

NEWSLETTER

n. 02/2021



**Osservatorio
Regionale**

CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale

Dirigente: Nicola LOPANE

Bari, 10/05/2021

Autore: Avv. Valeria Citarella

Responsabile P.O. Affari Legali



1. Art. 80, co. 5, lett. c, c-bis e f-bis, D.Lgs. n. 50/2016: esclusione per gravi illeciti professionali, informazioni false o fuorvianti, dichiarazioni non veritiere. Limiti e rapporti.

Tar Valle d'Aosta, Sez. Unica, 15/04/2021, n. 22.

L'art. 80, comma 5 lett. c), D.lgs. 50/2016, prevede l'esclusione del concorrente qualora *"la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

Il Tar Valle d'Aosta chiarisce come, a fronte di una *"nutrita serie di elementi da valutare"*, la stazione appaltante, in fase di ammissione, debba procedere a una valutazione in concreto di tali elementi, al fine di escludere espressamente che questi siano tali da incidere sull'integrità e sull'affidabilità del concorrente; in casi come questo, pertanto, non risulta sufficiente una motivazione implicita dell'ammissione alla procedura.

L'interpretazione della ricorrente, cui il Giudice amministrativo accede, riguarda l'**"obbligo di motivare l'ammissione quando il concorrente abbia dichiarato l'esistenza di sentenze civili nei riguardi dell'impresa, sentenze penali o giudizi pendenti nei confronti di esponenti della stessa, revoche di appalti in fasi esecutiva"**.

Pertanto, *"in relazione a fatti astrattamente idonei ad integrare l'ipotesi normativa considerata"*, non solo l'esclusione ma anche l'ammissione va valutata in concreto e motivata adeguatamente.

"Nella fattispecie", precisa il Giudice amministrativo, *"la Commissione di gara si è limitata [...] a un generale riferimento di "esaminati e approvati" riferito all'insieme dei documenti presentati dal concorrente, elencati in apposita scheda, e alla presa d'atto, altrettanto generale, della "correttezza e completezza della documentazione esaminata"* e aggiunge: *"Il Collegio è consapevole dell'esistenza di un indirizzo per cui la motivazione dell'ammissione sulla non gravità dei fatti contenuti nella dichiarazione può essere anche implicita o per facta concludentia, ma se tale orientamento può condividersi laddove il fatto segnalato sia unico o comunque rivesta in sé manifestamente il carattere della non gravità o della non rilevanza, essendo in qualche modo ricostruibile l'iter logico seguito, non può ammettersi che di fronte ad una nutrita serie di elementi da valutare – e si tratta di valutazione di carattere discrezionale nella quale il giudice non può sostituirsi - la Stazione appaltante motivi implicitamente"*.

Tra i precedenti, il Collegio richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 307/2021 in cui si afferma che *“il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della «integrità o affidabilità» dell'operatore con motivazione che valuti in concreto il fatto in termini di incidenza in rapporto all'oggetto dell'appalto da affidare, essendo vietata l'esclusione in virtù di automatismi”* e l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16/2020 sulle conseguenze che possono derivare dalla segnalazione di fatti rilevanti ex art. 80, D.Lgs. 50/2016, ivi comprese le dichiarazioni false, mendaci o reticenti.

In sintesi, pertanto, a fronte di un'autodichiarazione da cui emergano elementi da valutare ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016:

1. deve essere sempre motivata l'esclusione con riferimento alla valutazione di non sufficiente integrità o affidabilità del ricorrente;
2. l'ammissione del concorrente può essere motivata implicitamente o per *facta concludentia* *“laddove il fatto segnalato sia unico o comunque rivesta in sé manifestamente il carattere della non gravità o della non rilevanza, essendo in qualche modo ricostruibile l'iter logico seguito”*;
3. l'iter logico, invece, deve essere motivato adeguatamente ove se la stazione appaltante ritenga di ammettere comunque l'operatore economico in presenza di una *“nutrita serie di elementi da valutare”*.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 16 del 28/08/2020.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, richiamata dalla sentenza del TAR Valle d'Aosta con la quale si è aperta la *newsletter*, precisa il rapporto tra la lett. c) - ora c-bis), per effetto delle modifiche introdotte dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - e la lett. f-bis) del comma 5 dell'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016.

In particolare, viene approfondita la differenza tra le *“informazioni false o fuorvianti”* che, ai sensi della lett. c-bis) della disposizione, determinano l'esclusione quando fornite, anche per negligenza, al fine di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione e le *“dichiarazioni non veritiere”* rese ai sensi dell'a lett. f-bis) della norma in commento che, com'è noto, comportano sempre l'esclusione dell'operatore. La riconducibilità della fattispecie concreta all'una o all'altra disposizione è quindi di fondamentale rilevanza, essendo normativamente stabilita l'automatica esclusione dell'operatore economico solo per le dichiarazioni non veritiere.

Si ricorda che la lett. c-bis) art. 80, co. 5, D.Lgs. n. 50/2016, stabilisce l'esclusione dell'operatore economico che:

- *abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio;*
- *oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione,*
- *ovvero abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.*

Le questioni deferite al Consiglio di Stato riguardano nello specifico l'esclusione nei confronti di un'impresa disposta per falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), D.Lgs. n. 50/2016, in relazione alla propria cifra d'affari, per la quale era stato fatto ricorso all'avvalimento, inserendo nella cifra dichiarata il fatturato di un consorzio che comprendeva quello di un altro consorzio suo ausiliario, già sospeso dai benefici consortili per intervenuta scadenza dell'attestazione SOA.

