per l'operatore economico che partecipi ad una gara di comunicare alla stazione appaltante i carichi pendenti in capo ai soggetti indicati nell'art. 80, comma 3, del Codice stesso, fermo restando che, ai sensi dell'art. 80, comma 1, del predetto Codice, costituisce 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 art. 444 c.p.c. - per uno dei reati elencati nelle successive lettere da a) a g).



REQUISITI GENERALI

Le condanne devono essere definitive

Dunque, i carichi pendenti devono essere richiesti?

Diversa è però la situazione dei reati presenti nel CASELLARIO GIUDIZIALE, ma molto risalenti o non rientranti tra quelli ostativi ai sensi del comma 1 dell'art. 80.

Questi sono reati NON AUTOMATICAMENTE OSTATIVI, **ma che potrebbero rilevare ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico** ai sensi del comma 5, lett. c) o **c-bis**) in caso di omessa dichiarazione o falsa informazione in proposito.

Al riguardo, si ricorda però che la V Sezione del Consiglio di Stato, con [ord. 09.04.2020, n. 2332](#), **ha rimesso all'Adunanza Plenaria** l'interpretazione dell'art. 80, comma 5 (lett. c-bis), del d. lgs. n. 50 del 2016 in tema di dichiarazioni rese per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, relative a gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'affidabilità dell'impresa.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato i contrapposti interessi che vengono in rilievo nell'applicazione della disciplina degli obblighi dichiarativi delle imprese e la necessità, ai fini della applicazione della stessa, **di sciogliere la questione degli effetti della dichiarazione rispetto al suo contenuto (di informazioni false, fuorvianti o semplicemente omesse) e soprattutto sui concreti limiti di tale obbligo.**



REQUISITI GENERALI

Comma 2 – COMUNICAZIONE E INFORMATIVA ANTIMAFIA

Costituisce altresì motivo di esclusione la **sussistenza**, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di:

- **cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del d.lgs. 159/2011 – Codice Antimafia** (ad esempio: decadenza da diritto o sospensione del diritto o divieto di ottenere licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; di ottenere iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, di ottenere attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; di ottenere contributi o finanziamenti pubblici; ecc.);
- **o di un tentativo di infiltrazione mafiosa** di cui all'art. 84, comma 4, sempre del D.Lgs. 159/2011;

Quando dalla consultazione della BDNA (banca dati nazionale unica) emerge la sussistenza delle suddette cause di decadenza, di sospensione o di divieto, il prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia (per i contratti sotto-soglia) la **comunicazione antimafia interdittiva** (anziché **liberatoria**) o (per i contratti sopra-soglia) **l'informazione antimafia interdittiva** (anziché **liberatoria**) entro 30 gg dalla data della consultazione (artt. 88 e 92).

L'informazione antimafia attesta anche la sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa (art. 85).

Decorsi i detti 30 gg o nei casi di urgenza, immediatamente, le Stazioni Appaltanti procedono anche in assenza della comunicazione o dell'informazione antimafia (art. 88, comma 4 bis e art. 92, comma 3):

In caso di successivo esito negativo, le Stazioni Appaltanti potranno poi recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.



REQUISITI GENERALI

Comma 2 – COMUNICAZIONE E INFORMATIVA ANTIMAFIA

NOVITA *Decreto semplificazioni 16 luglio 2020, n. 76*

Art. 3, comma 2: Fino al 31 luglio 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, **si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria** immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA, salvo che emergano nei confronti dei soggetti sottoposti a verifica le situazioni di cui agli artt. 67 e 84, comma 4, lett. a), b) e c) sopra ricordate.

Questa, consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, fermo restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro trenta giorni.



REQUISITI GENERALI

Comma 3 - I 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, sono:

- **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.



REQUISITI GENERALI

TAR Puglia Lecce sez. II 28/4/2017 n. 669

Il Collegio richiama il condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui, <<nelle gare d'appalto, l'obbligo di dichiarare l'assenza dei pregiudizi penali, **è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica**, specie quando la legge di gara non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti (v. da ultimo T.A.R. Calabria Catanzaro, I, 21 luglio 2016, n. 1575 che richiama T.a.r. Lazio Roma, III quater, n. 6682/2012 e Cons. St., n. 1894/2013); in ogni caso trattasi di irregolarità per cui poteva operare il soccorso istruttorio, non essendo in presenza di un vizio tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione ai sensi del citato comma 9 dell'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016>> (T.A.R. Sicilia Catania, III, 2 febbraio 2017, n. 234)»

(l'esclusione senza contraddittorio dell'offerente in base ai motivi di cui al presente articolo deve essere disapplicata in seguito a Corte di Giustizia della U.E., seconda sezione, 30 gennaio 2020, causa C-395/18, dove priva l'operatore economico offerente della possibilità di dimostrare, conformemente alla direttiva, la propria affidabilità malgrado l'esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori)



REQUISITI GENERALI

CASI DI NON OPERATIVITA' DELL'ESCLUSIONE PER LE CAUSE DI CUI AI COMMII 1 E 2 DELL'ART. 80

Art. 80, comma 3, ult. capoverso: l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica:

- quando il reato è stato depenalizzato

- quando è intervenuta la riabilitazione

- 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 ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

RICORDA: ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, **l'estinzione del reato**, che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna (art. 80 d.lgs. n. 50/2016), **non è affatto automatica per il mero decorso del tempo, ma deve essere riscontrata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale (art. 676 c.p.p.)**, sola figura a cui l'ordinamento attribuisce la potestà di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria.

