

Tassatività delle cause di esclusione, clausole nulle e poteri della stazione appaltante

di Franco Botteon

Va senz'altro apprezzato il fatto che la posizione assunta dalla giurisprudenza in ordine all'interpretazione da operare dell'art. 46, d.lgs. 163/2006 **dopo le modifiche e integrazioni apportate dall'art. 4, comma 2, lettera d), d.l. 70/2011** (uno dei vari "decreti sviluppo") sia da un lato, sotto il profilo della nomofilachia, decisamente omogenea e senza contraddizioni significative (può al massimo riconoscersi una qualche "cautela" in alcune decisioni), dall'altro, nel merito, decisamente orientata a valorizzare ed espandere il più possibile il portata di tale norma verso la riduzione dell'ambito di operatività delle cause di esclusione e l'ampliamento del "dovere di soccorso" previsto dall'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006, cosicché ormai le esclusioni ritenute legittime dalla giurisprudenza sono sempre più infrequenti.

Si sta parlando specificamente di pronunce che si ancorano all'art. 46 come modificato dal d.l. 70/2011, e non a decisioni che fanno riferimento ai principi generali in materia.

Tra le più recenti delle molte pronunce in tal senso va considerata anzitutto quella del TAR Milano, 23.5.2012, n. 1397, la quale, per pervenire alla conclusione che era illegittima, in forza dell'art. 46 cit., l'esclusione disposta da una gara per mancato inserimento nella busta dell'offerta economica della fotocopia del documento di identità imposta da apposita clausola posta a pena per l'appunto di esclusione dalla *lex specialis*, afferma che "nessuna disposizione normativa impone di allegare la carta d'identità agli atti aventi natura di proposta contrattuale, quali sono le offerte tecniche ed economiche proposte dai concorrenti che partecipano alle

gare pubbliche (cfr., TAR Lombardia Brescia, sez. II, 26 marzo 2012, n. 530). Siffatto obbligo, in base all'art. 38, comma 3, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, è difatti previsto solo per le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e per le istanze rivolte all'amministrazione (stabilisce tale norma che «le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato (...) e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore»), e che pertanto "La clausola contenuta negli atti di gara che impone la prescrizione avversata è dunque da considerarsi **nulla** ai sensi del ridetto art. 46, comma 1 bis; e pertanto l'esclusione della ricorrente, disposta in applicazione di essa, va considerata **illegittima**".

Va poi ricordata la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 25.5.2012, n. 4740, che afferma, in ordine specificamente al dovere di soccorso, che "nel caso di dubbi circa l'effettiva sussistenza di poteri rappresentativi la stazione appaltante avrebbe potuto (*recte*: dovuto) chiedere chiarimenti in ossequio all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, non riscontrandosi la dedotta violazione della par condicio alla luce della preferibile impostazione sostanzialistica di matrice comunitaria (v. Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2012, n. 467), fatta propria dall'ordinamento nazionale (v. da ultimo il d.l. 13 maggio 2011, n. 70; in osservanza del nuovo art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 è stata di recente reputata legittima **finanche l'integrazione di una cauzione provvisoria insufficiente**; cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493)". Significativo e curioso il delicato "stupore" sottolineato dall'uso dell'avverbio "finanche" con il quale il TAR Roma registra la pienezza

e la decisione dell'indirizzo anche del massimo collegio amministrativo (v. la citata decisione n. 493) a favore dell'applicazione più favorevole possibile alle imprese. Ci si permette peraltro di rilevare incidentalmente che l'art. 46, in primo luogo, non sembra porre un principio generale di tassatività delle cause di esclusione ma più propriamente pone un principio di tassatività per legge e regolamento delle cause di esclusione, o principio di legalità delle cause di esclusione: non basta che siano previste tassativamente e puntualmente ma occorre che siano previste dalla legge o dal regolamento (v. comma 1-bis). Principio di legalità rafforzato dall'art. 64, comma 4-bis, che impone l'adozione di bandi conformi ai tipi approvati - non ancora - dall'Avcp. In secondo luogo, il principio di tassatività (o tipicità) enunciato in rubrica (v. art. 46) non sembra poi attuato in modo coerentissimo nel testo dell'articolo, posto che si stabilisce che l'esclusione va disposta in caso di "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti", laddove è evidente il rinvio generico e generale a prescrizioni non individuabili sulla base di previsioni espresse di esclusione come sanzione ma identificate come impositive di adempimenti sulla base della interpretazione dell'operatore.

