SUI REQUISITI MORALI E PROFESSIONALI

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, sentenza 24 gennaio 2018, n. 481

Sulla natura dell'avviso e sul momento in cui devono verificarsi i requisiti

Secondo condivisibile giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3344/2014; n. 1224/2014; Sez. V n. 2282/2013) la c.d. fase di prequalifica costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati. Applicando tale principio al caso in esame non può dubitarsi in ordine al possesso, da parte della società ricorrente, del requisito di partecipazione alla gara alla luce delle considerazioni svolte.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. III – sentenza 14 febbraio 2018, n. 292

Sulla necessità della persistenza dei requisiti

I requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, oltre a sussistere al momento della presentazione delle domande da parte dei concorrenti, devono permanere per tutta la durata dell'appalto, legittimando pertanto l'esclusione anche laddove l'accertamento della relativa mancanza sia successivo all'aggiudicazione definitiva, e ciò a prescindere dalla durata della procedura.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 25 settembre 2017 n. 4470

Sui limiti al mantenimento dei requisiti in capo ai concorrenti non aggiudicatari

1. In linea generale, le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità.

2. Nelle gare di appalto, l'avvenuta conclusione del procedimento di gara con l'aggiudicazione in favore della prima classificata dispensa le altre imprese partecipanti dall'onere di conservare i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva in vista di un possibile scorrimento. Infatti, quando la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'Amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2018 n. 218

Sulla rilevanza della condanna anche in capo ai revisori

1. Anche i revisori legali dell'impresa partecipante ad una gara di appalto rientrano tra i soggetti, indicati dal terzo comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, le cui condanne per i reati espressamente indicati dalla stessa norma debbono portare all'esclusione dell'impresa concorrente, atteso che tale dichiarazione deve essere resa con riferimento a tutti i soggetti dotati di poteri di direzione o di vigilanza o muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo.

2. Le condanne che debbono condurre all'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 non sono solo quelle riportate dall'impresa, quale soggetto giuridico autonomo e ma anche quelle riportate dal singolo amministratore o soggetto dotato di potere di indirizzo o di controllo sull'impresa stessa. Infatti, una lettura dell'art. 80 cit., coerente con la disciplina comunitaria e con i principi fondamentali della materia già elaborati in vigenza della precedente normativa, non può che condurre a un'interpretazione estensiva, nel senso che l'esclusione può essere disposta dalla stazione appaltante anche nel caso in cui la sentenza di condanna ritenuta rilevante sia relativa ad uno dei reati indicati dalla suddetta norma (nella specie si trattava del reato di bancarotta fraudolenta) e anche se essa riguardi non l'impresa in sé, ma uno dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Sull'applicabilità del self cleaning

3. Le misure di self-cleaning possono ritenersi efficaci solo pro futuro, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione (o comunque **non oltre il termine fissato per la presentazione delle offerte**, secondo quanto chiarito dalle Linee Guida ANAC n. 6 relativamente al nuovo codice dei contratti pubblici), pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti.

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II bis, sentenza 19 febbraio 2018, n. 1880

Sulla modifica di un RTI in caso di procedura ristretta

Preso atto della sussistenza di un nesso funzionale tra la fase di preselezione e quella di valutazione delle offerte, il divieto di modificazione della compagine soggettiva in corso di gara al di fuori dei casi legislativamente consentiti, idonea a salvaguardare la *par condicio* e a garantire la corretta conoscenza da parte dell'Amministrazione dei requisiti delle concorrenti, non può che operare a fare data dalla fase di prequalifica;

In altri termini, diviene doveroso affermare che, ove si tratti di procedure di tale genere, nessuna aggiunta e/o sostituzione di una o più imprese del raggruppamento invitato a partecipare alla gara in esito alla procedura di prequalifica può essere considerata ammissibile e ciò per il pieno rispetto non solo del principio di unitarietà della procedura ma anche della *par condicio* e del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sotto il profilo dell'economicità (risultando evidente come una soluzione diversa e contraria comporterebbe necessariamente una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione sussistenti in capo all'impresa subentrante e, in generale, al R.T.I.).

