

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 7113 del 13 agosto 2024

Tassatività cause di esclusione – Riguarda solo requisiti morali – Legittima per inserimento in busta amministrativa di elementi offerta economica

Pubblicato il 13/08/2024

N. 07113/2024REG.PROV.COLL.

N. 01996/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1996 del 2024, proposto da Consorzio Stabile (...) s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Unione dei Comuni (...) – Centrale unica di committenza, non costituita in giudizio;

Ministero (...), Ministero (...), Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Unione Comuni (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 165/2024, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) s.r.l., Comune di (...), Ministero (...), Ministero (...), Ministero (...) e Unione Comuni (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...) in sostituzione di (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura di affidamento dei lavori di “*miglioramento sismico edificio scolastico Domenico Santoro – CUP: (...)*”, dell’importo totale di euro 1.684.639,65, ammessa alla Missione 4 – Componente 1 – Investimento 3.3 del PNRR, bandita dal Comune di (...) con determinazione n. 88 del 1 settembre 2023, con la quale ha stabilito. Fra l’altro, di avvalersi della centrale unica di committenza dell’Unione dei Comuni (...) per l’espletamento della procedura medesima.

2. (...) s.r.l. (di seguito: “(...)”) ha impugnato:

- la determinazione n. 99 del 15 settembre 2023, avente per oggetto “*PNRR M4C1 3.3: “piano di messa in sicurezza e riqualificazione dell’edilizia scolastica”*”. Presa d’atto dei

verbali di gara ed aggiudicazione provvisoria appalto integrato di progettazione ed esecuzione lavori sulla base del progetto definitivo dei lavori di miglioramento sismico dell'edificio Scolastico D. Santoro. CUP: (...) CIG: (...) - CIG: (...)”;

- la determinazione n. 88 del primo settembre 2023 del Comune di (...) di indizione della gara e di approvazione del disciplinare di gara e dei relativi;

- il disciplinare di gara e i relativi allegati nelle parti in cui potrebbero giustificare o comportare l'esclusione della ricorrente;

- l'avviso prot. 5945 del 25.8.2023 del Comune di (...);

- l'avvio della procedura di gara del 3 settembre 2023 la Centrale Unica di Committenza-Unione dei Comuni (...) ha avviato le procedure di gara “Negoziata a 10 operatori” ai sensi dell'art. 50 del D.lgs. 32/2023 e comma 3 dell'art. 76 del D.lgs. 36/2023;

- i verbali di gara della Centrale Unica di Committenza-Unione dei Comuni (...) n. 1 del 13.9.2023 – seduta pubblica per la convocazione della commissione, n. 2 del 13.9.2023 – seduta pubblica per la valutazione della documentazione amministrativa nel quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente “per inserimento nell'istanza del ribasso offerto”; n. 3 del 14.09.2023 – seduta riservata per la valutazione dell'offerta economica (provvedimenti tutti questi ultimi richiamati negli atti impugnati ma non conosciuti nel loro effettivo contenuto);

- la determinazione n. 130 del 14.9.2023 della Centrale Unica di Committenza-Unione dei Comuni (...) di approvazione dei verbali di gara e la proposta di aggiudicazione dei servizi e lavori in oggetto in favore dell'operatore economico Consorzio Stabile (...) S.c.a.r.l. con sede in (...) – P.IVA (...) (richiamata negli atti impugnati ma non conosciuta nel suo effettivo contenuto);

- nonché, per quanto possa occorrere, di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ivi compresi: l'avviso di appalto aggiudicato prot. 006586 del 18.9.2023 del Comune di (...); l'avviso prot. 5945 del 25.08.2023 pubblicato sull'albo del Comune di (...) dal 26.08.2023 con scadenza il 31.08.2023; la

determinazione del Settore Lavori Pubblici nr. 86 del 24.08.2023; la nota prot. 6107 del 1.9.2023 di trasmissione alla Centrale Unica di Committenza degli atti relativi alla procedura di gara; (provvedimenti tutti questi ultimi richiamati negli atti impugnati ma non conosciuti nel loro effettivo contenuto).

Con il medesimo ricorso la società ha altresì chiesto l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione del contratto, anche per risarcimento del danno in forma specifica, con condanna dell'Amministrazione a procedere all'aggiudicazione stessa e, ove possibile, per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato e con riserva, in via subordinata rispetto alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica, nell'ipotesi in cui sia impossibile per qualsiasi ragione disporre la caducazione del contratto e il subentro della ricorrente, di agire per la condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento del danno per equivalente.

3. Il Tar Lazio – Latina, con sentenza 26 febbraio 2024 n. 165, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato l'impugnato provvedimento di esclusione nonché gli atti allo stesso conseguenti.