Fino a quando non intervenga il provvedimento giurisdizionale del giudice dell'esecuzione penale, che va di norma richiesto con istanza di parte, **non può legittimamente parlarsi di reato estinto e il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione**, da rendersi in sede di gara pubblica, circa la sussistenza dell'intervenuta condanna (Cons. St., sez. III, 29 maggio 2017, n. 2548; id. 5 ottobre 2016, n. 4118; id., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4077; id. 15 marzo 2017, n. 1172; contra: id., sez. VI, 7 maggio 2018 n. 2704).

C.d.S., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 761; TAR Napoli, 30.06.2017 n. 3518

L'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali «non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati [...] in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato (Cons. Stato sez. VI, 3.9.2013, n. 4392)»



REQUISITI GENERALI

CASI DI NON OPERATIVITA' DELL'ESCLUSIONE PER LE CAUSE DI CUI AI COMMI 1 E 2 DELL'ART. 80: IL «SELF CLEANING»

Art. 80, comma 7: un operatore economico che si trovi

a) in una delle situazioni di cui al **comma 1**, nei soli casi in cui:

- la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi

- ovvero la sentenza abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato

b) o in una delle situazioni di cui 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.

Consiglio di Stato, Sez. V, 06/04/2020, n. 2260

Le misure di self-cleaning (...) hanno effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse.

È infatti inimmaginabile un loro effetto retroattivo. **Solo dopo l'adozione delle misure di self-cleaning la stazione appaltante può dunque essere stimata al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali**, posto anche che l'atto sanzionatorio solo remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento.



REQUISITI GENERALI

CASI DI NON OPERATIVITA' DELL'ESCLUSIONE PER LE CAUSE DI CUI AI COMMI 1 E 2 DELL'ART. 80: IL «SELF CLEANING»

Consiglio di Stato, Sez. V, 09/01/2020, n. 158

E' necessario distinguere due tipologie di condotte c.d. di self-cleaning:

*a) un primo caso di self-cleaning è rappresentato dal comportamento dell'operatore economico che, **in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito**, dimostri di essersi, per un verso, adoperato per la eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti. In coerenza, **il momento ne ultra quem per l'adozione delle misure di self-cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte** (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alterativa della par condicio dei concorrenti).*

ART. 80, COMMA 8: In questo caso, 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.



REQUISITI GENERALI



b) un altro caso è quello delle **“misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese” nell'ambito della prevenzione della corruzione** che, per l'art. 32 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il Prefetto, su segnalazione dell'ANAC, può, **nella fase di “esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture”**, disporre nei confronti dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati nominati al comma 1 dello stesso articolo.

In questo secondo caso, il self cleaning prefigura, alternativamente:

a) l'ordine di rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: sostituzione che, ricorrendone le condizioni, è idonea ad impedire l'automatismo solutorio, ad opera delle misure interdittive, sui contratti in essere; e, ove l'impresa non si adegui, il commissariamento dell'impresa, con prosecuzione “controllata” dell'esecuzione dei contratti in essere ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567);

b) il «sostegno e monitoraggio dell'impresa» (art. 32, comma 8).

In questa seconda fattispecie, con evidenza, il self-cleaning può agire solo nella duplice e concorrente direzione: i) della prospettiva sterilizzazione delle misure interdittive penali, a prevenire ed evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato; ii) dell'impedimento del commissariamento, relativamente ai contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.



REQUISITI GENERALI

L'opzione del SELF CLEANING non si applica se l'incapacità a contrattare è stata prevista come sanzione accessoria dalla sentenza.

Art. 80. comma 10: In questo caso, se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, **la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:**

a) **perpetua**, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, comma 1, primo periodo, c.p. (ad. esempio per il reato di corruzione di p.u.), salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

b) **pari a sette anni** nei casi previsti dall'articolo 317-bis, comma 1, secondo periodo, c.p. (reati di cui sopra, ma con reclusione non superiore a due anni o ricorre attenuante ex art. 323 bis, comma 1 – fatti di particolare tenuità), salvo che sia intervenuta riabilitazione; **ma se la pena principale ha una durata inferiore a sette anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale** (v. art. 80, comma 10-bis);

c) **pari a cinque anni** nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione (reati di cui sopra, ma ricorre attenuante ex art. 323 bis, comma 2 – riconosciuta a chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite); **ma se la pena principale ha una durata inferiore a cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale** (v. art. 80, comma 10-bis);



REQUISITI GENERALI

Art. 80, comma 10-bis:

N.B.: **per le fattispecie di illecito di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni**, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza.

Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.



REQUISITI GENERALI

Comma 4. Violazioni degli obblighi di pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali:

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.

GRAVI VIOLAZIONI FISCALI: 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 (€ 5.000,00).

VIOLAZIONI DEFINITIVAMENTE ACCERTATE: quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

GRAVI VIOLAZIONI IN MATERIA CONTRIBUTIVA E PREVIDENZIALE: quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al 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, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

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.**



REQUISITI GENERALI

In sostanza, la posizione di regolarità fiscale resta tale anche dopo la notifica della cartella, e **fin tanto che non sia decorso il termine di 60 giorni per impugnare la cartella esattoriale notificata o per pagarla.**

A prescindere dall'esistenza "sostanziale" del debito, ciò che può portare alla irregolarità rilevante ai fini anzidetti **è solo l'aver ricevuto l'ultimo atto della filiera "accertativa"**, consistente nella cartella di pagamento, la cui impugnazione rappresenta, per il debitore, l'ultima chance per far venir meno lo stesso debito (magari per tardività della notifica ed intervenuta prescrizione) o, eventualmente, la semplice cartella.

