



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 16 aprile 2021

Dipartimento della Funzione Pubblica

FOCUS GROUP

Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)

La tassatività delle cause di esclusione

Relatore: Avv. Salvatore Capezzuto



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

- L'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 stabilisce che : *«I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*.
- Trattasi del **principio di tassatività delle cause di esclusione**, la cui finalità di tale principio è quella di ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti alle procedure di affidamento, così privando di rilievo giuridico tutte le ragioni di esclusione dalle gare incentrate non sugli aspetti qualitativi della dichiarazione negoziale, ma sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella lex specialis (cfr. **Consiglio di Stato, sez. VI, 15/09/2017, n. 4350**).

•



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E LEX SPECIALIS

- In materia di appalti pubblici rileva il principio di tassatività delle cause di esclusione, affermato dall'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 sicché **la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione**, integranti speciali **requisiti** di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolino la partecipazione alla gara senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza. **(Cons. Stato (Ad. Plen.), 16/10/2020, n. 22).**



LEX SPECIALIS, TASSATIVITA' E SOCCORSO

ISTRUTTORIO

- **Domanda**
- L'art. 15 del disciplinare di gara stabilisce che l'offerta tecnica dovesse contenere "**a pena di esclusione**" i seguenti documenti:
"b) relazione descrittiva del gruppo di lavoro con allegati i curricula nominativi di ciascun componente debitamente sottoscritti con dichiarazione di esclusività relativamente all'impegno dell'offerente nell'ambito dell'appalto stesso".
- Nell'offerta tecnica manca - nell'ambito degli allegati curricula del personale indicato per la prestazione del servizio - la **dichiarazione di esclusività di tutti i componenti del gruppo di lavoro** come prescritta dal disciplinare di gara.
- E' ammissibile in questo caso il soccorso istruttorio ?



LEX SPECIALIS, TASSATIVITA' E SOCCORSO ISTRUTTORIO

- **Risposta**
- Secondo i principi affermati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben **legittima l'esclusione dell'offerta difettosa**, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).
- Il che risulta peraltro di per sé **non irragionevole né sproporzionato** rispetto all'interesse pubblico perseguito, atteso che è ben possibile esigere un regime d'esclusiva dal personale coinvolto nella prestazione del servizio oggetto dell'affidamento; né rileva in senso inverso la circostanza che siffatto regime assumerebbe valore nella successiva fase esecutiva, ben potendo la stazione appaltante inserire detto elemento quale requisito sostanziale dell'offerta rilevante già in fase comparativa (**Cons. Stato Sez. V, Sent., 07-02-2020, n. 971**).



ESCLUSIONE OFFERTA TECNICA SENZA PREVISIONE NEL BANDO

Domanda

Si può escludere dalla gara un'offerta tecnica senza la previsione nel bando di gara ?

Risposta

Il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte tecniche debbano essere escluse solo quando siano a tal punto **carenti degli elementi essenziali** da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta; tale incompletezza è sindacabile in sede giurisdizionale quando il relativo giudizio prescindendo dall'esame di profili tecnico-discrezionali intrinseci al contenuto progettuale e riguardi invece difetti palesi che rendano la scelta tecnica abnorme o gravemente inadeguata, ovvero riguardi elementi specifici componenti l'offerta, autonomamente valutabili. (T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 09/03/2021, n. 585).



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

- L'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 non descrive in maniera tipizzata le cause di esclusione dell'operatore economico dalla gara pubblica di appalto. Tale norma si limita a stabilire che lo stesso può essere escluso laddove si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità. Pertanto, la suddetta previsione normativa costituisce una **eccezionale deroga al principio di tassatività delle clausole di esclusione**, consentendo all'Amministrazione, su cui grava uno specifico onere di allegazione e probatorio, di escludere l'impresa partecipante alla gara che, a suo giudizio, si sia resa autrice di gravi illeciti professionali, tali da minare il rapporto fiduciario con la committente (**T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 11/11/2020, n. 1243**).



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E OFFERTA ECONOMICA

- L'Amministrazione può imporre in sede di *lex specialis* e **a pena di esclusione l'indicazione nell'offerta economica di prezzi unitari**, non venendo in rilievo la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, c. 8, D.Lgs. n. 50 del 2016 (in continuità con il previgente comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006) trattandosi di vizio insanabile dell'offerta economica (**T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 29/07/2020, n. 507**).