4. Il controinteressato Consorzio Stabile (...), aggiudicatario della gara, ha appellato la sentenza con ricorso n. 1996 del 2024.

5. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti il Ministero (...), il Ministero (...) e il Ministero (...).

6. All'udienza dell'11 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello è fondato.

8. L'esito del giudizio, comportando la reiezione del ricorso introduttivo, esime il Collegio dal valutare le eccezioni di inammissibilità dello stesso, dedotte dal Comune di (...), e quindi anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere da parte di (...).

9. In via pregiudiziale si respinge l'eccezione, riproposta da (...) in quanto non

esaminata dal Tar, di inutilizzabilità del verbale di consegna 19 novembre 2023, in quanto depositata in primo grado tardivamente, oltre i termini previsti dall'art. 73 c.p.a.: l'atto è risultato necessario, nei termini di cui all'art. 104 comma 2 c.p.a., quanto meno per consentire a questo Giudice di decidere sull'istanza cautelare, atteso anche che si tratta di appalto pnrr.

10. Con il ricorso in appello il Consorzio Stabile (...) ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha annullato l'esclusione di (...), adottata in ragione dell'”*inserimento del ribasso offerto nella domanda di partecipazione*”.

L'appellante ha, in particolare, censurato la decisione in quanto l'inserimento nella busta “economica” del ribasso offerto viola la legge di gara, che non è nulla sul punto in quanto non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione, è in contrasto con il principio di autoresponsabilità e viola il principio di segretezza.

10.1. La legge di gara stabilisce che:

- il plico telematico è composto dalle “*buste interne relative alla documentazione amministrativa ed all'offerta economica*” (par. 1.2 del disciplinare);
- “*l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella “Busta economica”, costituisce causa di esclusione*” (par. 1.2 del disciplinare);
- “*nel caso vi sia all'interno della Busta Amministrativa, elementi o riferimenti ad aspetti economici riguardante l'offerta, gli operatori economici verranno esclusi dalla procedura di gara*” (capo 3 del disciplinare).

Entrambe le clausole da ultimo richiamate comminano l'esclusione per l'inserimento di elementi dell'offerta economica nella “busta amministrativa”.

10.2. Il Tar le ha ritenute invalide per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, dal momento che non trovano riscontro negli art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023.

10.3. Le suddette clausole del bando non violano il principio di tassatività di cui all'art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Con l'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023 si dispone che:

- *“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”* (comma 1);
- *“Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”* (comma 2);
- *“Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese”* (comma 3).

La disposizione non stabilisce che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica per mancanza dei requisiti generali, nel senso che queste esauriscono il novero delle possibili cause di esclusione.

Osta a una tale interpretazione lo stesso decreto, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100), che sono richiamati *per relationem* nel comma 1 (*“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”*).

In tale contesto va inquadrato il comma 2, in base al quale *“Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative”*. La previsione, riferita, anche quanto a formulazione letterale, alle sole cause escludenti di cui all'art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, vuole significare che detti articoli contengono la completa attuazione dell'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE (al quale si riferisce la relazione), inibendo la previsione di ulteriori cause escludenti e la diversa configurazione delle

stesse a presidio dei requisiti di ordine generale. E ciò incoerenza con il divieto di *gold plating* di cui all'art. 1 comma 2 lett. a) della legge di delega n. 78 del 2022, attuata dal d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale, fra gli obiettivi del decreto legislativo di attuazione, è previsto quello del *“perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”*.

E l'obiettivo di stretta aderenza alle direttive ha imposto di considerare che l'art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE riconosce allo Stato membro solamente il potere di prevedere, o meno, le cause di esclusione di cui al par. 4 e di specificare le condizioni di applicazione del presente articolo (par. 7), così vincolandolo a non introdurne di ulteriori.

L'inibizione all'introduzione di cause di esclusione poste a presidio dei requisiti di ordine generale, che deriva dalla previsione di tassatività delle stesse, è volta altresì a *“invitare”* il *“legislatore in futuro”* a non *“giustapporre in ogni momento norme speciali e asistematiche alla disciplina codicistica”* (così la relazione) e a vietare alla stazione appaltante di introdurne di ulteriori (*“le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”*, così l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Ma la tassatività dettata nel comma 2 con riferimento alle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023 non ha impedito al legislatore di prevedere, nell'ultimo comma dell'art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023, la facoltà della stazione appaltante di *“introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto”*, sicché la tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 non si riverbera su ogni aspetto della disciplina di gara, principiando dai requisiti di ordine speciale.

Atteso che le previsioni della legge di gara che vengono qui in evidenza non attengono ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 57 della direttiva n.2014/24/UE, così come attuata dagli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, esse

non possono essere ritenute invalide per violazione della regola di tassatività dettata dall'art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023.

