

LE ESCLUSIONI NON CODIFICATE DAL D.LGS. N. 163/2006 E DAL D.P.R. N. 207/2010.¹

Sommario: 1. L'art. 46, comma 1- *bis*: le ipotesi di violazione in generale. 2. Cenni sulle violazioni del codice e del regolamento. 3. Il mancato adempimento alle prescrizioni previste da "altre disposizioni di legge vigenti". Prime considerazioni. 4. Le "altre disposizioni di legge vigenti". Esempi e casistica. 5. Le fattispecie "in bianco" contenute nel d.lgs. n. 163/2006: la lett. m) dell'art. 38, comma 1 del Codice, con riferimento al d.lgs. n. 231/2001. 6. Conclusioni.

1. L'art. 46, comma 1- *bis*: le ipotesi di violazione in generale.

Il comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice ha un contenuto altamente innovativo e sul quale ancora si dovrà discutere, alla luce dei bandi-tipo che l'Autorità per la vigilanza ha il compito di redigere. In esso si passa dalle questioni accidentali esterne rispetto a quanto già legittimamente presentato in gara (comma 1), all'analisi delle cause escludenti che un bando può lecitamente contenere (tale è l'attribuzione giuridica conveniente, atteso che la sanzione della violazione è la nullità).

Come evidenziato anche dall'AVCP nel Documento base di consultazione "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro - Audizione del 29 settembre 2011",² il nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 46 collega l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti:

- 1) **mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal Regolamento ovvero da altre disposizioni di legge vigenti;**
- 2) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- 3) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità

* *Insegna nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata": è professore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze e Tecnologie della formazione; è docente presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali - Dipartimento di Giurisprudenza, e insegna Legislazione delle Opere Pubbliche - Dipartimento di Ingegneria. È Dottore di ricerca in Storia e Teoria del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza; coordina e svolge l'attività di studio e di ricerca per la progettazione delle attività di formazione e di aggiornamento professionale, riservate al personale tecnico-amministrativo e bibliotecario dell'Ateneo.*

¹ **Relazione tenuta al Convegno I.G.I. – Istituto Grandi Infrastrutture, Roma 25 settembre 2012, sul tema: "Art. 46".**

² Da ultimo, l'Autorità il 5 giugno 2012 ha messo a disposizione per le relative osservazioni lo schema della prossima determinazione sui bandi tipo.

relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La norma espressa nel comma 1-*bis* dell'art. 46 si applica sia ai settori ordinari che ai settori speciali, sia sotto-soglia che sopra-soglia comunitarie (le sono state modificate dal Regolamento n. 1251/2011 della Commissione U.E. del 30 novembre scorso).³

Con il nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione si fonda su un giudizio preventivo e generale: ecco, pertanto, la necessità dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità così come indicato dall'art. 64, comma 4 *bis* del Codice.

La sanzione di nullità, comporta che le clausole di bandi (e lettere invito), che prevedano cause di esclusione fuori dai limiti imposti dal comma 1-*bis*, siano disapplicate dalla commissione, senza necessità di annullamento giurisdizionale (l'ovvio riferimento alla Commissione è per le cause escludenti illecite riguardanti l'offerta e il plico: ipotesi sub n. 2 e 3). Ma, laddove ciò non avvenisse e la Commissione non disapplicasse quelle cause illecite previste nel bando, ovvero la nullità riguardasse le cause escludenti che non investono direttamente l'azione della Commissione (ipotesi relative alla violazione delle ipotesi del Codice, del regolamento e di legge, sub n. 1) il ricorrente potrebbe esperire l'azione di nullità, attualmente disciplinata dall'art. 31, comma 4 del c.p.a., entro il termine decadenziale di 180 giorni.

La previsione della nullità per le cause di esclusione non rientranti nell'ambito oggettivo del comma 1-*bis* dell'art. 46 Codice, è una delle ipotesi di legge alle quali fa rinvio l'art. 21 *septies* della L. n. 241/1990; infatti, le previsioni del bando nulle, divengono tali *ab origine* non perché sia stata violata la disciplina riguardante i requisiti di partecipazione o dell'offerta (la sanzione sarebbe stata naturalmente quella dell'annullamento per vizi di legittimità),⁴ ma perché l'ultimo capoverso del comma 1-*bis* la sancisce: essa è allora ipotesi di nullità prevista dal d.lgs. n. 163/2006 pienamente ascrivibile, perciò, nella previsione “nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge” del comma 1 dell'art. 21 *septies* della L. 241/1990.