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E PASSOE

- Nelle gare pubbliche, la normativa primaria, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, **non indica il possesso del PassOE quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale**; neppure può ritenersi, sotto il profilo operativo e funzionale, che lo stesso si configuri come elemento essenziale, incidente sulla par condicio dei concorrenti. La mancata produzione del PassOE in sede di gara integra una mera carenza documentale, e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale, sopperibile mediante "soccorso istruttorio" regolarizzando così la documentazione senza che da ciò derivi, tra l'altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria (**T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 05/07/2020, n. 444**).



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E COMPUTO METRICO

- Nell'ipotesi in cui sia **il computo metrico non estimativo che quello estimativo non costituiscono, di per sé, secondo le specifiche disposizioni della legge di gara, elementi essenziali per l'ammissibilità e validità dell'offerta** - essendo qualificati nell'un caso, quanto al computo metrico non estimativo, elementi illustrativi delle lavorazioni da eseguire e nell'altro, quanto al computo metrico estimativo, un semplice allegato all'offerta economica - l'eventuale imprecisa, irregolare, incompleta o lacunosa redazione degli atti in questione non possono potuto determinare l'esclusione dalla gara, ma eventualmente incidere sulla valutazione dell'offerta tecnica o dare luogo ad una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante (in relazione alla eventuale valutazione di congruità dell'offerta economica). Ciò in virtù del principio della tassatività delle cause di esclusione (ed in mancanza di un'apposita clausola della legge di gara che ne prevedesse espressamente l'esclusione) (**Cons. Stato Sez. V, 08/10/2019, n. 6793**).

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE PREVISTE NEL BANDO

- Nel momento in cui la lex specialis di gara, nel declinare le modalità di esecuzione dell'appalto, **non qualifica espressamente un determinato elemento dell'offerta quale requisito di ammissione alla procedura di gara**, l'eventuale mancanza o discordanza non può determinare l'esclusione del concorrente, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione (**T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 24/04/2020, n. 364**).



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE PREVISTE

NEL BANDO – CASO STUDIO/1

La Società Cooperativa XXXXXXX impugnava dinanzi al T.a.r. per la Campania il Prov. n. 17156 del 19 febbraio 2018 di esclusione dalla procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dall'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Caserta, ai fini dell'affidamento in convenzione dei servizi di accoglienza e assistenza ai cittadini stranieri richiedenti asilo.

In particolare l'esclusione era stata disposta all'esito del riscontro di alcune carenze documentali per non aver prodotto le certificazioni igienico-sanitarie rilasciate dall'A. territorialmente competente in relazione alle strutture alloggiative, dichiarate in disponibilità, da adibire a centro di accoglienza temporaneo, in violazione della prescrizione dell'art. 11.4 lett. b) del Disciplinare di gara (avendo la ricorrente inserito nella busta "A", contenente la documentazione amministrativa, solo la richiesta di rilascio del certificato, risalente al 24 gennaio 2018, a firma dei rispettivi proprietari delle due strutture alloggiative indicate nell'offerta).

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE PREVISTE

NEL BANDO – CASO STUDIO/2

In sintesi la ricorrente assumeva che il mancato tempestivo deposito del certificato igienico sanitario delle strutture alloggiative non avrebbe potuto determinare la sua esclusione dalla gara, non essendo per detta inosservanza prevista la sanzione espulsiva dal disciplinare;

l'amministrazione avrebbe dovuto pertanto attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, consentendole di produrre la prescritta certificazione, del resto richiesta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (fissato al 30 gennaio 2018) e poi effettivamente rilasciata in data 22 febbraio 2018;

il T.a.r. adito ha accolto il ricorso, ritenendo fondati il primo e il secondo motivo, con assorbimento delle altre censure: ciò in quanto la carenza documentale de qua era sanabile mediante soccorso istruttorio e non dava luogo all'esclusione dalla gara;

Il Ministero ha proposto appello al Consiglio di Stato.



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE PREVISTE

NEL BANDO – CASO STUDIO/3

- La produzione del prescritto certificato costituiva un adempimento non meramente formale, ma sostanziale in quanto comprovante il possesso di un requisito di partecipazione, attinente alla dimostrazione della capacità professionale del concorrente, in relazione al possesso di una struttura idonea allo svolgimento dei servizi di accoglienza, necessario in rapporto alla natura e all'oggetto dell'appalto da affidarsi;
- con tali prescrizioni in definitiva la stazione appaltante altro non ha fatto che richiedere legittimamente la dimostrazione dei "requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (art. 83, comma 6 D.Lgs. n. 50 del 2016) nonché le condizioni di partecipazione ai fini della verifica formale e sostanziale "delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali" (art. 83, comma 8 D.Lgs. n. 50 del 2016 cit.).

