

22 NOVEMBRE 2024 ore 10:00

IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CLAUSOLE DI ESCLUSIONE

RELATORE: AVV. ILARIA ANNUNZIATA

ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



I PRINCIPI

- Il Dlgs n.36/2023 dedica una parte generale (la **Parte I del Libro I**) alla codificazione dei principi che presiedono all'intera materia dei contratti pubblici.
- Si tratta di una **innovazione** importante rispetto al previgente codice, che si limitava a riportare i principi generali dell'azione amministrativa di derivazione costituzionale o comunitaria, sostanzialmente, operava un rinvio dinamico a quelli contenuti nella legge n. 241/1990.
- Il nuovo Codice introduce nella normativa di settore una serie di principi che dovranno guidare le stazioni appaltanti dando anche un supporto motivazionale per l'individuazione delle regole da seguire in concreto nella loro attività amministrativa
- E' possibile distinguere tre categorie di principi: **i principi "comuni" (artt. 13-18), i principi "generali" (artt. 5-12) ed i "principi-finalità" (artt. 1-3).**
- Viena anche operato un contemperamento tra gli stessi introducendo anche un **criterio di priorità**: ai sensi dell'art 4: «Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1 (risultato), 2 (fiducia) e 3 (accesso al mercato)» che, dunque, sono da ritenersi prioritari per orientare l'azione amministrativa anche nella scelta delle regole da applicare al caso concreto e, viceversa, importantissimi anche per censurare eventuali distorsioni operate dalle stazioni appaltanti

Art. 10

(Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione)

L'art. 10 del Codice dei contratti pubblici introduce due distinti principi, l'uno strettamente connesso all'altro: quello della **tassatività delle cause di esclusione** e quello, derivato, della **massima partecipazione**

In particolare il principio di tassatività delle cause di esclusione rappresenta un pilastro fondamentale nel sistema degli appalti pubblici.

Tale principio, riconducendo ai casi previsti dalla legge e dai regolamenti le fattispecie di esclusione, garantisce la parità di trattamento tra gli operatori economici aiutando a prevenire comportamenti discriminatori,

Il legislatore ha, quindi, voluto garantire certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza.

Principio di tassatività

Il comma 1 prevede che «i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal Codice»



La formulazione rende evidenti due elementi:

- il mancato affidamento di un contratto pubblico presuppone un'attività di accertamento della sussistenza delle cause di esclusione, al ricorrere delle quali il contratto pubblico non può essere affidato. La disposizione con carattere imperativo: dunque, alla stazione appaltante non residuano margini di discrezionalità.
- la causa escludente debba essere espressamente definita tale dal Codice

Principio di tassatività

L'art. 10 del Codice, a differenza dell'art. 83 comma 8 del D.Lgs. 50/2016, precisa che le cause di esclusione possono essere solo quelle espressamente previste dal Codice ed in particolare al **Comma 2 «Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito;»**

Accanto al **principio di tassatività** il legislatore ha previsto quello correlato **dell'eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito** alla luce delle riflessioni emerse nell'elaborazione giurisprudenziale

In cosa consiste? ove venga in rilievo un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia omesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione".

È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati.

Principio di tassatività



Il comma 2 dell'art. 10 stabilisce, altresì, che **«le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte»**

Cosa succede in caso di clausola nulla?

Deve essere disapplicata dalla stazione appaltante quanto in contrasto con una norma imperativa di legge.

La giurisprudenza specifica che si tratta di una nullità parziale della lex specialis, che non invalida quest'ultima nella sua interezza. Tale nullità, ovviamente, impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola (ad es. il provvedimento espresso di esclusione), rendendoli altrimenti annullabili.