In linea anche con i principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 8 del 4 maggio 2012, in cui è dato leggere che sono da ritenere precluse “modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli”, la possibilità di presentare offerte nel caso di procedure ristrette è da considerare, pertanto, limitata alle imprese già selezionate nella fase di pre-qualificazione, con l'ulteriore precisazione - a titolo di mera completezza – che non sussistono, in ogni caso, elementi preclusivi al recesso di un'impresa del raggruppamento selezionato e, ancora, all'eventuale costituzione di un'associazione ad opera delle imprese selezionate in vista della gara in quanto costituenti soluzioni che, a differenza di quella comportante la modificazione della compagine soggettiva invitata alla gara, non estinguono “la soggettività delle imprese già qualificate” e, comunque, non consentono di individuare soggetti diversi da quelli invitati.

TAR LAZIO ROMA, SEZ. I BIS, sentenza 11 gennaio 2018, n. 286

Sui reati inibitori e sulla necessità di una sentenza definitiva di condanna

L'esclusione per condanne penali non definitive si pone in contrasto con le disposizioni degli artt. 80 e 83 D.lgs. 50/2016 che considerano rilevanti le sole sentenze passate in giudicato, oltre che con i principi di libertà di iniziativa economica, di buon andamento, di *par condicio* e non discriminazione, e presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.

Non si possono anticipare gli effetti penalizzanti per un'impresa delle condanne senza attendere che siano divenute definitive.

Quanto alle condanne penali la valutazione circa la loro incidenza sulla possibilità di contrarre con le pubbliche amministrazioni è stata già compiuta dal legislatore con la previsione delle ipotesi escludenti.

In relazione alla questione se il socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci debba intendersi solamente come socio persona fisica o anche persona giuridica, vi sono importanti pronunce giurisprudenziali che hanno ritenuto come la norma limiti la verifica dei requisiti morali al socio persona fisica (TAR Lazio, Roma, I *quater*, 8.02.2017, n. 2131; Cons. Stato, Sez. III, 28.06.2017, n. 3169; *id.*, Sez. V, 21.04.2016, n. 1593).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 2 marzo 2018 n. 1299

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. III quater, sentenza 22 dicembre 2017, n. 12640

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1119

Sulla portata dell'art. 80, comma 5, del cdc (grave illecito professionale)

L'art. 80 comma 5 del cdc innova rispetto alla previgente disciplina (art. 38 d.lgs. n. 163/2006), individuando una nozione di illecito professionale che “abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente, ma **anche in fase di gara**”.

E infatti, la lettera dell'art. 80, c. 5, lett. c), **non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegna una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa e non tassativa**, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 3 febbraio 2018, n. 323

Sull'irrelevanza, come grave errore professionale, di una risoluzione ancora sub iudice

1. Non sussistono i presupposti per l'esclusione di una ditta dalla gara, ex art. 80, comma 5, lett. c), e comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel caso in cui sia stata disposta la risoluzione per inadempimento di un precedente rapporto contrattuale, **ove tale risoluzione non abbia carattere di definitività**.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. II – sentenza 10 novembre 2017 n. 2548

Sul grave illecito professionale in presenza dell'irrogazione di una penale non contestata

E' legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria di una gara per la fornitura di dispositivi medici disposta ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 che sia motivato in ragione dell'avvenuta risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di forniture di dispositivi medici nel caso in cui l'inadempimento – incontestato – posto in essere dalla ditta esclusa in ordine al precedente contratto di forniture abbia dato luogo non solo alla risoluzione del contratto – oggetto di contestazione davanti all'a.g.o. – ma **anche all'applicazione di una penale**, rispetto alla quale non vi era contestazione nell'*an*, ma solo nel *quantum*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, 5 settembre 2017 n. 4192

TAR TOSCANA, SEZ. I, 1 agosto 2017, n. 1011

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 5 luglio 2017, n. 3288

TAR VALLE D'AOSTA, 23 giugno 2017, n. 36

Sul grave illecito professionale e sul relativo onere probatorio

L'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, alla lettera c), che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione ad una procedura di gara, qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità. Tra i gravi illeciti, espressamente contemplati dalla norma, 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".