Del resto, per quanto di interesse in questa sede, l'art. 107 del d. lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che gli appalti sono aggiudicati previa verifica, fra l'altro, che *“l'offerta è conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara”* (comma 1 lett. a).

Tanto basta per riformare sul punto la sentenza impugnata, con la quale il Tar ha accolto il ricorso ritenendo che le *“clausole della lex specialis di gara secondo cui «l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella “Busta economica”, costituisce causa di esclusione» e «nel caso vi sia all'interno della Busta Amministrativa, elementi o riferimenti ad aspetti economici riguardante l'offerta, gli operatori economici verranno esclusi dalla procedura di gara», non trovando riscontro negli art. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, devono ritenersi affette da nullità”* per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 10 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, e in ogni caso, *“essendo state, come sopra rilevato, ritualmente impugnate da parte ricorrente, devono ritenersi illegittime perché contrastanti con la disposizione richiamata”*. In presenza di una siffatta legge di gara non è invece necessario giustificare la sanzione espulsiva facendo riferimento a principi generali come quello di fiducia, del risultato e di segretezza (che quindi non necessitano di essere spesi a tal fine e approfonditi), soccorrendo sul punto specifiche disposizioni del disciplinare.

Le clausole da ultimo richiamate, che comminano l'esclusione per l'inserimento di elementi dell'offerta economica nella “busta amministrativa”, costituiscono quindi parametro per valutare la legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione.

Il verbale n. 2, riguardante la seduta del 14 ottobre 2023 e approvato la determinazione n. 99 del 2023, è motivato con riferimento a *“l'inserimento del ribasso offerto nella domanda di partecipazione”*.

La motivazione dell'esclusione è quindi conforme alla legge di gara, che, se non annullata, contiene le regole che debbono essere rispettate nel corso della

procedura a evidenza pubblica e impongono, da un lato, agli offerenti di distinguere l'offerta economica dalla documentazione amministrativa e alla stazione appaltante di escludere chi non assicura questa distinzione.

Pertanto il provvedimento di esclusione non può essere censurato sul punto.

Non osta a tale conclusione la circostanza che il modulo predisposto dalla stazione appaltante per presentare la domanda, e compilato da (...), contenesse un riferimento al ribasso offerto, agli oneri di sicurezza e all'incidenza dei costi della manodopera.

Il rup infatti, con comunicazione inviata in data 6 settembre 2023 sulla piattaforma telematica Digital PA dell'Unione a tutti i partecipanti, ha specificato che *“l'offerta economica va inserita esclusivamente nella busta economica”* e che, di conseguenza, nel modello dell'istanza di partecipazione *“va barrato”* la parte in cui vi sono spazi dedicati a tale indicazione (come testualmente emerge dal verbale di gara del 14 settembre 2023).

Ne deriva che all'errore commesso dalla stazione appaltante con il modulo è stato superato con comunicazione specifica a tutti i partecipanti, tale da confermare il divieto di commistione fra domanda amministrativa di partecipazione e offerte tecnica, già formulato con il disciplinare. E infatti nel verbale n. 2 del 14 ottobre 2023 si legge che l'esclusione è stata disposta, come detto, a causa dell'*“inserimento del ribasso offerto nella domanda di partecipazione”*, con la precisazione che detto inserimento è avvenuto *“nonostante il chiarimento del RUP [...] inviato [...] a tutti i partecipanti sulla necessità di barrare della domanda la parte in cui per mero refuso vi erano gli spazi per citare l'offerta economica”*.

Del resto la società appellata, già ricorrente in primo grado, non ha dedotto di non avere ricevuto la comunicazione ma si è limitata ad addurre problemi di comunicazione interna fra uffici quale ragione della compilazione del modulo di domanda oggetto della comunicazione del in data 6 settembre 2023 (con la quale lo stesso ha precisato che non dovesse essere compilata).

Dell'organizzazione interna all'offerente risponde quest'ultimo in quanto afferente alla sfera giuridica e materiale posta a propria disposizione e della quale è responsabile, non potendosi invece riverberare all'esterno, sull'attività della stazione appaltante e rispetto agli altri partecipanti.

In tale contesto (...) si deve dolere della propria mancanza di cautele minime, atteso che, al momento della presentazione dell'offerta, l'appellante era nelle condizioni di conoscere la regola del divieto di commistione fra domanda amministrativa di partecipazione e offerte tecnica, della portata escludente della relativa violazione, e della necessità di non compilare la parte del modulo di partecipazione contenente i riferimenti all'offerta economica.

Nell'ambito delle gare pubbliche è infatti necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, a quanto previsto dal bando e dalle norme tecniche.

La disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti e il suo erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità, che impone al concorrente di sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione.

10.4. In conclusione l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso introduttivo.

11. La novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con

l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO