



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



SICUREZZA SUL LAVORO: LA MANCATA DICHIARAZIONE DI PRECEDENTI VIOLAZIONI DETERMINA L'ESCLUSIONE IMMEDIATA DALLA GARA

Con sentenza n. 989 dell'11 luglio 2018 il Tar Toscana, sez. I, statuisce come la mancata indicazione di precedenti violazioni in materia di sicurezza sul lavoro comporti l'esclusione immediata dalla procedura di gara.

di **Andrea Indelicato**
IUS/07 - DIRITTO DEL LAVORO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 12 Novembre 2018

La sentenza in parola riguarda la decisione circa il ricorso avverso l'aggiudicazione di una procedura aperta (ex art. 60 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., Codice dei contratti pubblici) avente ad oggetto l'affidamento in concessione del servizio di installazione e gestione di distributori automatici. Nel rendere le sue considerazioni, che portano al rigetto di detto ricorso, il Tar toscano si intrattiene sugli istituti del documento di gara unico europeo (DGUE) e del soccorso istruttorio. Prima dunque di entrare nel merito del decisum, pare quantomeno opportuno soffermarsi sulla normativa di riferimento.

Quanto al primo¹, trattasi di un'innovazione (introdotta dal comma 1 dell'art. 85 del Codice dei contratti pubblici) che si pone l'obiettivo di ridurre i 'fardelli burocratici' gravanti sugli operatori economici, i quali debbano attestare il possesso di particolari requisiti ovvero l'insussistenza di determinate cause di esclusione, al fine della partecipazione ad un appalto². Presentabile in formato esclusivamente elettronico e utilizzabile per più di una procedura di gara – se le informazioni in esso contenute sono confermate come valide (comma 4) –, dallo scorso 18 ottobre³ il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle emanande regole tecniche AgID (ai sensi dell'art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici).

Quanto al secondo⁴, dal tenore dell'art. 83, comma 9 del Codice dei contratti pubblici si evince che è consentita l'integrazione sanante - in via generale, e con riferimento a tutti i criteri di selezione – la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio al fine di colmare le carenze documentali di "qualsiasi elemento formale della domanda", cristallizzandone le relative procedure⁵. Stante la vigenza del vecchio Codice de Lise (d.lgs. n. 163/2006), il giudice amministrativo aveva già pacificamente stabilito l'impossibilità del ricorso a questo istituto laddove fosse impossibile rinvenire traccia alcuna, nella documentazione predisposta nella fase di ammissione alla gara, del possesso dei requisiti abilitanti alla partecipazione⁶.

Tornando ora nel merito della sentenza de qua, il Tar ha ritenuto che l'operatore che ometta di dichiarare precedenti violazioni in materia di sicurezza sul lavoro, non estinte allo scadere del termine per la presentazione delle offerte, debba essere escluso dalla procedura. Si legge infatti⁷ che «l'obbligo per le imprese partecipanti di dichiarare l'esistenza delle infrazioni in materia di sicurezza del lavoro risulta disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui circoscrivere detto obbligo con riferimento alle "infrazioni debitamente accertate", terminologia quest'ultima che consente di ricomprendere tutte le contestazioni effettivamente poste in essere dall'Autorità preposta e, ciò, al fine di consentire alla stazione appaltante di poter effettuare in concreto una valutazione sulla "gravità" di queste ultime e, quindi, sulla sussistenza dei presupposti per l'esclusione della gara⁸».

L'articolo citato fa per l'appunto riferimento alle cause di esclusione, per le quali vige il principio di tassatività, ai sensi dell'articolo 83, comma 8 (pena la nullità delle previsioni della lex specialis di gara): di recente, i Giudici di Palazzo Spada, con sentenza n. 3876/2018, hanno sancito un stringente obbligo dichiarativo riguardo a «gravi infrazioni alle norme in materia di lavoro e sicurezza sul lavoro per gli appalti pubblici»⁹. Ciò fa da contraltare alla facoltà-onere delle stazioni appaltanti¹⁰ di verificare quanto autodichiarato all'interno del DGUE¹¹: in questo senso, era già stato illustrato come il termine fissato per la comprova dei requisiti dichiarati in gara debba ritenersi perentorio, e dunque come medio tempore non possa azionarsi il soccorso istruttorio¹². Vieppiù, una simile preclusione deve ritenersi operante ad aggiudicazione già avvenuta¹³. Del resto, il ricorso all'istituto ex art. 83, comma 9, da un lato, deve essere preordinato ad ottenere un risultato apprezzabile (in termini di regolarizzazione della domanda presentata, per quanto specificamente riguardi elementi formali dell'offerta); dall'altro, non può essere suscettibile di 'manomettere' le condizioni soggettive dell'operatore concorrente nel momento di in cui va a scadenza il termine di partecipazione ad un appalto pubblico¹⁴.

Alla luce di quanto sinora esposto, il Tar toscano sottolinea¹⁵ che «precedenti pronunce hanno evidenziato che tutte le volte in cui in sede di gara una dichiarazione è resa ai sensi del D.p.r. n. 445/2000, com'è nel caso in esame, la non veridicità della stessa comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti, ex art. 75, senza che residuino margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante»¹⁶. Illuminante, a questo punto, si rivela una sentenza¹⁷ di pochi giorni successiva a quella qui in commento, nella quale si afferma che «ai fini dell'applicazione dell'art. 83 co. 9 del D.lgs. n. 50/2016 [...] occorre, pertanto, interrogarsi sulla applicabilità di tale prescrizione espulsiva [il riferimento è ad una specifica previsione del disciplinare di gara dell'appalto oggetto della causa, ndr] e segnatamente sulla sua compatibilità con il principio generale di tassatività delle cause di esclusione, predicato anche nel Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50; invero, negare il ricorso al soccorso istruttorio ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle già non consentite dalla legge, implica qualificare come escludente l'omissione a cui tale forma di sanatoria si dovrebbe riferire. Ciò determina la necessità di ricercare un'aderenza tra tale istituto ed il principio di tassatività, coniugando favor participationis e par condicio competitorum».

Principio certamente condivisibile, o quantomeno da non disattendere a priori; se non fosse che, applicato al caso di cui trattasi, altro esito non avrebbe comportato che la stessa esclusione dalla procedura di gara: infatti, «[...] applicando detti principi [quelli enunciati ai punti 1.5 e 1.6 della sentenza, ndr] alla fattispecie in esame è evidente che l'esistenza di una falsa dichiarazione non avrebbe potuto che determinare la revoca dell'aggiudicazione, risultando sufficiente a giustificare la legittimità del provvedimento impugnato»¹⁸. E quand'anche si fosse «in presenza di una carenza di elemento formale della domanda, ai sensi dell'art.83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ove con il termine "domanda" deve intendersi non solo la documentazione amministrativa costituiva dall'istanza di partecipazione e dalle

dichiarazioni sostitutive di atto notorio e di certificazione presentate dal concorrente, ma tutto il complesso dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; invero, solo così intesa, può avere senso l'espressione "elemento formale della domanda", contrapposto a quello "sostanziale", riferibile alla concreta esistenza e disponibilità dei requisiti dichiarati e rappresentati»¹⁹, pure in questo caso accordare alla ricorrente la facoltà di servirsi del soccorso istruttorio le avrebbe 'semplicemente' consentito di supplire ad una propria omissione, palesando per questa via l'«esistenza di una falsa dichiarazione in merito all'esistenza di infrazioni accertate in materia di sicurezza», che è «di per sé sufficiente a fondare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione»²⁰.

Note e riferimenti bibliografici

1Secondo l'art. 59 della Direttiva n. 2014/24/UE, il DGUE "consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico, in cui si attesta che il pertinente motivo di esclusione non si applica e/o che il pertinente criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice". Esso indica inoltre "l'autorità pubblica o il terzo responsabile per determinare il documento complementare e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari".

2"Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91" (art. 85, comma 1).

3Data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche ex art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

4Il soccorso istruttorio latu sensu si configura come un istituto tipico dell'azione amministrativa (come si evince dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 e ss.mm.ii., con riferimento al responsabile unico del procedimento), funzionale a veicolare la leale collaborazione tra P.A. cittadini e incardinato nel precetto costituzionale di buon andamento (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 3 giugno 2010, n. 3486).

5 Il d.lgs. n. 56/2017 (cd. Decreto correttivo) ha, di fatto, eliminato la previgente distinzione tra carenze formali (relative a mere irregolarità non essenziali) e carenze sostanziali (eccezion fatta per quelle inerenti l'offerta tecnica ed economica), per quanto successive pronunce giurisprudenziali vi facciano ancora ricorso nell'argomentare le proprie decisioni di merito (vedi oltre nel presente lavoro); ne ha ora previsto, inoltre, la gratuità. Nulla ha modificato, invece, per quanto attiene quelle carenze che non consentono minimamente l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto responsabile della medesima (irregolarità non sanabili).