Dal punto di vista processuale, ne consegue che da un lato non sussiste l'onere per l'O.E. di proporre alcun ricorso avverso la clausola escludente nulla (neanche nei termini e ai sensi dell'art. 31 comma 4 c.p.a.), dall'altro sussiste, invece, l'onere per l'O.E. di impugnare gli atti ulteriori che facciano applicazione di quella clausola secondo le regole ordinarie di cui all'art. 120 c.p.a. (non può farsi discendere, nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto consequenziale a un atto solo parzialmente nullo)

Tar Lazio, sentenza n. 16458 del 19 settembre 2024

Il caso



Di recente il TAR Lazio ha affrontato un'interessante ricorso in tema di nullità di una clausola relativa al pagamento del contributo ANAC.

Una stazione appaltante aveva inserito nel Disciplinare di gara una clausola con cui si stabiliva che, ove il pagamento del contributo anac fosse successivo al termine di scadenza per la presentazione delle offerte l'operatore economico sarebbe stato escluso.

La *lex di gara*, equiparava (quanto all'effetto escludente) il pagamento tardivo del contributo al mancato pagamento

("l'operatore economico, che non adempia alla richiesta di soccorso istruttorio o nel caso in cui il pagamento risulti effettuato dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, è escluso dalla procedura di gara per inammissibilità dell'offerta").

Tar Lazio, sentenza n. 16458 del 19 settembre 2024

La Commissione della gara in questione, attivato il soccorso istruttorio in quanto non aveva trovato nel FVOE la ricevuta del pagamento, riscontrava la tardività dello stesso e propone l'esclusione della ricorrente per inammissibilità dell'offerta, ai sensi proprio di quella clausola

Il concorrente escluso proponeva ricorso avverso il suddetto provvedimento di esclusione, deducendo la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché del principio, nazionale ed euro-unitario, di massima partecipazione alle procedure di gara.

Il Collegio – consapevole degli orientamenti giurisprudenziali contrastanti sul tema in oggetto – ha aderito alla tesi (ritenuta più in linea con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario) secondo cui *"il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e, pertanto, non idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198)"*.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, il T.a.r. ha rilevato la nullità della previsione della legge di gara nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dalla procedura in caso di tardivo pagamento del contributo ANAC, ritenendola eccessiva e non conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione, ora disciplinato dall'articolo 10 del Codice dei contratti pubblici.

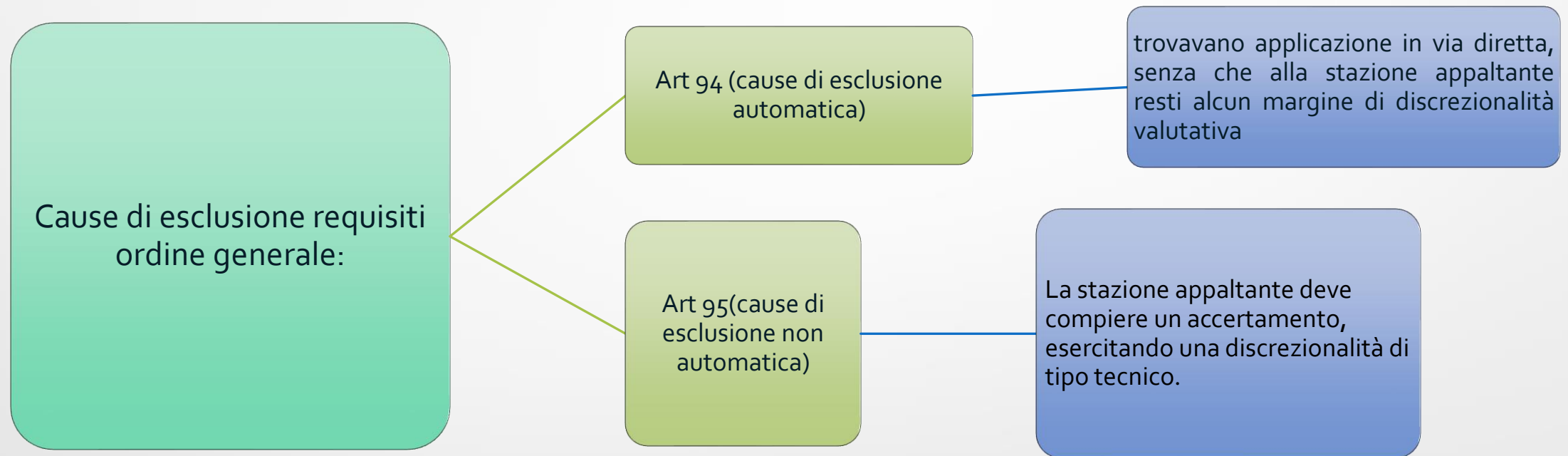
Ne consegue che il pagamento del contributo, avvenuto nei termini individuati dall'attivazione del soccorso istruttorio, sia valso a sanare la violazione contestata, nonché a regolarizzare la posizione del ricorrente.



