

Roberto GAROFOLI

Giulia FERRARI

I CONTRATTI PUBBLICI

Con online

 **Approfondimenti** avanzati

 **Tem**i svolti

 **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2024**


Neldiritto
Editore

III. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

38. La partecipazione alla procedura di gara: i requisiti di partecipazione.

Fra le questioni da sempre più dibattute in tema di contratti pubblici, rientrano quelle afferenti i requisiti di partecipazione degli operatori economici (aspiranti aggiudicatari) e le relative cause di esclusione, disciplinate dall'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 e oggi nel nuovo Codice 2023 sostituite da un *corpus* di norme, composto da cinque distinti articoli, collocati nel Titolo IV del Libro II.

All'originaria formulazione dell'art. 80 si sono quindi sostituiti gli artt. 94-98 integralmente nuovi, che si riferiscono ciascuno ad un aspetto "patologico" (o potenzialmente tale) della disciplina delle cause di esclusione e che, già a partire dalla loro rubrica e dalla terminologia utilizzata, dimostrano l'intento chiarificatore sotteso.

Il vecchio art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, distingueva i requisiti per la partecipazione in "requisiti generali" di ordine morale e "requisiti speciali" di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica; i primi, desumibili *a contrario*, disciplinano le condizioni soggettive o le circostanze suscettibili, ove accertate, di precludere la partecipazione alla gara (o di impedire la stipulazione qualora intervengano a procedura in corso), trattandosi di requisiti che riguardano tutti i concorrenti e che sono necessari per poter contrattare con la p.a.⁹⁴

Il nuovo Codice del 2023 distingue, invece, tra cause di esclusione automatica e non automatica in relazione ai margini di discrezionalità lasciati alla stazione appaltante nell'apprezzamento del presupposto determinante l'espulsione dell'operatore economico.

38.1. Le cause di esclusione automatica: il rilievo della sentenza di patteggiamento, interdittive, violazioni di obblighi tributari e previdenziali, liquidazione giudiziale e concordato.

L'art. 94 individua oggi le *cause di esclusione automatica* rispetto alle quali non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante.

Innanzitutto, è causa di esclusione la *condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna* divenuto irrevocabile⁹⁵, per alcuni reati specificamente indicati dal comma 1 (lett. a-h).

Fra le novità si evidenzia che, ai fini dell'esclusione, non rileva nel nuovo Codice la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p. (c.d. *patteggiamento*) per i reati gravi elencati dalla norma stessa (diversamente dall'art. 80 del vecchio Codice che la contemplava come motivo di esclusione). La novità è coerente con la riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), nella parte in cui ha modificato l'art. 445, co. 1-*bis*, c.p.p., che ora prevede: "*se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444 comma 2 del codice di procedura penale alla sentenza di condanna*".

Sentenze di condanna e sentenze di patteggiamento

⁹⁴ Si veda Cons. St., A.P., 4 maggio 2012 n. 10; Id., 7 giugno 2012, n. 21.

⁹⁵ Il riferimento alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., che nella bozza originaria era presente all'alinea del comma 1 dell'art. 94, è stato soppresso nell'articolato definitivo, al dichiarato fine di coordinare lo schema di decreto legislativo con le novità introdotte dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia) sugli effetti extra-penali delle sentenze *ex* art. 444 c.p.p., che ha novellato il comma 1-bis dell'articolo 445 c.p.p. prevedendo che "se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi, diverse da quella penale, che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, c.p.p. alla sentenza di condanna".

Si consideri, tuttavia, che l'art. 98, comma 6, lettera g), del Codice assegna rilievo alla sentenze di patteggiamento come mezzo di prova ai fini delle valutazioni in merito alla sussistenza di un grave illecito professionale di cui al comma 3, lettera g), dello stesso articolo. In parziale distonia rispetto alla ricordata disciplina introdotta dalla c.d. riforma Cartabia al comma 1-bis dell'articolo 445 c.p.p., si equipara in tal modo la sentenza (non irrevocabile) *ex art. 444 c.p.p.* alla sentenza di condanna (non definitiva) come mezzo di prova discrezionalmente valutabile dalla stazione appaltante al fine della verifica in merito alla idoneità e affidabilità dell'operatore economico concorrente. Ragioni di ordine logico e sistematico, nonché di coerenza con la lettera e con la *ratio* della nuova disciplina del patteggiamento, potrebbero indurre a ritenere che le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.* rilevanti ai sensi dell'art. 98, comma 6, lett. g), d.lgs. n. 36 del 2023, siano tuttavia solo quelle che prevedono pene accessorie, trattandosi dell'unica eccezione espressamente prevista dal novellato art. 445 c.p.p.

Le
interdittive
antimafia

9.



16.