In tal senso:

Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5139; C.d.S., n. 262 del 2012; T.A.R. Lazio, Roma, n. 6072 del 2012; T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 1924 del 2012; T.A.R. Campania, Salerno, n. 2288 del 2013

Nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la P.A., l'accertamento della violazione degli obblighi tributari da parte dell'impresa partecipante non è sufficiente affinché operino le preclusioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006, occorrendo, altresì, che tale accertamento sia divenuto **definitivo per effetto della decorrenza del termine di impugnazione dell'atto stesso**, senza che l'impresa abbia presentato ricorso, o di una pronuncia giurisdizionale che abbia acquisito autorità di cosa giudicata .

Consiglio di Stato, Sez. V, 04/01/2018, n. 59

“l'art.1 co.5 del d.l. 02.03.2012, convertito in legge 26.04.2012 n. 44 (con il quale è stato modificato il co. 2 dell'art. 38 detto) contiene una definizione normativa di “definitività” dell'accertamento, per la quale **“costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili;[...]** quest'ultima condizione di pagamento è data per verificata con la notifica della cartella esattoriale”.”



REQUISITI GENERALI

Tuttavia, in senso contrario:

Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2016 n. 5279

Gli **avvisi bonari**, pur non rientrando nell'elencazione degli atti impugnabili prevista all'art. 19 del d.lgs. n. 546/1992, **sono impugnabili qualora** – come nel caso in esame – **integrino la pretesa tributaria, ingenerando l'interesse all'immediata definizione di essa con l'impugnazione** (cfr. Cass. n. 18642 del 2012).

...al di là del nomen iuris, **gli atti con cui l'amministrazione comunica al contribuente la pretesa tributaria**, ancorché tale comunicazione non si concluda con una formale intimazione di pagamento, bensì – come nel caso che ne occupa – con un invito bonario a versare quanto dovuto, **vanno ritenuti avvisi d'accertamento o di liquidazione** (cfr., Cass. n. 14373 del 2010; n. 25699 del 2009; Sez. un. 16293 del 2007).

Sicché la notifica dell'avviso bonario alla società appellante ..., in assenza di tempestiva impugnazione, cristallizza la relativa irregolarità fiscale, poiché la cartella esattoriale, mero atto di riscossione ex art. 36 bis n. 600/73, è suscettibile d'impugnazione solo per vizi propri.

Vale a dire che la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso la cartella esattoriale proposto in data successiva, non solo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma anche all'aggiudicazione definitiva dell'appalto ad altro concorrente, può non valere ad escludere il carattere definitivo della violazione fiscale accertata a carico della società ricorrente.



REQUISITI GENERALI

SUGLI EFFETTI DELLA RATEIZZAZIONE:

In sede di gara pubblica il requisito della regolarità fiscale può essere ritenuto sussistente, pure in presenza di una violazione accertata, **solo se l'istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, o della presentazione dell'offerta**; non è infatti sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole dell'amministrazione finanziaria (**Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856; cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1753; id., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1525**, che, in relazione sempre all'art. 80, comma 4, del Codice richiama le conclusioni dell'Adunanza Plenaria, 20 agosto 2013, n. 20).

PERO' ATTENZIONE:

Consiglio di giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 16 agosto 2019, n. 758, ha chiarito che **non è motivo di esclusione dalla gara** la mancata dichiarazione di un debito con il fisco comunque notificato al destinatario in epoca successiva al termine di scadenza della domanda di gara (v. anche Cons. St., V, n. 59/2018), e che il contribuente ha poi chiesto di rateizzare nei 60 gg e la cui istanza è stata accolta.



REQUISITI GENERALI

DIFFERENZE TRA DEFINIZIONE AGEVOLATA E RATEIZZAZIONE:

TAR, Umbria Perugia, 31.07.2019 n. 455 e Consiglio di Stato, sez. V, 2 gennaio 2019 n. 15)

Nel caso della **definizione agevolata**, *l'impegno formale al pagamento delle imposte viene ad essere fatto coincidere (e ad essa viene, pertanto, coordinato) con la procedura di "definizione agevolata" delle pendenze con gli agenti della riscossione di cui all'art. 6 del d.l. n. 193/2016 e non con una semplice istanza di rateizzazione ex art. 19, del d.p.r. n. 602/1973. In tal caso, l'ammissione alla procedura non è subordinata ad alcun atto di assenso da parte dell'Agente della riscossione (tanto è vero che è lo stesso contribuente, manifestando la volontà di avvalersene, a decidere il numero di rate nel quale intende effettuare il pagamento e tutti i conseguenti benefici previsti vengono accordati automaticamente).*

Di talché, il beneficio si produce automaticamente (l'art. 1, comma 1 quater, del D.Lgs. 50/2017, infatti, ricollega il verificarsi della condizione di regolarità alla mera manifestazione di volontà del debitore di avvalersi della definizione agevolata).

Nel caso della **rateizzazione**, *il beneficio non si produce automaticamente, ma viene "concesso" con apposito atto dell'Agente della riscossione che può, dunque anche denegarlo.*

Nella rateizzazione "tradizionale", pertanto, la semplice richiesta del contribuente non può integrare alcuna formalizzazione di impegno al pagamento fintanto che non sia intervenuto apposito provvedimento di ammissione al beneficio e solo se tale ammissione avviene prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'impegno stesso può essere considerato tempestivo ai fini di una partecipazione alla gara senza pendenze ostative.