Nell'esaminare la questione, il Collegio chiarisce quanto segue:

- *“La lettera c) [ora c-bis] prevede tre fattispecie di «gravi illeciti professionali» [...] una delle quali concernente un'ipotesi di falso così espressa: «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione»; in contrapposizione, desumibile dalla disgiuntiva «ovvero», all'ulteriore fattispecie consistente nell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione». Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-bis), quella relativa alle «informazioni false o fuorvianti» ha un elemento specializzante, dato dalla loro idoneità a «influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» della stazione appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara”;*

- *“[...] tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati [...] quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico”;*

- *“E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater)”.*

- *“Pertanto, l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di*

non agevole verificaione - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)".

Sulla scorta di tali considerazioni, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato esclude che la dichiarazione relativa alla cifra d'affari possa essere considerata non veritiera, in quanto la questione non attiene all' "antitesi vero/falso" ma "alla persistente validità del rapporto consortile in presenza di una delibera di sospensione; e alla possibilità di cumulare la cifra d'affari comunque realizzata nel triennio in considerazione dalla consorziata, ancorché priva di un'attestazione SOA". "Nel contesto di questa valutazione - chiarisce il Collegio - l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione [resa dall'impresa] è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità".

2. L' affidamento diretto, di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), D.L. n. 76/2020, non è una procedura di gara.

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 3827 del 23/4/2021.

Il Consiglio di Stato si pronuncia nella sentenza in commento su una procedura di affidamento diretto ex art. 1, comma 2, lettera a), D.L. n. 76/2020, svolta attraverso l'acquisizione di preventivi.

Il Collegio riforma la sentenza del giudice di prime cure che aveva accolto il ricorso aderendo alla tesi della ricorrente secondo la quale la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori valga a "trasformare" l'affidamento diretto in una procedura di gara, "abilitando i soggetti che non

siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze".

Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, precisa quanto segue:

1. ***"In tutte le ipotesi di affidamento diretto, comunque, le tuttora efficaci Linee Guida n. 4 dell'ANAC (non essendo stato ancora emanato il Regolamento Unico previsto dall'art. 216, comma 29–octies del Codice dei contratti, inserito dal decreto "Sblocca cantieri") raccomandano quale "best practice" il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici";***
2. *Ai fini degli affidamenti diretti sotto soglia (anche nella disciplina ordinariamente applicabile recata dal Codice dei contratti), è dunque sufficiente che la stazione appaltante motivi in merito alla scelta dell'affidatario, "dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione" (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.3.1)".*
3. ***"Attese le caratteristiche del procedimento di acquisto concretamente posto in essere - ovvero un affidamento diretto sotto – soglia, caratterizzato da modalità ulteriormente semplificate rispetto a quelle disciplinate in via ordinaria dal Codice dei contratti, in ragione dell'emergenza sanitaria in atto - l'Amministrazione era quindi libera di individuare il prodotto più rispondente alle proprie esigenze, cosa di cui essa ha peraltro dato chiaramente atto nel provvedimento di affidamento".***

Si tratta, a ben vedere, di conclusioni cui gli studiosi e gli operatori della materia sono in larga parte pervenuti a proposito di affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, D.L. n. 76/2020 (confermato, con la modifica delle soglie, dalla Legge di conversione n. 120/2020), per cui si rimanda e rinvia alle "INDICAZIONI OPERATIVE PER L'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI DEL D.L. n. 76/2020, CONVERTITO NELLA LEGGE n. 126/2020 RECANTE "MISURE URGENTI PER LA SEMPLIFICAZIONE E L'INNOVAZIONE DIGITALE" (Linee indirizzo ITACA Semplificazione); ai pareri del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 10 dicembre 2020 n. 753 e n. 764 e sulla cui base è stata elaborata la precedente **Newsletter n. 06/2020**, recante gli elementi da inserire nel provvedimento semplificato di affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), L. n. 120/2020 per servizi e forniture attraverso MEPA o EmPULIA.

3. Predeterminazione dei soli punteggi massimo e minimo nel bando di gara. L'operato della Commissione.

Tar Lazio, Sez. II bis, sentenza n. 4599 del 20/4/2021.

Il Giudice amministrativo chiarisce che il voto numerico espresso dalla Commissione in sede di valutazione non è sufficiente in assenza di una predeterminazione del valore esplicito dello stesso o di una esplicitazione testuale delle sue ragioni (anche in termini comparativi).

“Il vulnus della procedura di gara è da imputarsi essenzialmente all’operato della Commissione che, a fronte di un bando che determina solo il minimo e massimo dei punteggi, alla prima seduta utile avrebbe dovuto integrare i pesi ed i sub criteri con adeguati criteri applicativi: di per sé, dunque, il bando di gara non impediva la formulazione di una offerta seria, sebbene la sua concreta applicazione si sia poi rivelata (solo all’esito dell’aggiudicazione) priva di effettiva motivazione circa il punteggio”.

Ne deriva che di fronte a un bando di gara che si limiti a determinare i punteggi (massimo e minimo), la Commissione di gara è chiamata a integrare i pesi e i sub criteri oppure a esplicitare testualmente i voti resi, motivandone le ragioni.

Newsletter n. 02/2021

La presente newsletter, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici.

Il contenuto della newsletter è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale.

In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente newsletter debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della newsletter, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.



REGIONE PUGLIA

Sezione Raccordo al sistema regionale

Via G. Gentile n. 52, Bari