In tali casi, è la stazione appaltante ad essere gravata dell'onere di dimostrare l'inaffidabilità del concorrente e non quest'ultimo a dover dimostrare la propria affidabilità; tale dimostrazione deve avere ad oggetto non solo gli illeciti professionali commessi in passato, ma anche e soprattutto l'idoneità degli illeciti stessi a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente.

Infatti, non ogni inadempimento pregresso, per quanto grave e tale da aver condotto alla risoluzione di un precedente contratto d'appalto, giustifica l'esclusione dalla partecipazione a gare successive, in assenza di una esplicita valutazione prognostica della stazione appaltante, circa la capacità del concorrente di eseguire in maniera corretta le prestazioni oggetto del nuovo affidamento.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. IV, sentenza 05 gennaio 2018, n. 99

Sull'irrelevanza di una risoluzione oggetto di transazione

Deve ritenersi illegittima l'esclusione determinata in ragione di inadempimenti oggetto di contestazione e, comunque, di una mera transazione (v., anche, Tar Campania, Napoli, sez. III, n. 2358/2017: «una volta inseriti in un titolo transattivo, che la ditta non ha mancato di dichiarare alla stazione appaltante, l'obbligo risarcitorio e la penale, che rappresentano il contenuto pattizio della transazione, assumono una diversa valenza. In tale ambito, essi non costituiscono espressione di un potere giurisdizionale o amministrativo ma, piuttosto, la regolazione in via consensuale della sorte del rapporto, per cui il risarcimento del danno non ha fonte in una "condanna" che sia stata comminata, né la penale può dirsi autoritativamente inflitta. Ciò fa perdere ai rilevati elementi la pregnanza che assumono ai fini che qui interessano, stante la volontaria accettazione dei relativi obblighi, che l'Impresa potrebbe aver assunto valutando il rapporto costi/benefici della controversia instaurabile»).

Sull'obbligo di motivazione in caso di esclusione per grave illecito professionale

Il provvedimento di esclusione deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara. In tal senso, si esprimono, con orientamento che il Collegio condivide, la giurisprudenza (v. Cons. Stato Sez. III, 23-11-2017, n. 5467; T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 01-08-2017, n. 1011) e le linee guide adottate dall'ANAC ai sensi del medesimo art. 80 co. 13 cod. appalti (v., in particolare, i punti 6.3 e 6.4. delle linee guida n. 6/2017: «6.3. il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato. 6.4 La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto»).

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I QUATER – sentenza 17 novembre 2017 n. 11384

Sul requisito della regolarità fiscale

In tema di requisito della regolarità fiscale, l'art. 80, comma 4, del nuovo Codice dei contratti prevede che l'esclusione per mancanza del requisito 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, purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande". Tale disposizione, dunque, **esige che la regolarizzazione risulti richiesta "prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande" e non già prima del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione**; si tratta di prescrizione chiarissima (*in claris non fit interpretatio*).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2018 n. 2049

Sul requisito della regolarità fiscale

1. La regolarità fiscale delle imprese partecipanti ad appalti pubblici sussiste quando, alternativamente, a carico dell'impresa non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione ovvero, in caso d'impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato; pertanto, nel caso in cui l'atto di accertamento sia divenuto definitivo per l'infruttuoso decorso del termine di impugnazione oppure per passaggio in giudicato della sentenza, l'impresa che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica deve essere esclusa per il mancato rispetto del requisito della regolarità fiscale ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

2. La proposizione da parte della ditta interessata di un giudizio avverso la cartella di pagamento (*rectius*: l'intimazione di Equitalia) introduce una lite attinente alla fase della riscossione, ma non pregiudica la sussistenza del debito tributario sottostante. Infatti i tributi per quali è stata accertata l'inadempienza derivano da atti non più soggetti a impugnazione e la cartella esattoriale può essere impugnata solo per vizi formali ad essa attinenti, ma non può più mettersi in discussione la debenza dei tributi ivi indicati perché sono iscritti a ruolo solo dopo la definitività degli stessi.

Sull'irrelevanza di un'istanza di rottamazione successiva alla scadenza del termine di partecipazione

3. La irregolarità fiscale sussiste anche nel caso in cui la ditta interessata, dopo la notifica della cartella di pagamento ma dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ha presentato all'Agenzia delle entrate una istanza di "rottamazione del ruolo" ex art. 6 d.l. n. 193 del 2016, con la quale si è impegnata a pagare il debito maturato nei confronti dell'Agenzia delle Entrate di cui alla cartella di pagamento in cinque rate. Al riguardo, l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che la causa di esclusione per irregolarità fiscali non si applica "purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande"; nel caso di specie, invece la predetta istanza è stata presentata oltre il termine di presentazione della domanda di partecipazione e a gara già conclusa, rendendola irrilevante ai fini della partecipazione alla gara.

4. Ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, «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». L'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973 quantifica la gravità della sanzione in 10.000 euro, precisando altresì come il debito

debba derivare «dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo». Va pertanto disposta l'esclusione di una ditta nel caso in cui l'importo delle cartelle di pagamento sia superiore al limite di euro 10.000,00 sopra richiamato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V- sentenza 12 febbraio 2018, n. 856

Sulla definitività della regolarità fiscale

Il requisito della regolarità fiscale può essere 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.

TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, SEZ. I – sentenza 24 novembre 2017 n. 948

Sul requisito della regolarità fiscale in caso di tempestiva istanza di “rottamazione”

E' **illegittima la esclusione** dell'unica ditta partecipante ad una gara di appalto, motivata con riferimento al difetto, in capo alla ditta stessa, del requisito della regolarità fiscale, per violazione definitivamente accertate, **ove la relativa cartella esattoriale di pagamento sia stata sospesa dall'Agenzia delle Entrate a seguito di istanza di rottamazione tempestivamente presentata** e la medesima Agenzia abbia certificato alla P.A. appaltante che, per tale ragione, la situazione fiscale della società interessata è da considerarsi regolare.

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 04 gennaio 2018, n. 59

Sul concetto di definitività dell'irregolarità fiscale

La definitività dell'accertamento della violazione fiscale si realizza **quando non sia più esperibile alcuna azione giudiziaria contro l'accertamento tributario**, ovvero quando sia intervenuta una decisione del giudice tributario, passata in giudicato, che ne accerti la fondatezza.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 marzo 2018 n. 1853

TAR LAZIO ROMA, SEZ. II BIS – sentenza 5 marzo 2018, 2491

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 15 settembre 2017, n. 4349

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 3 marzo 2017, n. 1006

Sulla regolarità contributiva e sulla distinzione tra Durc interno e Durc esterno

1. Il requisito della regolarità contributiva previsto dall'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui sono esclusi dalle procedure di gara per i contratti pubblici coloro i quali «hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti») deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; la regolarizzazione postuma, infatti, violerebbe il principio della par condicio tra i concorrenti.

2. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

3. La nozione di «violazione grave» alla quale fa riferimento l'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il requisito della regolarità contributiva non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

4. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione, già previsto dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, può operare solo nei rapporti tra impresa e l'ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I TER – sentenza 30 novembre 2017 n. 11873

Sulla regolarità contributiva e sulla necessità dell'ammissione alla rateizzazione

1. Non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

Sulla valenza probatoria (vincolante) del DURC

2. La nozione di “violazione grave” alle norme in materia previdenziale e assistenziale non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare da quella del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

Sulla persistenza del requisito della regolarità contributiva

3. Il requisito della regolarità contributiva è indispensabile, oltre che per la partecipazione alla gara, anche per la conclusione del contratto. Pertanto, il requisito in questione deve permanere, senza alcuna soluzione di continuità, sino alla stipula del contratto.

Sull'incameramento della cauzione provvisoria

4. L'incameramento della cauzione provvisoria costituisce una conseguenza automatica dell'esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione.

TAR ABRUZZO – PESCARA, SEZ. I, 9 gennaio 2017, n. 21

Sull'esclusione della ditta per conflitto di interesse

Va disposta l'esclusione da una gara di appalto di una società nel caso in cui risulti che un membro su tre del consiglio di amministrazione sia comune sia al Broker che ha curato la predisposizione degli atti di gara sia ad una società agente della società vincitrice (il cui amministratore, peraltro, è stato delegato società a rappresentarla nelle fasi pubbliche di gara). Invero, l'obbligo di astensione, da un punto di vista del diritto amministrativo, è posto a tutela di un pericolo astratto e presunto che non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione; onde tale conflitto d'interessi ha reso illegittima la partecipazione della società in questione, con conseguente obbligo di esclusione della medesima ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici.