Pertanto, alla luce di quanto detto, l'esclusione – e quindi la relativa previsione nel bando - può avvenire perché già disposta da norme di legge positive: in tal caso, *nulla quaestio* poiché non sussistono discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel valutare la violazione “ed il comportamento conseguente, consistente nell'esclusione automatica, può dirsi legislativamente vincolato” (AVCP. Doc. di consultazione).

Invece, il caso in cui il partecipante violi una prescrizione che non è sanzionata espressamente con

³ Già nel passato la giurisprudenza aveva ritenuto illegittime le esclusioni in assenza di una chiara previsione della *lex specialis* di gara e ne aveva affermato la valenza della “utilità”: cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245.

⁴ Come confermato anche dalla L. n. 135/2012, art. 1 comma 2-*bis* lett. b), a proposito dei limiti al fatturato e della sanzione di annullabilità per illegittimità delle clausole contrarie, di cui si dirà *infra*.

l'esclusione dalla procedura presenta profili di complessità: la stazione appaltante dovrà valutare se la violazione comporti, in concreto, una delle conseguenze previste dal comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice, sopra indicate ai nn. 1), 2) e 3).

2. Cenni sulle violazioni del codice e del regolamento.

L'AVCP, in tale ambito, ha raccolto nel citato Documento di consultazione le principali problematiche per tutte quelle circostanze che non sono di immediata rilevazione (come lo è invece la consegna di un plico non integro o contenente buste non sigillate) e tutte (tranne il mancato versamento del contributo all'Autorità) sono dedotte dal Codice e dal Regolamento.⁵

⁵ L'elenco esemplificativo elaborato dall'AVCP contiene al momento i seguenti casi:

1. *Incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta ed offerta carente di altri elementi essenziali.*

La mancata indicazione sul plico esterno generale, nel cui interno sono contenute le buste componenti l'offerta, del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta e/o l'apposizione di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara. Questa è un'ipotesi di irricevibilità del plico. Diversamente, non configurerebbe l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne componenti l'offerta, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato.

2. *Incertezza assoluta sulla provenienza e offerta non sottoscritta.*

Si vedano gli artt. 73 e 74: secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione, prescritta ai sensi dagli art. 73 e 74 del Codice, costituisce lo strumento mediante il quale l'autore fa propria le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in essa contenuta. La sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale dell'offerta perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto dell'appalto verso il corrispettivo indicato nell'offerta medesima ed assicurare contemporaneamente la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009 e Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011). In particolare, il difetto di sottoscrizione dell'offerta che determina l'esclusione può manifestarsi:

- nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà;

- in caso di costituendo raggruppamento, nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante di ciascuna impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà.

- Circa la mancata allegazione, alle dichiarazioni rese ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, della copia del documento di identità del sottoscrittore, per la giurisprudenza, l'atto non sarebbe in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2579; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3690).

3. *Plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione non integro ovvero 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.*

4. *Violazione dei termini per la presentazione dell'offerta.*

5. *Soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice.*

6. Concorrenti per i quali la stazione appaltante accerta che le relative offerte sono imputabili ad un *unico centro decisionale*, sulla base di univoci elementi (*rientra nella fattispecie dell'art. 38, c. 1 lett. m-quater*).

Non si comprende perché l'AVCP ha separato questa causa dall'art. 38, nel quale compare nella lett. m-quater).

7. *Violazione delle norme sull'avvalimento.*

L'art. 49, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 prevede che il concorrente alleggi alla domanda di partecipazione, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria, una serie di dichiarazioni, a pena di esclusione. La mancanza di una delle dichiarazioni o del contratto di avvalimento ovvero la non conformità dei contenuti comporta l'esclusione per mancanza dei requisiti del concorrente (cfr. parere Avcp n. 100 del 9 giugno 2011).