REQUISITI GENERALI

DEFINIZIONE AGEVOLATA

Tar Campania-Salerno, sez. I, 11 agosto 2017, n. 1299: nel caso di specie, la società ricorrente riteneva che il requisito della definitività dell'accertamento non poteva ritenersi integrato "neanche dalla mancata impugnazione della cartella di pagamento notificata in data 8.11.2016, perché la l. 225/2016 consentiva al contribuente di aderire alla "rottamazione" in un termine più lungo di quello previsto per impugnare le cartelle di pagamento".

Il Tar ha però ritenuto che "tale ricostruzione non può essere condivisa.

*«Il dato di fatto incontestabile in questa sede è che **la società ricorrente non era in regola con i requisiti di regolarità contributiva definitivamente accertati per un periodo che va dalla scadenza del termine per impugnare la cartella di pagamento notificata l'8.11.2016 fino alla data di presentazione dell'istanza di definizione agevolata.***

La circostanza che non sono state impugnate le cartelle di pagamento perché era possibile aderire alla definizione agevolata non smentisce il fatto che quella violazione fiscale, presente fin dalla pubblicazione del bando, ma che non era ancora definitiva, è divenuta tale con la mancata impugnazione delle stesse.

***Inoltre, la presentazione dell'istanza di definizione agevolata non incide sul debito fiscale, ma solo sulle azioni esecutive.** L'art. 6, comma 5 del d.l. 193/2016, conv. in l. 225/2016 prevede che l'agente della riscossione, relativamente ai carichi definibili ai sensi del presente articolo, non può avviare nuove azioni esecutive ovvero iscrivere nuovi fermi amministrativi e ipoteche, fatti salvi i fermi amministrativi e le ipoteche già iscritti alla data di presentazione della dichiarazione, e non può altresì proseguire le procedure di recupero coattivo precedentemente avviate, a condizione che non si sia ancora tenuto il primo incanto con esito positivo ovvero non sia stata presentata istanza di assegnazione ovvero non sia stato già emesso provvedimento di assegnazione dei crediti pignorati. L'istanza di definizione agevolata, oltre a non incidere sul debito fiscale, che al più viene novato con un nuovo debito le cui modalità di estinzione sono diverse, incide sulle azioni esecutive, non impedendo, tuttavia, in assoluto all'agente della riscossione di procedere in via forzata».*



REQUISITI GENERALI

REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA

Consiglio di Stato, Sez. V, 02/07/2018, n. 4039

La norma attuale consente la partecipazione alla gara all'operatore economico **che, al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda**, pur non in regola con gli obblighi contributivi e pur raggiunto da un c.d. preavviso di DURC negativo (cioè dall'invito alla regolarizzazione già previsto dall'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella legge n. 98 del 2013; oggi previsto dall'art. 4 del D.M. 30 giugno 2015), **provveda tempestivamente a regolarizzare la propria posizione contributiva, eventualmente anche mediante richiesta di rateizzazione**, sempre che la formalizzazione dell'impegno a sanare intervenga prima del termine di scadenza per la presentazione della domanda.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/02/2019, n. 1116

La sanatoria eventualmente sopravvenuta non rileva, alla stregua del principio giurisprudenziale, che deve ribadirsi, per il quale il requisito della regolarità contributiva previsto dall'art. 38, co. 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006 deve sussistere al momento di presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione.

Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527

*In caso di irregolarità nella posizione contributiva **dell'ausiliaria**, la stazione appaltante non può consentire all'operatore economico, anziché la sostituzione dell'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la **regolarizzazione della posizione contributiva dell'ausiliaria.***



REQUISITI GENERALI

REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA

NOVITA *Decreto semplificazioni 16 luglio 2020, n. 76*

Art. 8, comma 5, lett. b): al d.lgs.n. 50 del 2016 sono apportate le seguenti modificazioni:

- all'articolo 80, comma 4, il quinto periodo è sostituito dai seguenti:

*"Un operatore economico **può essere** escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto, se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, **qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione** ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo.*

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, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché' l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande «.



REQUISITI GENERALI

Comma 5. Esclusione per gravi illeciti:

a. Ricontrata presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 30, c. 3);

b. Operatore sottoposto a fallimento, in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo ~~senza continuità aziendale~~ già dichiarati o in corso di dichiarazione; ~~cancellata la possibilità che l'impresa in concordato con continuità aziendale possa partecipare a nuove gare, sia direttamente sia come subappaltatore (v. art. 110): possono solo finire di eseguire il contratto già in essere!~~

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 omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;*

***c-ter)** l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”;*

***c-quater)** l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei cfr di uno o + subappaltatori, accertato con sentenza passata in giudicato.*



REQUISITI GENERALI

Comma 5. Esclusione per gravi illeciti:

a. **Riscontrata presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 30, c. 3).**

Consiglio di Stato, sez. V, 28.10.2019 n. 7387

E' consentita l'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara qualora la presenza di una grave infrazione sia stata "debitamente accertata"; per espressa previsione normativa, l'accertamento può avvenire "con qualunque mezzo adeguato".

Per disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, **la stazione appaltante è onerata, dunque, di accertare, con ogni mezzo di prova a sua disposizione, non solo che la violazione sia accaduta, ma, specialmente, che di essa ne abbia responsabilità il concorrente.**

La giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affrontato la questione dei mezzi di prova dai quali la stazione appaltante può trarre convincimento nel senso della responsabilità dell'operatore economico della grave infrazione verificatasi **ritenendo valido mezzo di prova:**

- una sentenza penale non ancora passata in giudicato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4519 per una vicenda disciplinata dal vecchio codice dei contratti pubblici),
- come pure il "verbale ispettivo dell'Ispettorato del lavoro" (cfr. Cons. giust. amm. Reg. Sicilia 13 giugno 2019, n. 547; 1 febbraio 2018, n. 52; Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2018, n. 3876).