I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE DI ORDINE GENERALE

LE CAUSE DI ESCLUSIONE

L'attuale disciplina delle clausole di esclusione relativa ai requisiti di ordine generale è oggi contenuta in 5 articoli (94,95,96 e 98) in luogo dell'unico e vecchio art. 80.



CAUSE DI ESCLUSIONE

Tipologie di reati

Si tentativo

delitti di cui agli artt. 416 (associazione per delinquere), 416 *bis* del codice penale (associazioni di tipo mafioso anche straniere), delitti previsti dall'art. 74 t.u. stupefacenti delitto di cui all'art. 452 *quaterdieces* c.p. (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti).

Si tentativo

delitti di cui agli artt. 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari), 319 *quater* (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di pubblico servizio), 321 (previsione che applica al corruttore le pene previste negli articoli precedenti relativi alla corruzione), 322 (istigazione alla corruzione),

No tentativo

delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), frode, riciclaggio ed ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

CAUSE DI ESCLUSIONE

I soggetti

Chi deve commettere i reati?

- a) operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;
 - b) titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
 - c) socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
 - d) soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
 - e) membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;
 - f) componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
 - g) direttore tecnico o del socio unico;
 - h) amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.
4. Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima

ELIMINATI CESSATI DALLA CARICA

CUASE DI ESCLUSIONE

L'Amministratore di fatto



Chi è?

L'interpretazione è sostanzialistica per cui è considerato amministratore di fatto il soggetto che assume decisioni e compie atti di gestione a carattere sistematico e continuativo, in nome e per conto dell'impresa pur senza un formale atto di nomina

Per la Corte di Cassazione la Stazione Appaltante deve accertare l'esistenza di *"elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare"*.



CAUSE DI ESCLUSIONE

ALTRE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA

Aver avuto un'interdittiva ai sensi del DLgs 231/2001 sulla responsabilità amministrativa o un'interdittiva ai sensi del D.Lgs. 81/2008 sulla sicurezza;

Aver omesso di presentare la certificazione concernente il rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili ai sensi L. 68/99

Essere stati sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni

Essere iscritti nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione per partecipare alla gara;

Essere iscritti nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione

L'aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali

CAUSE DI ESCLUSIONE

Le gravi violazioni fiscali definitivamente accertate

Quando una
violazione fiscale può
comportare
l'esclusione
automatica?

Allegato II.10

Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (importo complessivo superiore a 5.000,00)

Sono da considerare definitivamente accertate le violazioni contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione.

.

l'esclusione, non opera 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 sanzioni, oppure **quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto**, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati **anzichè anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.**

CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICHE

Nell'art. 95 sono collocate le cause di esclusione AUTOAMTICA ove l'esclusione consegue ad una valutazione discrezionale caso per caso da parte della Stazione Appaltante che, in presenza della causa di esclusione è tenuta a compiere un'istruttoria al termine della quale se ritiene che i fatti sono gravi e tali da incidere sull'affidabilità dell'operatore economico, motivando, esclude il concorrente

CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICA

gravi infrazioni sulla salute, sicurezza sul lavoro e ambientale

situazione di conflitto di interesse

distorsione della concorrenza per aver partecipato alla preparazione della procedura d'appalto;

imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale a cagione di accordi stipulati con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara

gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali

Commissione grave illecito professionale

CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICA

Le gravi violazioni fiscali NON definitivamente accertate

Quando una
violazione fiscale può
dirsi grave?

Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10 ed in particolare la violazione si considera grave quando:

- l'inottemperanza è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto
- l'importo della violazione è superiore a 35.000 euro.

Si badi che nel computo Sono escluse le sanzioni e interessi

·
·

Come chiarito da una recente Delibera Anac La disposizione di cui all'art. 95, comma 2, del D. Leg.vo 36/2023, secondo cui la gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto, deve essere intesa quale clausola interpretativa che la stazione appaltante deve utilizzare, all'interno dei due sopracitati parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia incorso nella violazione non immediatamente escludente.

CUASE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICA

Art. 98. Il grave illecito professionale



La norma individua le condizioni che devono (tutte) ricorrere per poter disporre l'esclusione, ed in particolare:

- a) Devono esservi elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) Il grave illecito professionale deve essere idoneo ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) Vi devono essere adeguati mezzi di prova di cui al comma 6

Il provvedimento di esclusione, disposta e comunicata dalla stazione appaltante deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni



CAUSE DI ESCLUSIONE

Grave illecito professionale

Per ognuna di queste condizioni è prevista una disciplina dettagliata ed in particolare:

- l'art. 98, comma 3, individua gli **elementi** dai quali è possibile desumere la sussistenza dell'illecito professionale (se ne deve verificare almeno uno)- esempio: «..condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto..»
- Il comma 6 elenca invece i **mezzi di prova** adeguati che la stazione appaltante è tenuta a valutare ai fini della sussistenza del grave illecito professionale. Tale elenco ha valenza tassativa- esempio «l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili»

L'articolo specifica che la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa





I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE SPECIALE

REQUISITI SPECIALI

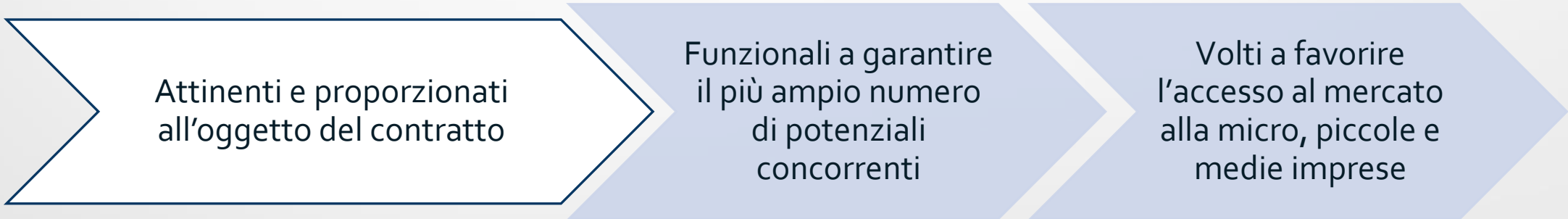
I requisiti speciali afferiscono alla **capacità economica** e **all'esperienza tecnica e professionale** del concorrente che partecipa ad una procedura di gara.

La disciplina è contenuta nell'art. 100 che al primo comma mantiene la tradizionale distinzione tra **requisiti di idoneità professionale**, **requisiti di capacità economico – finanziaria** e **requisiti di capacità tecniche professionali**, precisandosi al secondo comma, che i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante devono essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

Tale disposizione va letta in coordinazione con quanto sancito dal comma 3 dell'art 10 a mente del quale: *«Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale purchè siano...*



Viene data ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti speciali, di carattere economico e finanziario e tecnico professionale» che dovranno essere





**LE RECENTI PRONUNCE
GIURISPRUDENZIALI E
DELIBERE ANAC**

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1048 del 01/02/2024

Il caso

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza n. 1048 del 01/02/2024 si sofferma sulla portata della discrezionalità della Stazione Appaltante nel prevedere i requisiti di partecipazione e, in particolare, di capacità tecnico-professionale

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha respinto l'appello presentato da un operatore economico, originariamente aggiudicatario dell'affidamento di un servizio.