6 Tant'è vero che è legittimo il soccorso istruttorio quando si sia in presenza «di fattispecie, in cui la sussistenza dei requisiti è già comprovata», e pertanto è strettamente necessaria la sola «precisazione che non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo di una situazione sostanzialmente già verificata ed acquisita» (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 15 ottobre 2015, n. 4768; si veda anche: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9).

7 Punto 1.5 della sentenza.

8 Si legge altrove poi che «[...] l'obbligo di esclusione per omessa dichiarazione della sussistenza di gravi infrazioni debitamente accertate circa le norme in materia di lavoro e sicurezza di lavoro» deve ritenersi operare «a prescindere dal fatto che la contestazione penale sia stata in termini di delitto o meno, e a prescindere dal fatto che ciò abbia o meno determinato la risoluzione di un precedente contratto» (cfr.: Tar Emilia-Romagna, Sez. II, sentenza del 27 giugno 2017, n. 479). Da ciò deriva, difatti, la legittimità di un'esclusione (cfr.: Tar Campania, Sez. I, sentenza del 19 febbraio 2018, n. 1076) che avvenga per omessa dichiarazione di condanne penali, anche in violazione di linee guida ANAC non vincolanti (cfr. parere del Consiglio di Stato n. 2042/2017). A maggior ragione, «dall'art. 38, comma 1, lettera c), e comma 2, si ricava che nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate, anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c), ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità», divenendo così impraticabile ogni possibile sanatoria per mezzo di soccorso istruttorio, il quale «non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara» (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 2548 del 29 maggio 2017, n. 2548). In senso contrario, si veda: Tar Umbria, Sez. I, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 749.

9«L'art. 80, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'esclusione dalla gara nel caso in cui «la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3, del presente codice». Dalla norma si evince che la verifica della gravità e dell'accertamento delle violazioni è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, senza che occorra che l'accertamento sia definitivo (cioè effettuato con giudizio o provvedimento inoppugnabile), potendo l'Amministrazione avvalersi di qualunque mezzo di prova» (punto 1 del Considerato in diritto).

10«Il tenore dell'art. 80 comma 5 lett. a) consente di ritenere, inoltre, che una tale valutazione, di stretta competenza della stazione appaltante, resti preclusa nei confronti di ciascun partecipante ad una determinata procedura, non risultando [...] ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione» (punto 1.6 della decisione). Cfr. in merito: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 18 gennaio 2016, n. 122; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 28 marzo 2018, n. 1935.

11In realtà, non sono al momento presenti specifiche indicazioni circa tempistiche e modalità di verifica sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti. Si possono, tuttavia, dedurre informazioni pratiche dalla lettura, in combinato disposto, degli artt. 83, comma 8, e 85, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, e dell'art. 71 del D.p.r. n. 445/2000.

12Dal momento che è necessario assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente (cfr.: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria del 25 febbraio 2014, n. 10).

13Tar Sardegna, sez. I, sentenza del 27 gennaio 2018, n. 50. Nel caso di specie, nel contesto di una procedura per l'affidamento di un contratto di servizi il raggruppamento aggiudicatario, in sede di verifica dei requisiti dichiarati in gara, non ha comprovato nel termine assegnato i requisiti di capacità tecnico-professionali prescritti dal bando, vedendosi così revocare l'aggiudicazione.

14Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 11 dicembre 2017, n. 5811.

15Punto 2.6 della decisione.

16Continua argomentando il giudice amministrativo che «^[...] In base all'art. 75 T.U. 28 dicembre 2000 n. 445, la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata, comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti (e quindi nel caso l'esclusione dalla gara), senza che tale disposizione – per la cui applicazione si prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, rispetto alla quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte – lasci alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni; pertanto la norma in parola non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, facendo invece leva sul principio di auto responsabilità» (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 27 aprile 2012, n. 2447; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 3 febbraio 2016, n. 404).

17 Tar Campania, sez. I, sentenza 16/07/2018, n. 4711.

18 Punto 1.7 della decisione.

19 Tar Campania, n. 4711/2018 cit.: «Va aggiunto che nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l'ipotesi di omessa indicazione tout court, sia perché la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di “mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi (escludendo quelli riferibili all'offerta)”, sia perché la sanatoria consente che siano “rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie”; è appena il caso di aggiungere che, in fattispecie come quella in esame, la rappresentazione dell'elemento è di tipo binario, ossia di possesso o meno, anche alla luce della struttura sintetica dei modelli utilizzabili, per cui incompletezza ed omissione della dichiarazione finiscono per sovrapporsi ^[...]».

20 Punto 2.7 della decisione.
