

Bando di gara: il fallimento della società affittante non rileva quale causa di esclusione dell'affittuaria

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo, Focus

Nel 2011 il legislatore ha introdotto, unicamente per i procedimenti gara aventi ad oggetto gli appalti, **il principio di tassatività delle cause di esclusione.**

L'art. 83 co 9 del Codice dei contratti pubblici così stabilisce: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

La norma è chiaramente ispirata ai principi del favor participationis e del divieto di aggravio del procedimento di cui all'art. 1 l. 241/90.

La norma individua le cause di esclusione sulla scorta di due diversi criteri:

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei contratti pubblici;

b) dall'altro lato, il comma 1-bis dell'art. 46 enuncia direttamente una serie di cause di esclusione

collegate a vizi insanabili dell'offerta, quali l'incertezza assoluta sul suo contenuto o sulla sua provenienza, la non integrità dei plichi, la presenza di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da comportare la violazione del principio di segretezza.

Sempre nella logica del *numerus clausus*, la nuova disciplina è stata intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice.

Si legga anche: "Natura giuridica e regime impugnatorio del bando di gara"

Fallimento della società che ha affittato il ramo di azienda

Il Tar Napoli con sentenza n. 5684 del 2019 ha stabilito che la previsione del bando di gara che sanziona un obbligo dichiarativo con l'esclusione, non può valere a escludere la disciplina del soccorso istruttorio che, sancito dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce attuazione dei principi di concorrenza, del favor participationis e di proporzionalità.

Qualora l'impresa partecipante a una gara d'appalto affitti un ramo di un'altra azienda onde raggiungere il requisito del fatturato minimo, **il fallimento della società affittante non rileva quale causa di esclusione dell'affittuaria; l'art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, prevede che tale conseguenza operi solo nei rapporti tra subappaltatore e appaltatore e non è possibile adottare un'interpretazione che estenda l'operatività dell'esclusione a ipotesi non espressamente previste in quanto la cause di esclusione sono soggette al principio di tassatività (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016,) e di stretta interpretazione.**

Il negozio unilaterale di recesso dal contratto di affitto di azienda effettuato dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 79, r.d. n. 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.), qualora operato in modo tale da garantire all'affittuaria che stia partecipando a una gara d'appalto tanto la costante disponibilità del compendio aziendale quanto la possibilità di presentare un'offerta di acquisto del ramo di azienda nell'ambito della procedura fallimentare, deve ritenersi condizionato sospensivamente alla mancata formulazione dell'offerta di acquisto da parte dell'affittuaria e, poi, al mancato perfezionamento dell'acquisto medesimo; conseguentemente, **l'esercizio del diritto di recesso, in tal modo condizionato, non determina il venir meno del requisito di partecipazione in capo all'impresa** che, al fine di ottenere il requisito medesimo, si sia giovata dell'affitto del ramo di un'azienda poi fallita, che abbia conservato la piena disponibilità del ramo di azienda senza soluzione di continuità e che sia in procinto di acquistarlo nell'ambito della procedura fallimentare.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/bando-di-gara-il-fallimento-della-societa-affittante-non-rileva-quale-causa-di-esclusione-dellaffittuaria/>