Può essere considerato "MEZZO ADEGUATO" ALL'ACCERTAMENTO DELLA "GRAVE INFRAZIONE" delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) del codice dei contratti pubblici, **ogni documento, anche se proveniente dall'autorità amministrativa (e non solo dall'autorità giudiziaria), che consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento** alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta.



REQUISITI GENERALI

Comma 5. Esclusione per gravi illeciti:

b. Operatore sottoposto a fallimento, in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo già dichiarati o in corso di dichiarazione.

Art. 110 Codice Appalti

3. Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, **può eseguire** i contratti già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale su autorizzazione del giudice delegato.

4. alle imprese che hanno depositato la domanda per l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui all'art. 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, si applica l'art. 95 del medesimo codice., secondo cui:

- i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

- il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento

Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza **è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.**



REQUISITI GENERALI

Art. 110 Codice Appalti (segue)

5. **L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.**

6. L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.



REQUISITI GENERALI

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;

c-ter) l’operatore economico abbia **dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione** che ne hanno causato **la risoluzione per inadempimento** ovvero la **condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili**; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”;

c-quater) l’operatore economico **abbia commesso grave inadempimento nei cfr di uno o + subappaltatori, accertato con sentenza passata in giudicato** (quest’ultimo introdotto dallo Sblocca Cantieri).

NOVITA’ introdotte dal D.L. Semplificazioni in vigore dal 15.12.2018

Prima il comma 5 prevedeva che “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 5 qualora:

... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua **integrità o affidabilità**. ~~Tra questi rientrano: le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;”.~~

Sembra che per integrare i gravi illeciti non debbano più ricorrere tali specifiche condizioni.



REQUISITI GENERALI

c. L’AFFIDABILITA’ PROFESSIONALE: *“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;*

Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192

Il concetto di “grave illecito professionale” ricomprende ogni condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

Ai fini dell’esclusione dalla gara pubblica prevista dall’art. 80, comma 5, lett. c), **rilevano anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi** qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall’art. 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 .



REQUISITI GENERALI

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 06/02/2020, n.567 (v. anche: T.A.R. Lazio, Sez. I Quater, 14 gennaio 2020, n. 384)

Quando la Stazione Appaltante esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale, la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con "mezzi adeguati" (Consiglio di Stato sez. V, 02/03/2018, n. 1299).

La amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere 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.



REQUISITI GENERALI

Questa sentenza, ad esempio, ha ritenuto che **la dichiarazione di fallimento** che abbia colpito la società cedente, intervenuta a distanza di pochi mesi dalla stipula del contratto di cessione di ramo di azienda, **unitamente alla pendenza di un giudizio instaurato dalla Curatela della società cedente a carico della cessionaria teso ad ottenere la declaratoria della simulazione assoluta del contratto di cessione di ramo d'azienda**, o comunque la risoluzione del contratto stesso per grave e totale inadempimento da parte della cessionaria all'obbligazione di pagamento del prezzo convenuto, **possano essere circostanze legittimamente valutate dall'Amministrazione alla stregua di un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del cessionario, così da determinarne l'esclusione dalla gara, come avvenuto nella fattispecie in scrutinio.**

*Al riguardo, infatti, se non può revocarsi in dubbio che il fallimento sopravvenuto dell'impresa cedente non abbia effetti ostativi automatici alla prosecuzione della gara nei confronti della cessionaria, e che l'art. 106 comma 2 lett. b) n. 2 del D.Lgs. 50/2016 preclude le modifiche soggettive nella partecipazione a gara solo se intese ad eludere l'applicazione di cause di esclusione previste dal Codice, non può però d'altro canto nemmeno escludersi che l'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, possa valutare alla stregua di un grave illecito professionale, tale da renderne dubbia l'integrità e l'affidabilità, **la condotta dell'operatore economico che si renda cessionario di un ramo di azienda da parte di una società in odore di insolvenza e dichiarata fallita nel giro di pochi mesi, esponendosi al rischio di vedersi privato del ramo di azienda oggetto di cessione** - e pertanto della stessa possibilità di portare eventualmente ad esecuzione l'appalto - nel caso di accoglimento di azioni giudiziarie proposte dalla Curatela, ancorché sub iudice al momento dell'espletamento della gara.*



REQUISITI GENERALI

Al riguardo, si ricorda che la giurisprudenza ha chiarito che:

1) il concorrente ad una gara pubblica non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, spettando tale potere esclusivamente alla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192)

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 demandato all'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530).

*2) Il contraddittorio previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, **riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante**, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192).*

3) In ogni caso, l'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non introduce una forma di esclusione automatica, essendo comunque necessaria una compiuta e concreta valutazione della stazione appaltante circa la gravità e rilevanza dell'inadempimento contrattuale pregresso rispetto alla persistenza del rapporto di fiducia (v. Tar Toscana, sez. I, 1 agosto 2017, n. 1011)



REQUISITI GENERALI

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.

ESTENSIONE DELL'OBBLIGO DI DICHIARAZIONE

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 14/02/2020, n. 203; idem, sez. I, 07/02/2020, n.180

Il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regola la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa, con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (T.A.R. Napoli, sez. VII, 26/06/2018, n. 4271, ma in senso analogo anche Consiglio di Stato sez. VI, 01/02/2013, n. 620); sicché, dovendo riconoscersi, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti, **questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione** (Consiglio di Stato sez. V, 07/01/2020 n. 70).



