

# Dottrina

## Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici

di Guido Barzazi (\*)

Il decreto-legge n. 70 del 13 maggio 2011, convertito con la legge 12 luglio 2011, n. 106 e denominato convenzionalmente *Decreto sviluppo*, ha introdotto numerose modifiche al d.lgs. n. 163 del 2006, che sono volte a perseguire varie finalità, fra le quali la riduzione dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche, la semplificazione delle procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, la garanzia di un più efficace sistema di controllo e, infine, la riduzione del contenzioso (1).

Fra queste ultime va annoverata quella che ha modificato l'art. 46 del Codice dei contratti (2), introducendo il principio di tassatività delle cause di esclusione e la cui applicazione ha dato immediatamente luogo ad una intensa produzione giurisprudenziale, tuttora pienamente attiva, che sta definendo più precisamente l'effettiva portata della previsione.

La finalità perseguita dal legislatore con l'introduzione di tale norma è in realtà duplice.

(\*) Avvocato.

(1) Cfr. A. MASSERA, *La pressione sul codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10/2011, 1059 e segg.

(2) Decreto sviluppo (*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*) introdotto dal *Decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in legge 12 luglio 2011, n. 106*.

Art. 46 *Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*.

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. 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.

Da un lato, infatti, si è voluto limitare la discrezionalità dell'amministrazione in fase di redazione dei bandi e di determinazione delle cause di esclusione.

Tale discrezionalità<sup>(3)</sup>, infatti, è stata ristretta ai soli casi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice dei contratti e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, di difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o della domanda di partecipazione o di 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.

Da un altro lato, il legislatore ha voluto perseguire la finalità – chiaramente desumibile dalla rubrica della norma – di ampliare l'ambito di esercizio del cosiddetto "potere di soccorso" della stazione appaltante.

Appare evidente che entrambe le finalità sopra descritte presuppongono la più generale tendenza alla cosiddetta "dequotazione" delle irregolarità formali nelle quali l'amministrazione e i privati possono incorrere nel concreto svolgersi del procedimento, tendenza che si era già affermata in via generale nella disciplina generale del processo amministrativo e che si è voluta affermare con decisione anche nei procedimenti relativi agli appalti pubblici<sup>(4)</sup>.

Tale tendenza si era già manifestata nella giurisprudenza in merito all'applicazione dell'art. 46 del Codice dei contratti, la quale aveva in varie occasioni affermato che l'invito alla regolarizzazione previsto dall'art. 46 ante modifica, costituiva null'altro che un

(3) T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396: "L'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a., pur non essendo formulato in termini chiarissimi, sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi".

(4) Il collegamento della disposizione con il divieto di aggravamento del procedimento posto dalla legge sul procedimento è evidenziato da Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 12.10.2011, n. 4496: "...Appare illegittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di lavori, che sia motivata con riferimento alla carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta, nel caso in cui sia pacifico che la persona fisica che ha sottoscritto l'offerta è il legale rappresentante dell'impresa e che tale veste risulta dall'offerta stessa; in tale caso, infatti, da un lato, l'esclusione appare in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall'art. 18 della legge n. 241 del 1990 e, dall'altro, la carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta non integra una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito dalla legge n. 106/2011".

principio generale, la cui *ratio* era quella di garantire l'interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara.

Si era affermato, quindi, che l'originaria previsione del cosiddetto "*potere di soccorso*" da parte dell'art. 46 non rappresentava che la codificazione di un ordinario *modus procedendi*, volto a far valere – sempre nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti – la sostanza sulla forma.

In concreto, tale previsione era interpretata nel senso di ammettere di integrare, completare o chiarire l'offerta, in applicazione della teoria del "principio di prova", che consente la regolarizzazione solo qualora emerga la necessità di regolarizzazione di documenti o dichiarazioni già rese, ma non di introdurre documenti nuovi o di modificare l'offerta <sup>(5)</sup>.

Quanto alle clausole di bando sanzionate con l'esclusione del concorrente, a fronte di un orientamento giurisprudenziale che riteneva che la sanzione espulsiva conseguiva automaticamente dalla imperatività della scelta effettuata dall'amministrazione, senza possibilità di regolarizzazione documentale <sup>(6)</sup>, altro orientamento riteneva che tale sanzione potesse essere disattesa al fine di favorire la massima partecipazione alla gara quando i motivi di ordine formale non alterassero la parità di condizioni tra i concorrenti <sup>(7)</sup>.

La nuova previsione ha dunque stabilizzato l'oscillante equilibrio fra cause di esclusione e potere di soccorso, facendo sostanzialmente proprio quest'ultimo orientamento giurisprudenziale e rafforzandolo ulteriormente per mezzo della specificazione tassativa delle cause di esclusione e della previsione della nullità dei bandi che ne prevedano ulteriori.

Nella nuova disciplina, infatti, l'effettività del principio della tassatività delle clausole di esclusione è presidiato da un espresso divieto della loro introduzione nei bandi di gara e dall'applicazione di una sanzione di nullità, qualora esso sia ugualmente introdotto.

Ciò sembrerebbe far ritenere che le clausole di bando che prevedono cause di esclusione non rientranti fra quelle ammesse possano essere considerate automaticamente inefficaci e conseguentemente disapplicabili dal Giudice senza necessità di un intervento in autotutela da parte dell'amministrazione o dell'annullamento in via giurisdizionale che sarebbero, invece, indispensabili qualora ricorresse quella tradizionale forma di invalidità del provvedimento amministrativo costituita dalla annullabilità.

(5) Cfr. S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, commento all'art. 46, 568 e segg.

(6) T.A.R. Lazio, sez. I, 9.5.2006, n. 3392.

(7) C.d.S., sez. VI, 19.1.2007, n. 121.