Dunque, con riguardo alle ipotesi di legge [indicate sub n. 1)] in forza delle quali sia già sancita l'esclusione dalla gara del concorrente, il comma 1-*bis* fa inoltre riferimento a due categorie normative: la prima coincide con l'ambito normativo proprio dei contratti pubblici e quindi le cause di esclusione già previste nel d.lgs. n. 163/2006 e nel Regolamento di cui al d.p.r. n. 207/2010: si pensi, ad esempio, ai requisiti generali di cui all'art. 38. A ben vedere, sono ascrivibili a questa categoria anche le ipotesi concernenti l'offerta e i plichi [sub nn. 2) e 3)]: essa, pertanto, per essere considerata autonoma, ha natura residuale.

3. Il mancato adempimento alle prescrizioni previste da “altre disposizioni di legge vigenti”. Prime considerazioni e classificazioni in categorie.

La regola da cui partire ha due volti:

- 1) esclusione dei concorrenti per il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice appalti,

Si veda anche la Determinazione n. 2/2012 relativa all'avvalimento.

8. Subappalto.

Sul punto l'AVCP, in forza delle interpretazioni giurisprudenziali, ha riconosciuto che “per quanto riguarda il subappalto, l'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare è una condizione necessaria per l'autorizzazione da parte della stazione appaltante, nella successiva fase dell'esecuzione del contratto, ad affidare una quota della prestazione ad un subappaltatore, con il quale l'appaltatore può stipulare un contratto derivato secondo quanto stabilito all'articolo 118 del Codice. Una dichiarazione del concorrente che contenga solo un generico riferimento alla normativa vigente in merito alla facoltà di ricorrere al subappalto o una dichiarazione irregolare, recante la volontà di subappaltare lavorazioni o parti di prestazione indicate “non subappaltabili” nel bando di gara, non comportano, pertanto, l'automatica esclusione dalla gara, ma solo l'impossibilità per l'appaltatore di coinvolgere soggetti terzi nel corso dell'esecuzione.

Diverso è il caso in cui la dichiarazione di subappalto sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta. In tal caso la mancanza della dichiarazione comporta l'esclusione per carenza dei requisiti del concorrente”.

Da ultimo, si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 2508 del 2 maggio 2012, che ha reso obbligatoria già in gara la dichiarazione con l'indicazione del nome del subappaltatore (come ex art. 49 del Codice in tema di avvalimento) nelle ipotesi in cui il subappalto si sia reso necessario ai fini della partecipazione, per la mancanza di un requisito speciale richiesto dal relativo bando.

9. Mancata effettuazione del sopralluogo;

10. Mancato versamento del contributo all'Autorità;

11. Verifica a campione dei requisiti speciale ex articolo 48;

12. Esclusione automatica delle offerte anomale.

13. Mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti nel caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari.

14. Per i contratti nei settori ordinari, mancata produzione della garanzia provvisoria.

Secondo l'art. 46, comma 1-*bis*, deve ritenersi che l'assoluta sua mancanza di per sé motivo di esclusione dalla procedura, senza possibilità di integrazioni successive. La giurisprudenza ha affermato che entrambi gli strumenti (cauzione e impegno) sono indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale (Cons. Stato, sez. V, n. 1388 del 4 marzo 2011, T.A.R. Lazio Roma, sez. III-*quater*, n. 106/2009). La giurisprudenza ha inoltre precisato che la garanzia del 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente; dunque, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non un mero elemento di corredo della stessa (Cons. Stato Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Campania n. 10315/2007). L'offerta presentata, pertanto, senza la garanzia è incompleta e, pertanto, non ammissibile: l'esclusione avverrebbe sulla base della stessa previsione dell'art. 46 comma 1-*bis* (carenza di elementi essenziali).

del suo regolamento, delle altre disposizioni di legge esterne al d.lgs. n. 163/2006 e al d.p.r. n. 207/2010;

- 2) nullità delle clausole della documentazione di gara che, senza idonea motivazione, prevedano cause escludenti diverse da quelle di legge (Codice, regolamento, altre fonti normative) ovvero ad esse deroganti.