REQUISITI GENERALI

IN SOSTANZA:

T.A.R. Venezia, Veneto, Sez. II, 04/02/2020, n. 126

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 demandato all'Amministrazione** (Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530).

La sanzione espulsiva, in tali casi, si riconnette, 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'art. 80 co. 5, lett. c) e c ter), 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).

PERO'

La V Sezione del Consiglio di Stato, con [ord. 09.04.2020, n. 2332](#), ha rimesso all'Adunanza plenaria l'interpretazione dell'art. 80, comma 5 (lett. c-bis), del d. lgs. n. 50 del 2016 in tema di dichiarazioni rese per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, relative a gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'affidabilità dell'impresa.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato i contrapposti interessi che vengono in rilievo nell'applicazione della disciplina degli obblighi dichiarativi delle imprese e la necessità, ai fini della applicazione della stessa, **di sciogliere la questione degli effetti della dichiarazione rispetto al suo contenuto (di informazioni false, fuorvianti o semplicemente omesse) e soprattutto sui concreti limiti di tale obbligo.**



REQUISITI GENERALI

L'ESCLUSIONE VA DISPOSTA ANCHE SE LE DICHIARAZIONI ATTENEVANO A CONDANNE PENALI NON OSTATIVE?

Consiglio di Stato, sez. V, 07.01.2020 n. 70

Nell'ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80 (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 6443; sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649), laddove nel caso di specie i precedenti non dichiarati consistevano, tra l'altro, in una condanna per truffa e tre per violazione della normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

...qualsiasi condotta contra legem, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, III, 29 novembre 2018, n. 6787; sez. V, 13 giugno 2018, n. 3628; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 761).

*Nel caso di **omessa dichiarazione** è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante (ex plurimis, Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299; III, 13 giugno 2018, n. 3628; III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 25 febbraio 2016, n. 761; V, 28 settembre 2015, n. 4511; III, 29 novembre 2018, n. 6787).*



REQUISITI GENERALI

L'ESCLUSIONE VA DISPOSTA ANCHE SE LE DICHIARAZIONI ATTENEVANO A CONDANNE PENALI NON OSTATIVE?

Linee Guida ANAC n. 6 (NON VINCOLANTI, v. T.A.R., Puglia, Lecce, Sez. II, 28/03/2019, n. 519)

Paragrafo II, punto 2.2

Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice - salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice –

- le condanne **non definitive** per i reati di cui all'art.80, co. 1

- nonché i seguenti reati:

a. abusivo esercizio di una professione;

b. reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);

c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 24/01/2020, n. 609);

d. reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 **con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;**

e. reati previsti dal d.lgs. 231/2001.

- rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna **non definitiva** per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p. (reati riferiti agli appalti), fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice.



REQUISITI GENERALI

DISSOCIAZIONE DALLA CONDOTTA PENALMENTE RILEVANTE – DICHIARAZIONI – FALSO INNOCUO E FALSO INUTILE

Consiglio di Stato, 17.02.2020 n. 1212

La mancata indicazione delle condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 costituisce indi autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente, che opera per il tramite dei suoi organi, e di dare in tal modo applicazione alla regola che impone la presenza del requisito dell'onorabilità sin dalla proposizione dell'offerta e per tutta la durata della gara e del rapporto (in caso di aggiudicazione), senza soluzione di continuità.

Per converso, L'ATTIVITÀ DI DISSOCIAZIONE non può giammai assumere valore esimente con riferimento agli amministratori in carica al momento di presentazione della domanda di partecipazione (Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2727; III, 1° luglio 2015, n. 3274).

Non è poi significativa l'assenza di coscienza e volontà nell'omissione dichiarativa: ai fini della sussistenza o meno della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. n. 50 del 2016 rileva infatti esclusivamente il fatto materiale e oggettivo del falso, a prescindere dunque dall'animus soggettivo che l'ha ispirato, tant'è che la disposizione attribuisce rilievo al dolo o alla colpa ai soli fini dell'ulteriore adozione, da parte dell'Anac, di sanzioni di carattere interdittivo (art. 80, comma 12).

Non trovano pertanto applicazione in materia gli istituti – di derivazione penalistica – del FALSO INNOCUO e del FALSO INUTILE (ex multis, Cons. Stato, IV, 7 luglio 2016, n. 3014), la completezza delle dichiarazioni costituendo, in materia di pubblici appalti, un autonomo valore da perseguire, in quanto strumentale alla celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla procedura: proprio per tale motivo, ai sensi dell'art. 80, una dichiarazione falsa o incompleta è di per sé inaffidabile, anche al di là delle effettive intenzioni del suo autore.

N.B.: non è pertanto decisivo ai fini di cui si discute che la società, nel rendere a suo tempo la dichiarazione per cui è causa, abbia fatto incolpevolmente affidamento sul certificato del casellario giudiziale dell'ex presidente del collegio sindacale, dal quale non risultava alcun precedente.



REQUISITI GENERALI

OBBLIGO DI SEGNALAZIONE ALL'ANAC PER FALSA DICHIARAZIONE

Art. 80, comma 12, Codice Appalti

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'ANAC 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.**

La durata dell'esclusione può essere disposta fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.



REQUISITI GENERALI

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".

Rilevano 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 per inadempimento;
- b) la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili.

Vedere LINEE GUIDA ANAC N. 6 (seppur NON VINCOLANTI)

In particolare, assumono rilevanza:

1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;
3. l'adozione di comportamenti scorretti;
4. il ritardo nell'adempimento;
5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;
7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06);
8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106 del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06).



REQUISITI GENERALI

LE MISURE DI SELF CLEANING CON RIFERIMENTO AGLI ILLECITI PROFESSIONALI (v. Linee Guida ANAC n. 6)

Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, **l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione:**

- l'adozione delle misure di self-cleaning **deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte** o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA.
- nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate;
- le valutazioni della S.A. in ordine alle misure di self-cleaning **sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico**. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata;
- la stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione;
- **possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione**, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:
 1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
 2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
 3. la rinnovazione degli organi societari;
 4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;
 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.



REQUISITI GENERALI

Comma 5 , dalla lett. d) in poi - Altre ipotesi specifiche di esclusione elencate

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

e) la partecipazione determini 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;

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

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 due novità del Correttivo)



REQUISITI GENERALI

Comma 5 , dalla lett. d) in poi - Altre ipotesi specifiche di esclusione elencate

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

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

i) 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;**

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del c.p. (**concussione e estorsione**) 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.

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



REQUISITI GENERALI

PER QUANTO TEMPO DEVE ESSERE CONSERVATO IL POSSESSO DEI REQUISITI GENERALI?

Consiglio di Stato sez. V 12/5/2020 n. 2968

Principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione

Secondo il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici «**i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità**» (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8).

Per cui, la carenza del requisito, anche se verificatasi dopo la presentazione dell'offerta, impone l'esclusione dell'offerente dalla procedura.



REQUISITI GENERALI

PERO' NOTA BENE:

T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. Unica, 13/07/2018, n. 36

Occorre, a questo proposito, esaminare l'art. 32, d.lgs 50/16, recante "Fasi delle procedure di affidamento".

Dall'esegesi dell'articolo in esame emerge che **la procedura di affidamento, in senso lato, può essere suddivisa in tre fasi:**

- la gara vera e propria, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva;
- la fase tra l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto;
- la stipulazione del contratto e la fase integrativa dell'efficacia del contratto.

Con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva si conclude la procedura in senso stretto, ovvero il procedimento amministrativo ad evidenza pubblica mediante il quale, con le garanzie partecipative a tutela della concorrenza, previste dal d.lgs 50/16, viene selezionato il contraente tra le imprese partecipanti.

A) Il provvedimento di esclusione in senso stretto, quindi, come si comprende anche dall'interpretazione dell'art. 120, comma 2 bis, d.lgs 104/10, **può essere emesso solo nella prima fase, quella della gara, fino a quando l'aggiudicazione definitiva diviene efficace (dopo la verifica dei requisiti).**

Non a caso, come visto, a seguito della aggiudicazione definitiva la Stazione appaltante deve controllare i requisiti di partecipazione e, solo nel caso di mancato riscontro di una delle cause di esclusione, l'aggiudicazione diviene efficace.



REQUISITI GENERALI

T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. Unica, 13/07/2018, n. 36 (segue)

B) Successivamente all'adozione di questo provvedimento, invece, l'esclusione in senso stretto e, quindi, la semplice e diretta applicazione dell'art. 80, d.lgs 50/16, non sono ammissibili, perché è lo stesso tenore letterale dell'art. 32, comma 8, d.lgs 50/16, ad escluderlo.

Al riguardo, <<divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto...>>.

Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, quindi, permane certamente il potere di autotutela in capo alla Pubblica amministrazione, ma solo nei limiti e in presenza degli stringenti presupposti delle norme che detto potere contemplano e, quindi, in particolare, degli artt. 21 quinquies e nonies, l. 241/90.

In questo senso, le fattispecie di cui all'art. 80, d.lgs 50/16, possono sì venire in esame ai fini dell'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio (se si tratta di una situazione verificatasi anteriormente all'aggiudicazione definitiva) **o di un provvedimento di revoca** (se si tratta di fattispecie insorta successivamente all'aggiudicazione definitiva), ma solo laddove sussistano anche gli ulteriori presupposti di cui alle due norme in questione.



REQUISITI GENERALI

Infatti, il **comma 6 dell'art. 80 Codice Appalti**, precisa che «le stazioni appaltanti **escludono** un operatore economico in qualunque momento **della procedura**, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5».

E la giurisprudenza consolidata ha chiarito che i commi 4, ultimo inciso, e 6 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 vanno interpretati nel senso che il requisito della regolarità fiscale e contributiva deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e deve permanere **per tutta la durata della procedura selettiva** (Consiglio di Stato, 2 luglio 2018 n. 4039; v. anche Delibera ANAC n. 862 del 25 settembre 2019).

E vedi anche Tar marche, sez. I, 25 novembre 2019, n. 762, che ricorda il *“consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i requisiti di partecipazione debbono sussistere ab initio e per tutta la durata della gara”*.

E la procedura selettiva in sé, come abbiamo visto sopra, si chiude con l'aggiudicazione definitiva e la verifica dei requisiti che la rende efficace.



REQUISITI GENERALI

PERTANTO, RIASSUMENDO:

- **Per tutta la procedura di gara e fintanto che non viene adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva:** è ammessa **l'ESCLUSIONE strettamente intesa**
- **Dopo il provvedimento di aggiudicazione e prima della stipula del contratto,** è ammesso **l'esercizio di POTERI DI AUTOTUTELA** ex artt. 21 quinquies e 21 nonies L.241/90
- **Nel periodo dell'esecuzione del contratto,** **tendenzialmente si procede con la RISOLUZIONE,** che però non è sempre prevista nei casi di carenza dei requisiti di cui all'art. 80 cit. (v. art. 108 del Codice).

Ad esempio, in caso di sopravvenuta carenza del requisito di regolarità contributiva o fiscale, previsto intervento sostitutivo per Fisco e DURC.