Aggiudicazione che il TAR aveva già annullato, riconoscendo l'assenza dei requisiti di capacità tecnica richiesta dal disciplinare.

Quale era? La lex di gara richiedeva, in punto di requisiti tecnici, *l'aver eseguito nell'ultimo triennio almeno un servizio uguale a quello oggetto dell'appalto, per un importo equivalente a quello stimato annuo a base della presente gara*"

SEGUE...



Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1048 del 01/02/2024

L'aggiudicataria dimostra il possesso del requisito mediante più contratti (con il benestare della SA appaltante) ed in sede di ricorso, presentato dal secondo classificato, sostiene la tesi secondo cui il disciplinare non richiedeva lo svolgimento di un unico servizio ma di almeno un servizio uguale tra quelli indicati nel bando senza fare alcun riferimento specifico alla impossibilità di frazionamento, motivo per cui il servizio richiesto non poteva essere qualificato come requisito "di punta".

Il Consiglio di Stato ha invece sposato la tesi del TAR, sottolineando il significato inequivocabile della clausola già sul piano letterale oltre che sul piano logico infatti la richiesta di un determinato servizio di punta, spiega Palazzo Spada, la stessa è logicamente ravvisabile nella finalità di consentire la selezione di un operatore che abbia già espresso la capacità di eseguire un servizio che presenti caratteristiche tecniche analoghe a quello oggetto di affidamento.

Nella sentenza il Consiglio di Stato sottolinea, in punto di diritto, che **all'amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito**



Delibera ANAC del 15 maggio 2024 n. 236

Il caso

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di servizi il cui SA aveva previsto quale requisito di partecipazione l'iscrizione ad un albo professionale da almeno 10 anni, uno dei partecipanti ritiene tale previsione illegittima in quanto limitativa della possibilità di partecipare alla gara.

SEGUE...



Delibera ANAC del 15 maggio 2024 n. 236

L' ANAC ritiene invece legittimo l'operato della Stazione Appaltante sottolineando come la stessa dispone di **ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti**, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza e purché la discrezionalità di cui dispone sia correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto



Pertanto nel caso di specie, nell'ambito dell'ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara che l'ordinamento le riconosce, la stazione appaltante ha definito requisiti di partecipazione che possono essere ritenuti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, rispondenti ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto.

Parere ANAC di precontenzioso del 8 maggio 2024 n. 225

Il caso

nell'ambito di una procedura di affidamento di lavori nella quale si richiedeva la qualificazione in OG1, classe III, prevalente, subappaltabile; OS3, classe I, scorporabile, subappaltabile; OS30, classe II, scorporabile, subappaltabile, la SA nell'impostare la gara sul MEPA aveva impostato dei filtri per effetto dei quali con riferimento alla categoria OS30 non sarebbe stato consentito il ricorso al subappalto qualificante, né la partecipazione con qualificazione equipollente (OG11) alla gara.

SEGUE...



Parere ANAC di precontenzioso, 8 maggio 2024 n. 225

In base al **principio dell'assorbimento**, l'operatore economico in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG11, può eseguire le lavorazioni di cui alle categorie OS3, OS28 e OS30, purché la classifica posseduta sia tale da coprire la somma degli importi di tutte le lavorazioni riconducibili alle citate categorie "assorbibili" indicate dal bando di gara.

Pertanto Anac, innanzitutto afferma in punto di diritto che il **legislatore del dlgs 36 ha voluto favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica.**



Nel caso di specie ritiene che nell'ambito dell'ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara che l'ordinamento le riconosce, la stazione appaltante ha definito requisiti di qualificazione che possono essere ritenuti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, tuttavia, la mancata previsione, nei filtri di accesso sulla piattaforma informatica, con la conseguente possibilità di dimostrare il possesso della qualificazione nelle categorie specialistiche secondo il principio dell'assorbimento sopra richiamato (quindi con l'OG11) che è riconosciuto dall'ordinamento, costituisce una violazione della disciplina in materia di affidamento dei contratti pubblici.



Grazie per l'attenzione