

Tassatività delle cause di esclusione, falso innocuo e regolarizzazione postuma (TAR Sent. N.00245/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Secondo il principio di tassatività delle cause di esclusione”, solo le violazioni di norme di legge o di regolamento o quelle che determinano irregolarità sostanziali in relazione a quanto esplicitamente indicato nella stessa disposizione, comportano l’esclusione dal procedimento.

Ciò determina, da un lato, la nullità di quelle previsioni dei bandi ad oggetto omnicomprensivo, che rendono obbligatoria la presentazione di tutta la documentazione richiesta e nelle forme indicate, riconnettendo automaticamente l’esclusione della concorrente al generico difetto di una qualsiasi parte della documentazione stessa; e dall’altro, l’obbligo per il giudice di accertare se l’ omissione di cui una concorrente si lamenta (ai fini della domanda di esclusione dalla gara di altro concorrente) sia effettivamente ascrivibile alle condizioni del menzionato art. 46.

L’obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all’art. 38 lett. “c” del Dlgs 163/2006 anche da parte di amministratori o tecnici appartenenti ad operatori economici terzi rispetto all’impresa concorrente, ma a questa legati da negozi di trasferimento dell’azienda o di un ramo di essa, deriva dalla previsione del bando, non dalla norma di legge o dal regolamento; pertanto la violazione della suddetta previsione non può determinare automaticamente l’esclusione dall’appalto della concorrente, dovendosi verificare se dall’ammissione sia derivato alla concorrente un effettivo vantaggio, mediante violazione della par condicio rilevante ai fini dell’art. 46 cit.

Tale vantaggio è da escludersi, perché l’amministratore cessato appartenente alle due aziende danti causa della controinteressata è risultato non avere procedimenti penali o sentenze di condanna a carico, e dunque nessuna differenza avrebbe comportato la presentazione delle relative dichiarazioni; né tale

omissione ha comportato vantaggi di ordine procedurale di alcun genere in capo alla controinteressata, e dunque non può ritenersi in alcun modo violata la par condicio tra le concorrenti, parti dell'odierno giudizio.

Poichè le modifiche dell'art. 46 dlgs 163/06 hanno comportato, nelle fattispecie come quella del caso in esame, il sostanziale superamento dell'effetto preclusivo all'ammissione derivante dalla violazione del bando in sé considerata, resta vieppiù confermato l'orientamento favorevole al riconoscimento dell'efficacia esimente di situazioni riconducibili al tema del "falso innocuo" o dell'omissione solamente formale, regolarizzabile ex post

Passaggio tratto dalla sentenza numero 245 del 22 marzo 2012 pronunciata dal Tar Calabria, Reggio Calabria

in base all'art. 46 del dlgs 163/2006, comma 1 bis (aggiunto dal n. 2 della lettera d del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 12 luglio 2011, n. 106) "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Detta disposizione introduce il c.d. "principio di tassatività delle cause di esclusione", secondo cui solo le violazioni di norme di legge o di regolamento o quelle che determinano irregolarità sostanziali in relazione a quanto esplicitamente indicato nella stessa disposizione, comportano l'esclusione dal procedimento. Ciò determina, da un lato, la nullità di quelle previsioni dei bandi ad oggetto omnicomprensivo, che rendono obbligatoria la presentazione di tutta la documentazione richiesta e nelle forme indicate, riconnettendo

automaticamente l'esclusione della concorrente al generico difetto di una qualsiasi parte della documentazione stessa; e dall'altro, l'obbligo per il giudice di accertare se l' omissione di cui una concorrente si lamenta (ai fini della domanda di esclusione dalla gara di altro concorrente) sia effettivamente ascrivibile alle condizioni del menzionato art. 46.

L'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 lett. "c" del Dlgs 163/2006 anche da parte di amministratori o tecnici appartenenti ad operatori economici terzi rispetto all'impresa concorrente, ma a questa legati da negozi di trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa, deriva dalla previsione del bando, non dalla norma di legge o dal regolamento; pertanto la violazione della suddetta previsione non può determinare automaticamente l'esclusione dall'appalto della concorrente, dovendosi verificare se dall'ammissione sia derivato alla concorrente un effettivo vantaggio, mediante violazione della par condicio rilevante ai fini dell'art. 46 cit.

Tale vantaggio è da escludersi, perché l'amministratore cessato appartenente alle due aziende danti causa della controparte è risultato non avere procedimenti penali o sentenze di condanna a carico, e dunque nessuna differenza avrebbe comportato la presentazione delle relative dichiarazioni; né tale omissione ha comportato vantaggi di ordine procedurale di alcun genere in capo alla controparte, e dunque non può ritenersi in alcun modo violata la par condicio tra le concorrenti, parti dell'odierno giudizio.

Sebbene anche di recente non manchino pronunce più rigorose (v. da ultimo Consiglio di Stato, 16 marzo 2012, nr. 1471), si deve osservare che già prima della modifica del Dlgs 163/2006 ad opera del D.L. 70/2011 (che peraltro la decisione da ultimo richiamata non ha ancora preso in considerazione), in giurisprudenza si è formato un cospicuo orientamento circa l'insussistenza dell'obbligo di escludere dalla gara quell'impresa incorsa in un' omissione formale, ovvero per aver mancato di presentare le dichiarazioni rilevanti ex art. 38 dlgs 163/2006 in relazione ad amministratori cessati nel triennio che non fossero in condizioni ostative alla partecipazione alla gara, sebbene con salvezza degli effetti preclusivi all'ammissione derivanti dalla violazione del bando in sé e per sé (e cioè relativamente a quella parte della lex specialis in cui si prevede l'obbligo della presentazione della dichiarazione, v. da ultimo Consiglio di Stato, 18 gennaio 2012 nr. 178). Tale orientamento è da considerarsi prevalente ed è stato seguito anche

da questo Tribunale (TAR Reggio Calabria, 12 agosto 2011 nr. 671; cfr. anche T.A.R. Lecce Puglia sez. III, 15 dicembre 2011, nr. 2169; T.A.R. Roma Lazio sez. III, 12 dicembre 2011, n. 9696; Consiglio di Stato sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011 n. 1795).

Poichè le modifiche dell'art. 46 dlgs 163/06 di cui si è trattato nei punti precedenti hanno comportato, nelle fattispecie come quella del caso in esame, il sostanziale superamento dell'effetto preclusivo all'ammissione derivante dalla violazione del bando in sé considerata, resta vieppiù confermato l'orientamento favorevole al riconoscimento dell'efficacia esimente di situazioni riconducibili al tema del "falso innocuo" o dell'omissione solamente formale, regolarizzabile ex post (v. Consiglio di Stato, V, 9 novembre 2010, nr. 7967).

<https://www.diritto.it/tassativita-delle-cause-di-esclusione-falso-innocuo-e-regolarizzazione-postuma-tar-se-nt-n-002452012/>