Occorre al contempo ricordare, in relazione alla materia in esame (esclusione), che la giurisprudenza riafferma anche di recente il principio della "stretta interpretazione" delle cause di esclusione anche senza ricollerarlo al tenore testuale dell'art. 46: "In generale, per la giurisprudenza, in materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta l'impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3213 del 2010)" (Consiglio di Stato, 6.6.2012, n. 3339), salvo, in altra pronuncia di poco precedente,

“ Il fatto che la rilevabilità di ufficio della nullità sia dall'art. 31, comma 4, c.p.a. demandata solo al giudice, esclude che la medesima nullità possa essere rilevata *ex officio* dalla pubblica amministrazione ”

riagganciarsi ancora al tenore dell'art. 46: "La novella introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011, che ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 46 del codice degli appalti con d.lgs. n. 163 del 2006, ha recepito il criterio di tassatività (*rectius* tipicità) delle cause di esclusione, che sul piano ermeneutico porta a configurare come di stretta interpretazione le clausole della disciplina di gara cui possa ricondursi la sanzione espulsiva del concorrente" (Consiglio di Stato, 29.5.2012, n. 2689).

Ma, ribadito l'apprezzamento per la linearità e coerenza della posizione della giurisprudenza, assunta per giunta (non è scontato) a favore di un orientamento

senz'altro ragionevole e condivisibile, va nondimeno evidenziato che le pronunce in discorso *non* sembrano dire nulla sulla problematica della posizione della stazione appaltante di fronte a clausole della *lex specialis* nulle, clausole che il giudice amministrativo non ha alcun ostacolo a dichiarare anche d'ufficio tali (nulle), traendone le conclusioni sul piano della illegittimità del provvedimento di esclusione.

Si tratta di capire se anche la stazione appaltante ha un potere simile e cioè se può, anzi *deve* (nessuna discrezionalità in tale materia può sussistere), considerare nulle siffatte clausole e pervenire alla ammissione di offerte che risultino in contrasto con previsioni espresse di esclusione contenute nella *lex specialis* laddove non siano poste a presidio di prescrizioni di legge o regolamento impositive di adempimenti (v. art. 46, comma 1-bis).

Il dubbio deriva da un lato dall'assenza per l'appunto - a quanto è dato rilevare - di espresse affermazioni della giurisprudenza nella specifica materia, dall'altro dall'affermazione netta dell'esclusione di un tale potere da parte dell'amministrazione al di fuori della materia delle gare. Statuisce infatti il Supremo Collegio amministrativo: "il fatto che la rilevabilità di ufficio della nullità sia dall'art. 31, comma 4, c.p.a. demandata solo al giudice, esclude che la medesima nullità possa essere rilevata *ex officio* dalla pubblica amministrazione (se non attraverso l'esercizio, ove ne ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio)" (Consiglio di Stato, sez. IV, 8.11.2011, n. 5903, punto 13).

Orbene, a modesto avviso di chi scrive, l'assunto è pa-

lesamente errato, sia in generale, sia in particolare, nel settore degli appalti, a fronte in particolare dell'ultimo periodo dell'art. 46, comma 1-bis, che commina la sanzione della nullità delle clausole difformi da quanto previsto dal medesimo comma.

In via generale, appare assolutamente debole l'argomento addotto dalla sentenza a sostegno della tesi accolta, e cioè quello per il quale l'art. 31, comma 4, c.p.a. demanda al solo giudice la rilevanza della nullità.

Ci sembra del tutto logico che un corpo normativo che si riferisce al giudice (amministrativo) parli del solo giudice anche nell'art. 31, il quale peraltro non contiene affatto l'avverbio "solo" riferito al giudice o alla parte del processo: "La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice".

È del tutto evidente che la locuzione "d'ufficio" nel contesto della norma processuale si giustifica come affermazione, assolutamente conforme a quanto avviene nel processo civile (salve le limitazioni giurisprudenziali affermate in

relazione ai casi in cui la materia del contendere verta sulla validità del contratto), della possibilità del rilievo della nullità a prescindere dall'eccezione di parte ma non può voler dire e non vuol dire che è il giudice l'unico "ufficio" che possa far produrre conseguenze alla nullità di un atto (amministrativo).

D'altro canto, se la sentenza che accerta la nullità di un atto si limita a dichiararla, ossia a riconoscerla, vuol dire che le conseguenze della nullità si producono già prima che pervengano all'esame del giudice (civile e amministrativo). Con la conseguenza che anche i soggetti che rilevano la nullità prima del giudice possono avvalersene. Se vi è contrasto tra soggetti sulla sussistenza della nullità e/o sul modo attraverso cui la nullità viene trattata prima del giudizio, l'interessato potrà rivolgersi al giudice per l'accertamento della nullità stessa e per lo svolgimento delle conseguenti pretese.

Con riguardo, poi, al mondo degli appalti, l'ultimo periodo del comma 1-bis dell'art. 46 sembra proprio voluto dal legislatore per rendere effettivamente produttivo di effetti pratici il disposto della limitazione delle cause di esclusione a quelle desumibili dalla legge (e dal re-

golamento ed eventualmente specificate dai bandi tipo dell'art. 64).