Ciò rende dunque superflua la stessa impugnazione in sede giurisdizionale del bando, posto che il Giudice amministrativo potrà dichiarare d'ufficio la nullità della clausola e, conseguentemente, disporre la sua disapplicazione.

La più recente giurisprudenza ha quindi precisato il significato della previsione, specificando i casi nei quali può ritenersi effettivamente realizzata la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione (8).

Fra queste, infatti, si è ritenuto che non possa rientrare la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, cosicché, in caso di cauzione incompleta o addirittura assente, il concorrente non può essere automaticamente estromesso dalla gara, ma deve essere previamente invitato ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto (9).

Altrettanto vale per l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di lavori, che venga motivata con riferimento alla carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta, qualora sia comunque pacifico che la persona fisica che ha sottoscritto l'offerta è il legale rappresentante dell'impresa e che tale veste risulta dall'offerta stessa: in tale caso, infatti, la carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta sono state ritenute idonee ad integrare una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto (10).

Anche l'esclusione dalla gara del concorrente per la omessa allegazione, tra la documentazione inviata, delle referenze bancarie richieste dal disciplinare di gara rientra in quei casi nei quali la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione mancante (11).

Giustifica, invece, l'esclusione da una gara la mancata allegazione all'offerta della copia del documento di identità, poiché ciò determina incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta (12).

E altrettanto legittima è l'ammissione ad una gara della ditta che ha effettuato il sopralluogo, ma ha ommesso di produrre la certificazione ad esso relativa (13).

È stata invece ritenuta conforme al principio di tassatività la

(8) Sul tema si è espressa anche l'Autorità di vigilanza con il *Documento di consultazione "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro"*.

(9) T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376; T.A.R. Liguria, sez. II, 22.9.2011, n. 1396; T.A.R. Veneto, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 1791.

(10) Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 12.10.2011, n. 4496.

(11) T.A.R. Abruzzo, sez. I, 9 novembre 2011, n. 632.

(12) T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 6.12.2011, n. 9597.

(13) T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 1.12.2011, n. 991.

prescrizione del disciplinare di gara che preveda che l'offerta tecnica deve essere firmata o siglata in ogni sua pagina, a pena di esclusione, considerato che la clausola corrisponde – ad avviso dei giudici amministrativi – ad un interesse sostanziale apprezzabile dell'Amministrazione all'autenticità ed alla certezza del contenuto integrale dell'offerta, assolvendo la sigla apposta su ogni pagina la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta, in tutti i suoi elementi, vincolando l'autore al contenuto di tutte le sue parti e, al tempo stesso, la sua osservanza non comporta per i concorrenti adempimenti particolarmente gravosi o sproporzionati, in relazione al dovere di diligenza cui essi sono tenuti <sup>(14)</sup>.

Altrettanto conforme a principio di tassatività la previsione di bando che richieda la dichiarazione in merito a tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive riservando alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'eventuale esclusione dalla procedura <sup>(15)</sup>.

Anche l'effettiva estensione del potere di soccorso istruttorio è stata precisata dalla giurisprudenza: in particolare si è ritenuto che questo non possa supplire alla totale mancanza di un atto prescritto dalla "*lex specialis*" di gara, riguardando i criteri esposti ai fini dell'integrazione dei semplici chiarimenti di un atto incompleto: pertanto, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara.

Il potere di richiedere chiarimenti e integrazioni alla ditta partecipante si applica dunque nelle ipotesi in cui sussistano dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando, ovvero qualora vi sia comunque un principio di prova circa il loro possesso da parte del concorrente, trattandosi di ipotesi del tutto distinta da quella della documentazione mancante: in tali casi, sussistendo un indizio del possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo questa attività acquisitiva un ordinario "*modus procedendi*", ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma <sup>(16)</sup>.

(14) Consiglio Stato, sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619; sulla medesima linea T.A.R. Sicilia, sez. III, 17 gennaio 2010, n. 130.

(15) T.A.R. Umbria, sez. I, 13 ottobre 2011, n. 330.

(16) Così T.A.R. Veneto, sez. I, 16 novembre 2011, n. 1687

Tirando le somme di questo breve *excursus*, non si può non rilevare che il contenuto realmente innovativo della nuova previsione si sostanzia, in definitiva, nella introduzione del principio di tassatività delle clausole di bando che sono sanzionate a pena di esclusione dalla gara.

Si deve quindi condividere la soluzione adottata da parte del legislatore, che ha ritenuto di perseguire la giusta finalità di contenere il contenzioso in materia di appalti pubblici adottando uno strumento che, in perfetta aderenza al principio comunitario della prevalenza della sostanza sulla forma, favorisce l'interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara <sup>(17)</sup>.

Lo spirito della disciplina è stato dunque perfettamente descritto da una recente pronuncia che ha così affermato <sup>(18)</sup>: “... la gara per l'assegnazione di un contratto con la P.A. non deve trasformarsi in una sorta di caccia all'errore ( di interpretazione delle clausole dubbie o nel rispetto di meri formalismi partecipativi) ma deve garantire la massima partecipazione di coloro che, in possesso del profilo astrattamente idoneo a sorreggere l'esecuzione di un contratto con la P.A., confidano nello svolgimento di procedure concorsuali imparziali e trasparenti”.

Il concorrente escluso per motivi formali, infatti, è colui che, di norma, ha presentato nella procedura un'offerta migliore di colui che ne ha chiesto, in sede giurisdizionale, l'esclusione.

(17) Va segnalato che il tema degli oneri documentali per la partecipazione agli appalti pubblici, è tuttora fra le proprietà dell'agenda del Governo, che il 27 gennaio ha adottato un decreto-legge il cui art. 21 prevede importanti misure per la loro semplificazione.

(18) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 7 ottobre 2011, n. 7785.