Nel corso dell'esecuzione del contratto, le verifiche vengono svolte, oltre che dal RUP, anche dal **Direttore dei Lavori** o dal **Direttore dell'Esecuzione** (anche tramite i loro assistenti), come previsto dal **D.M. 49/2018**.



REQUISITI GENERALI

Va comunque ricordato che, con il Decreto Correttivo del 2017, è stata introdotta **nell'art. 48 del Codice Appalti** una novità determinante.

Ai sensi del comma 19ter dell'art. 48, *“le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”*.

E il vigente comma 17 dell'art. 48 cit. recita come segue: *“salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”*.

Pertanto, in forza delle novità introdotte dal Correttivo, **oggi le disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara**; ciò significa che il subentro di una nuova impresa nel RTI è consentita anche per porre rimedio alla perdita dei requisiti di cui all'art. 80 **in corso di gara (!)**. E il comma 17 riferisce tale opzione anche all'impresa che sia mandataria.



REQUISITI GENERALI

La giurisprudenza ha chiarito che:

- **Tar Palermo, sez. III, 6 aprile 2018, n. 799**, qui si è posta la questione se, dall'art. 48, comma 17 e 19 ter, del D.Lgs. n. 50/2016, possa evincersi la possibilità di sostituire anche il mandatario di un'A.T.I. colpito da un provvedimento interdittivo antimafia in corso di gara.

Il Tar Palermo condivide questa tesi, pur tuttavia giungendo al rigetto del ricorso per un diverso motivo.

Ovvero ritenendo, sulla base di un'interpretazione da lui stesso definita *ristrettiva e controcorrente*, che il comma 17 dell'art. 48 del Codice, a differenza del comma 18 (che riguarda la sostituzione dei mandanti) consenta la modifica soggettiva del mandatario solo con operatori economici che facevano già parte della medesima compagine: requisito questo mancante nella vicenda oggetto della sentenza, ma ricorrente quando il nuovo mandatario era già presente nel raggruppamento come uno dei professionisti incaricati del servizio o come legale rappresentante di una società o come mandante.

Detto ciò, dopo questa modifica introdotta dal Correttivo, è evidente che in corso di gara, l'intento elusivo delle verifiche dei requisiti di cui all'art. 80 C.di A. non può più essere ammesso come motivo di impedimento all'accoglimento di una istanza di sostituzione della mandataria con soggetto idoneo, poiché tale carenza dei requisiti è divenuta invece proprio una delle condizioni che può giustificare il subentro di un nuovo soggetto.

E cmq l'intento elusivo delle verifiche imposte dal Codice Appalti può ravvisarsi solo quando la modifica soggettiva **sopraggiunga** ai controlli.

Infatti, secondo la giurisprudenza (formatasi anche sul previgente art. 37 del d.lgs. 163/2006 oggi ricalcato dall'art. 48 cit.), **«il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, **sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari** (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)»** (v. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4918).



REQUISITI GENERALI

I REQUISITI RICHIESTI PER I SUBAPPALTATORI E LE IMPRESE AUSILIARIE

NOVITA' POST SBLOCCA CANTIERI

- **LA CARENZA DEI REQUISITI GENERALI NEL SUBAPPALTATORE** NON RILEVA + COME CAUSA DI ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE PRINCIPALE;

- MA, il periodo aggiunto **alla lettera b), del comma 4 dell'art. 105** impone al subappaltatore di essere qualificato nella categoria di prestazioni oggetto di subappalto **e di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80.**
- Inoltre la dimostrazione dell'assenza di cause di esclusione per l'impresa subappaltatrice continua ad essere richiesta al momento del deposito del contratto di subappalto, attraverso la dichiarazione del subappaltatore (art. 105, comma 7)

Sarebbe grave il contrario, visto che oggi il limite del subappalto è innalzato al 40%, almeno fino al 31.12.2020.



REQUISITI GENERALI

COME E' CAMBIATO IL COMMA 4 DELL'ART. 105: I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, purché:

a) ***l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (con la Legge di conversione è stata ripristinata la vecchia disposizione);***

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria ~~e sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 80;~~

c) ***all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;***

d) ***il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 (le verifiche IN SEDE DI GARA sul subappaltatore, però, con la Legge di conversione sono, non + abrogate, ma solo sospese fino al 31.12.2020, ovvero fin quando varrà la sospensione dell'obbligo di dichiarare la TERNA).***



REQUISITI GENERALI

TAR Roma, 29.04.2015 n. 6190

Tutti i soggetti che, **a qualunque titolo**, concorrono a pubblici appalti (in veste di affidatari, sub-affidatari, consorziati, componenti di A.T.I., ausiliari in sede di avvalimento) devono, **non solo essere in possesso dei requisiti previsti dal menzionato art. 38 (oggi art. 80) ma anche dichiararlo**, assumendosi le relative responsabilità (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077).

Pertanto, la facoltà di ricorrere ad un'impresa ausiliaria non esonera il concorrente dal verificare che anche tale impresa sia in possesso dei requisiti generali indispensabili per concorrere alla procedura di gara, seppure nella veste di impresa ausiliaria.

Tale obbligo è escluso solo per i sub-contraenti.

Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527

*In caso di irregolarità nella posizione contributiva **dell'ausiliaria**, la stazione appaltante non può consentire all'operatore economico, anziché la sostituzione dell'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la **regolarizzazione** della posizione contributiva dell'ausiliaria.*

TAR Genova, 13/8/2019, n. 698

Il riscontro di un motivo d'esclusione relativamente al subappaltatore **in un momento successivo alla stipulazione del contratto**, comporta la sostituzione del subappaltatore.



GRAZIE PER L'ATTENZIONE



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

FormezPA