Si consideri infatti che, in conformità all'indirizzo assolutamente costante della giurisprudenza, le previsioni della *lex specialis* vanno applicate fino a che non siano annullate dal giudice o in autotutela, anche se illegittime: "Nel caso in cui il bando di gara, il disciplinare o la lettera di invito prevedano espressamente una circostanza come motivo di esclusione, non è possibile, salva l'impugnativa della clausola medesima, non adottare il relativo provvedimento applicativo, stante l'impossibilità per la commissione giudicatrice di disapplicare, ove

illegittimo, il regolamento di gara ed essendo, ancora, il sistema di giustizia amministrativa imperniato sulla regola dell'impugnabilità dei provvedimenti lesivi e non della loro disapplicazione, salve le ipotesi in cui essa è ritenuta possibile" (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 1.4.2011, n. 646).

Se tale indirizzo, perfettamente in linea con il diritto vigente fino all'introduzione del comma 1-bis dell'art. 46 da parte del d.l.

70/2011, continuasse ad operare, ne deriverebbe che tra nullità e illegittimità-annullabilità delle clausole non vi sarebbe alcuna differenza pratica.

In entrambi i casi, infatti, la p.a. dovrebbe annullare il bando (o *lex specialis*) quantomeno nella parte contenente la clausola illegittima, con la possibilità di dover partire da zero nella gara anche in caso di stadio particolarmente avanzato del momento in cui il vizio della clausola è stato rilevato (per le problematiche relative alle conseguenze dell'annullamento di provvedimenti di esclusione ed aggiudicazioni si veda l'importante ordinanza del Consiglio di Stato di rimessione alla adunanza plenaria n. 2515/2012).

La previsione della nullità e non della mera illegittimità-annullabilità della clausola che preveda cause di esclusione in assenza di copertura normativa ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, previsione - come detto - introdotta dall'ultimo periodo del comma 1-bis, ha per contro il grandissimo vantaggio di consentire all'amministrazione di considerare come inefficaci e quindi inidonee ad incidere sulle decisioni della stazione appaltante le clausole viziate, senza doverle ri-

“ La stazione appaltante può rilevare la nullità e non applicare la clausola viziata evitando l'esclusione del candidato o partecipante alla gara che non abbia adempiuto alla clausola stessa ”

muovere con apposito provvedimento di annullamento e ritorno all'indietro della procedura.

Ciò, a condizione, per l'appunto, di ritenere che la nullità di tali clausole possa essere rilevata dalla stazione appaltante.

Ed in effetti, come anticipato sopra, **si ritiene senz'altro che la stazione appaltante possa rilevare la nullità e non applicare la clausola viziata** (quella che prevede adempimenti a pena di esclusione non corrispondenti a previsioni di legge o regolamento) evitando l'esclusione del candidato o partecipante alla gara che non abbia adempiuto alla clausola stessa.

A ciò non solo non osta l'art. 31, comma 3 del Codice del processo amministrativo, valorizzato dal Consiglio di Stato nella pronuncia sopra richiamata (Consiglio di Stato, sez. IV, 8.11.2011, n. 5903), ma conduce in positivo proprio la *ratio* della previsione della nullità stessa, diversamente del tutto inutile rispetto alla "normale" illegittimità-annullabilità.

Inutile dire che nessun danno deriva da una tale ricostruzione a soggetti terzi (es. altri partecipanti alla gara), che potranno far valere l'interesse all'accertamento della validità della clausola mediante l'impugnazione del provvedimento di ammissione.

www.appaltiecontratti.it



APPALTI-CONTRATTI
La rivista giuridica specializzata in contrattualistica e appalti pubblici
Direttore: Avv. Alessandro Massari

Newsletter Forum Contatti

TUTTO A PORTATA DI CLICK!

IN PRIMO PIANO

FORUM

GIURISPRUDENZA

DOSSIER TEMATICI

NEWSLETTER

IN PRIMO PIANO

FORUM

GIURISPRUDENZA

DOSSIER TEMATICI

NEWSLETTER

Il Servizio internet specializzato in materia di contrattualistica e appalti pubblici, diretto dall'Avv. Alessandro Massari.

- > IN PRIMO PIANO - costante aggiornamento in tempo reale.
- > GIURISPRUDENZA - rassegna quotidiana di pronunce giurisprudenziali.
- > ARTICOLI DI COMMENTO - novità normative, giurisprudenziali e applicative.
- > DOSSIER TEMATICI - sugli istituti di maggiore attualità e interesse per gli operatori.
- > FORUM - spazio aperto in cui confrontarsi sugli argomenti "caldi" o di interesse.
- > NEWSLETTER SETTIMANALE - comprende tutte le notizie di attualità, i più recenti provvedimenti normativi, le ultime pronunce giurisprudenziali, la guida agli eventi fieristici, ai convegni e ai seminari formativi.