Ai provvedimenti giurisdizionali di condanna il comma 2 (corrispondente al comma 2 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016) aggiunge la sussistenza di *cause di decadenza, di sospensione o di divieto ovvero di un tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi del Codice antimafia* (artt. 67 e 84, comma 4, d.lgs. 159 del 2011); tuttavia, e questa è una delle più importanti novità del nuovo impianto normativo, specifica che “*La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice*”, ciò in armonia con la generale disciplina sul *self-cleaning* di matrice europea (quest'ultima contenuta ai commi 2-6 dell'art. 96).

Ancora il comma 5 raggruppa ulteriori cause di esclusione obbligatoria che prima si rinvenivano “sparse” nell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 e in particolare, sono state inserite alla lett. d) la causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali, che opera quando l'operatore economico sia sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, “*fermo restando quanto previsto dall'art. 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, dall'art. 186-bis, co. 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'art. 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali*”. Tale ultima indicazione è il frutto delle argomentazioni della giurisprudenza, che anche di recente⁹⁶ aveva valorizzato la necessità che l'autorizzazione di cui all'art. 186-bis, co. 4 alla partecipazione alla gara pubblica intervenga entro il momento dell'aggiudicazione della stessa e che, nel caso intervenga detta autorizzazione, la valutazione (di non esclusione) che deve operare la stazione appaltante non è discrezionale.

Le gravi
violazioni
di obblighi
tributari e
previdenziali

Infine, ultima causa di esclusione automatica è prevista dal comma 6, che corrisponde alla prima parte comma 4 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, riguarda l'operatore economico che ha commesso *violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali*, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. La norma dopo aver rinviato all'Allegato II.10 per l'elencazione delle gravi violazioni indica una eccezione alla esclusione, disponendo che “*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 sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque*

⁹⁶ Cons. St., A.P., nn. 9 del 2021 e 11 del 2021.

integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta?

Tra le cause di esclusione automatica è inoltre prevista la sottoposizione dell'operatore economico a *liquidazione giudiziale*, la sussistenza dello stato di *liquidazione coatta o di concordato preventivo* o la pendenza di un procedimento per l'accesso a una di tali procedure. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'art. 186-*bis*, comma 5, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e all'art. 95, commi 3 e 4, del Codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali (art. 94, comma 5, lett. d).

Liquidazione
e giudiziale
e
concordato
preventivo

Vigente il vecchio Codice, *Cons. St., A.P., 27 maggio 2021, nn. 9, 10 e 11*, ha escluso che la presentazione da parte dell'impresa che partecipa alla gara di domanda di concordato preventivo in bianco o con riserva operi *ex se* quale causa di esclusione della stessa dalla gara. E ciò in quanto, ove sia stata presentata una domanda di tal fatta, compete al giudice ordinario, in sede fallimentare, il compito di autorizzare (concordato in continuità aziendale) la partecipazione dell'impresa alla gara. Tale autorizzazione deve pervenire entro l'adozione dell'aggiudicazione. Solo nel caso in cui il giudice ordinario non adotti tale autorizzazione, la PA può escludere l'impresa dalla gara. E ove si tratti di impresa mandante di ATI, la mancata autorizzazione di tal fatta consente la sostituzione endostrutturale della stessa.

Cons. St.,
A.P., 27
maggio
2021, nn. 9,
10 e 11



38.2. Le cause di esclusione non automatica e il grave illecito professionale.

Tra le *cause di esclusione non automatica*, cui sono dedicati gli artt. 95, 97 e 98, rientrano quelle che in passato erano qualificate come cause facoltative di esclusione e disciplinate in massima parte al comma 5 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 (ed in parte al comma 4 che, come detto sopra, nel suo complesso raggruppava sia una causa obbligatoria di esclusione, che una "facoltativa", aventi la medesima "causale", ossia l'omesso pagamento di imposte, tasse e/o contributi previdenziali).

Secondo l'art. 95, si ravvisano casi di esclusione (non automatica ma comunque) doverosa nelle ipotesi in cui la stazione appaltante accerti nei confronti di un operatore economico la sussistenza:

- a) di gravi infrazioni alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE;
- b) di una situazione di conflitto di interesse di cui all'art. 16 non diversamente risolvibile;
- c) di una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;
- d) rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;
- e) di un illecito professionale grave, commesso dall'offerente e che sia tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; la norma rinvia all'art. 98 per l'elencazione tassativa dei gravi illeciti professionali, nonché dei mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

L'art. 98, in senso innovativo rispetto al Codice del 2016, si occupa nel dettaglio del *grave illecito professionale*, elencando le fattispecie che possono condurre alla adozione di una deliberazione motivata di esclusione ("non automatica" per quanto indicato nell'art. 95,

Il grave
illecito
professionale
e