Cons. Stato Sez. V, Sent. 17-06-2019, n. 4046



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ERRATA

INDICAZIONE DECIMALI

Caso studio/1

- Il bando di gara, all'art. 14, rubricato "Criteri di aggiudicazione", precisava che "il prezzo offerto deve essere determinato, ai sensi dell'art. 1 comma 9 l.r. n. 20/2007, mediante offerta espressa in una cifra percentuale di ribasso, con quattro cifre decimali, sull'importo complessivo a base d'asta, applicabile uniformemente a tutto l'elenco prezzi posto a base di gara secondo le norme e con le modalità previste nel disciplinare di gara. Si precisa che non si terrà conto delle eventuali cifre oltre la quarta".
- La I.GE.CO. s.r.l. ha formulato la propria offerta, consistente nel ribasso del 30,655%, utilizzando soltanto tre cifre decimali e il seggio di gara l'ha ritenuta legittima, limitandosi ad aggiungere, autonomamente, uno zero finale a detta cifra.
- Asserisce la ricorrente che tale incompletezza avrebbe dovuto, invece, essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ERRATA

INDICAZIONE DECIMALI

Caso studio/2

- La disposizione in questione è stata introdotta in Sicilia dall'art. 1, comma 9, della L.R. 21.8.2007 n. 20, che così espressamente recita:
- “L’aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto è effettuata di norma con il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara o con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara è determinato, per tutti i contratti, sia a corpo che a misura, che a corpo e misura, mediante offerta espressa in cifra percentuale di ribasso, con 4 cifre decimali, sull’importo complessivo a base d’asta, da applicare uniformemente a tutto l’elenco prezzi posto a base di gara. Non si tiene conto delle cifre decimali successive alla quarta.”
- Il bando di gara, pur richiamando nel criterio di aggiudicazione espressamente l’art. 1, comma 9, della l.r. n. 20/2007, riproducendone il contenuto, nulla dice in merito alla sanzione per il mancato rispetto di detta modalità di offerta.

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ERRATA

INDICAZIONE DECIMALI

Caso studio/3

- L'indicazione della legge regionale, espressamente richiamata nel bando di gara, non solo qualificava l'offerta in maniera omogenea in Sicilia, ma era sorta proprio per evitare il fenomeno, estremamente ricorrente, delle "cordate" caratterizzate dalla medesima offerta di ribasso (ed oggetto di particolare interesse del Giudice di seconde cure, che, spesso, ha ritenuto di stigmatizzare in sede di decisione il fenomeno, investendo della questione il competente Giudice penale).
- Ritiene il Collegio di dover aderire a quella Giurisprudenza (cfr. T.A.R. Palermo, sez. III, 24 luglio 2009, n. 1342), secondo la quale non vi sia <<alcuna ragione logico-giuridica per disporre l'esclusione dell'offerta, proposta con ribasso formulato con due cifre decimali: non può ritenersi violata la lex specialis stante la perfetta equivalenza (sia ai fini aritmetici che giuridici) dell'aver formulato il ribasso percentuale con un numero di decimali pari a due anziché pari a tre poiché la cifra decimale (la terza) che avrebbe dovuto seguire l'ultima indicata deve comunque ritenersi pari a zero e, dunque, tamquam non esset, ininfluyente rispetto all'esito complessivo del calcolo della media delle offerte>>.



TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE ERRATA

INDICAZIONE DECIMALI

Caso studio/4

- Il medesimo principio, sia pure nella sinteticità della motivazione, può trarsi dalle indicazioni del Giudice di seconde cure (CGA per la Sicilia, Ord. 30.9.2013, n. 743).
- Conclusivamente, ritiene il Collegio che l'integrazione da parte del seggio di gara del ribasso contenuto in un'offerta, con l'aggiunta di uno zero finale, possa essere utilizzato sia per "sanare" un'offerta prevista da un atto di autolimitazione con un certo numero di decimali, sia per uniformare l'offerta in cifre a quella in lettere (o viceversa).
- **TAR Sicilia Catania sentenza n. 2929/2013**