TAR UMBRIA, SEZ. I, 9 agosto 2017, n. 545

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I, 26 aprile 2017, n. 771

TRGA, SEZ. TRENTO, 26 aprile 2017, n. 142

Sul collegamento sostanziale

E' illegittima, per violazione dell'art. 80, 5° comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'ammissione in gara di due ditte, nel caso in cui: 1) il legale rappresentante p.t., amministratore unico e direttore tecnico di una ditta, sia anche il responsabile tecnico dell'altra; 2) entrambi i plichi contenenti le offerte delle due società partecipanti siano stati consegnati lo stesso giorno e tendenzialmente nello stesso momento, come è attestato dal numero di protocollo consecutivo; 3) le offerte siano state redatte secondo la stessa tipologia grafica e schematica e sembrano compilati da uno stesso soggetto; 4) le polizze per la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria siano state emesse entrambe dalla stessa agenzia, in pari data e rechio, anche questa volta, numeri di polizza consecutivi; 5) gli attestati di certificazione ISO 9001 siano stati emessi dallo stesso ente certificatore e rechio la stessa data di scadenza; 6) il contributo Anac dovuto è stato versato in entrambi i casi in pari data presso la stessa lottomatica; in tal caso, infatti, deve ritenersi comprovata l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le due imprese, anche di fatto, desunta da elementi che rappresentano

indizi gravi precisi e concordanti, a tal punto da far ritenere che il centro decisionale sia unico; con conseguente illegittimità dell'ammissione in gara.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 9 novembre 2017 n. 11161

Sulla doverosità dell'esclusione per falsa attestazione dei requisiti dei prodotti offerti

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A., ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c.), d.lgs. n. 50 del 2016, ha escluso una ditta da una gara di appalto di forniture (nella specie si trattava di una procedura aperta ex art. 60, d.lgs. n. 50 del 2016, per la fornitura di stampanti e apparecchiature multifunzione), che sia motivato con riferimento al fatto che, a seguito delle verifiche effettuate dal seggio di gara, è risultato che la medesima ditta ha falsamente dichiarato che il prodotto offerto possiede oltre ai requisiti tecnici minimi richiesti dal bando, anche un requisito premiante (nella specie, si trattava del consumo energetico particolarmente ridotto); infatti, l'art. 80, comma 5, lett. c.), d.lgs. n. 50 del 2016, si applica oltre che ai casi di dichiarazioni false, mendaci, non veritiere o fuorvianti riguardanti i requisiti di partecipazione di ordine speciale e generale, anche alle ipotesi di dichiarazioni false, mendaci, non veritiere o fuorvianti riguardanti gli elementi e/o i requisiti dell'offerta tecnica.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 gennaio 2018 n. 261

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 8 novembre 2017 n. 5170

Sul requisito dell'iscrizione camerale

1. Nell'impostazione del nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale [art. 83, commi 1 lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016], anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma. Utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento.

2. La corrispondenza contenutistica – tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto – non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma la stessa va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 27 marzo 2018 n. 1902

Sul requisito dell'iscrizione camerale

Nel caso in cui per la partecipazione alla gara occorra il certificato di iscrizione alla Camera di commercio, ciò che rileva ai fini della partecipazione alla gara è l'attività specifica svolta dall'impresa, in quanto l'indicazione tra i requisiti di partecipazione di una specifica attività è finalizzata a selezionare imprese che abbiano esperienza nel settore interessato: in caso contrario, sarebbe richiesta la mera iscrizione alla CCIAA e non l'iscrizione per una determinata attività. Rileva, inoltre, la sola attività prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione presso la Camera di Commercio, tanto più che le attività connesse alle quali ha fatto riferimento la società Medical Center hanno rilevanza marginale.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 14 febbraio 2018 n. 956

Sull'obbligo della dichiarazione di pregresse inadempienze contrattuali

1. Nelle gare di appalto, sussiste in capo ai concorrenti il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante; tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e PA, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo solo alla PA.

2. Anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva della vicenda possono essere apprezzati ai fini di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 febbraio 2018 n. 337

Sull'annullamento dell'aggiudicazione per conflitto di interesse

È legittimo il provvedimento con il quale una ASL, in forza di una espressa previsione della *lex specialis*, ha escluso da una gara (nella specie si trattava di una procedura aperta telematica ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento delle attività di laboratorio dei centri diurni del DSM) una società cooperativa sociale, che sia motivato con riferimento al fatto che il legale rappresentante e un consigliere della società cooperativa interessata sono dipendenti in servizio della ASL (nella specie, rispettivamente, medico e funzionario amministrativo) e, quindi, con riferimento alla sussistenza di una situazione di incompatibilità e conflitto di interessi.

TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 8 marzo 2018 n. 356

Sull'illegittimità della previsione della sede dell'impresa nel territorio comunale

E' illegittima, per violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di libera concorrenza, la clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione degli automezzi che, facendo generico riferimento a ragioni di economicità del servizio, consente la partecipazione alla gara alle sole ditte aventi sede in determinate zone del territorio comunale e, in

ogni caso, ad una distanza non superiore a mt. 500 dai confini del territorio comunale; tale clausola, infatti, ha l'effetto di incidere sulla par condicio della procedura, consentendo la partecipazione solo a imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con l'effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse della P.A. ritenuto prevalente.

SUI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE PIU' RIGOROSI

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 6 settembre 2017, n. 4221

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II TER, sentenza 8 febbraio 2017 n. 2115 ;

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, sentenza 9 gennaio 2017, n. 31

Sui presupposti per fissare requisiti più rigorosi

I bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 3 novembre 2017 n. 5127

Sull'inammissibilità di clausole illogiche e restrittive

E' illegittimo il capitolato di una gara per l'affidamento del servizio di trasporto infermi in emergenza nella parte in cui ha previsto, con riguardo alle caratteristiche tecniche delle ambulanze, a pena di esclusione, che gli automezzi da fornire per ogni postazione non dovessero avere più di 2 anni di immatricolazione e non dovessero avere meno di 170 cavalli fiscali. Infatti, pur riconoscendo alla stazione appaltante ampia discrezionalità nella individuazione dei requisiti tecnici dei mezzi per assicurare la corretta gestione del servizio, nel caso di specie le caratteristiche tecniche delle ambulanze individuate dalla stazione appaltante sono da ritenere eccessivamente restrittive della concorrenza e non sorrette da adeguata giustificazione logica.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 3 aprile 2018 n. 2083

Sull'illegittimità della richiesta di un centro di cottura già alla data della partecipazione a gara

1. Nel caso di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell'appalto. Si tratta, infatti, di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto di appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura.

2. E' illegittima una clausola del bando di una gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese. In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 19 febbraio 2018 n. 1031

Sulla modifica soggettiva di un raggruppamento temporaneo

1. La modifica riduttiva di un raggruppamento temporaneo di professionisti, determinata dalla morte di uno dei mandanti, non determina di per sé l'automatica esclusione del raggruppamento stesso.

2. Nel caso di gara di appalto, il recesso di una o più imprese dell'ATI è possibile se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi; tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 aprile 2018 n. 2176

Sull'iscrizione camerale al fine di comprovare la capacità tecnica

La prescrizione della *lex specialis* di gara con cui si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, risulta finalizzata a selezionare ditte che abbiano un'esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto (dovendosi accertare, attraverso la certificazione camerale, un concreto ed effettivo svolgimento, da parte del concorrente, di una determinata attività, direttamente riferibile al servizio da svolgere).

La previsione della *lex specialis* della gara che richiede l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, al fine della dimostrazione della capacità tecnica e professionale delle imprese partecipanti alla gara, non può considerarsi immotivata o illogica, essendo l'iscrizione di cui trattasi finalizzata a dar atto dell'effettivo svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori (potenzialmente illimitati) nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, senza però nulla dire sull'effettivo ed attuale svolgimento dell'attività stessa.

Nel caso in cui la *lex specialis* richieda a pena di esclusione l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, l'attività stessa per la quale l'impresa risulta iscritta al registro deve essere identificata con quella qualificante dell'impresa nei confronti dei terzi, il che non può che riferirsi all'attività principale effettivamente svolta, ossia a quella che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività; l'individuazione ontologica della tipologia di azienda può pertanto avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.