Pertanto, si può dire che da un lato si assiste alla diretta incidenza delle disposizioni di legge ai fini della esclusione dalle gare e, d'altro lato, alla forza “esclusiva” di tale disposizioni normative che la *lex specialis* non può né derogare, né “completare” o “incrementare” con particolari altre cause escludenti, anche se rimanenti nell'ombra della legge.

In particolare, occorre porre in evidenza che la terza categoria richiamata dalla prima parte del comma 1-*bis*, n. 1) dell'art. 46, nella locuzione “*altre disposizioni di legge*”, è, per così dire, “aperta”, cioè fa rinvio a quanto rinvenibile sia nell'ordinamento e che contenga esplicite cause di esclusione direttamente operanti per tutte le gare ad evidenza pubblica. L'Autorità per la vigilanza, nello schema della Determinazione sui bandi-tipo, ha individuate alcune di queste norme “dirette”: art. 44 d.lgs. n. 286/1998 contro i comportamenti discriminatori; art. 1 *bis*, comma 14 L. n. 383/2001 sui piani individuali di emersione; d.lgs. n. 198/2006, art. 41, sui gravi comportamenti discriminatori nell'accesso al lavoro; art. 36 L. n. 300/1970 relativo al non rispetto della contrattazione collettiva di categoria e di zona.

Si può dire, con una visione generale, che nell'ampio contesto delle “altre disposizioni di legge” a cui ci rinvia il comma 1-*bis* dell'art. 46 si assiste ad una duplice forza:

A) alcune norme sono già direttamente applicabili *ab esterno* nella procedura di gara e vi intervengono *ex abrupto*, anche se il bando di gara non le prevedesse in forza della c.d. eterointegrazione del bando, che nasce dal paradigma logico del c.d. *contenuto naturale* del contratto: fra tali disposizioni, rientrano anche le norme indicate dall'AVCP e sopra citate, ma esse, ovviamente, non esauriscono il quadro che qualifica il generico rinvio al Codice, come si vedrà a breve. Inoltre, in quest'ordine di idee si pensi - quali cause che, *a converso*, obbligano alla non esclusione dalla gara - all'applicabilità, fra le cause di estinzione del reato e della pena, unicamente degli artt. 445 e 460 c.p.p. (cause di estinzione del reato) e dell'art. 178 c.p. (riabilitazione), nonostante la nuova formulazione dell'art. 38, comma 2 faccia riferimento alle classi di cause estintive e riabilitazione (“*il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione*”). Non possono che essere applicabili i tre istituti sopra richiamati, in

forza del fatto che sono gli unici che estinguono anche gli *effetti penali* della sanzione di condanna.

B) Altre norme entrano nel Codice dei contratti mediante alcune “porte”, ossia, “norme dal contenuto variabile” o, per così dire, “in bianco”: sono quelle previsioni nel d.lgs. n. 163/2006 che, pur prevedendo l’esclusione dalla gara, si nutrono della linfa di altre materie, ritenute incidenti ai fini della partecipazione; si considerino, ad esempio, le sanzioni interdittive penali previste dall’art. 32 *quater* c.p. (divieto di contrarre con la p.a.) e al suo richiamo nella più ampia portata della lett. m) dell’art. 38 del Codice.

Oppure, si faccia riferimento alla lett. a) dell’art. 38 relativa ai procedimenti concorsuali che sono causa di esclusione anche se pendenti, e dalla quale lettera recentemente è stata sottratta la figura dell’art. 186-*bis* L. fall.(Concordato con continuità aziendale). C’è da precisare, al riguardo, che il D.L. n. 83/2012, convertito in Legge 7 agosto 2012, n. 134, all’art. 33, comma 1 lett. h) ha introdotto il c.d. *Concordato con continuità aziendale* (art. 186-*bis* nella L. fall.), non operando, però, coerentemente nel sistema dei contratti pubblici ovvie conseguenze che avrebbero dovuto essere vevoli per quel novello istituto: si intende qui il suo mancato richiamo nell’art. 140 Codice come ipotesi che consenta lo scorrimento in graduatoria.⁶

Prima facie sembra si rimanga nelle previsioni contenute nel Codice appalti, ma in verità la portata di tali disposizioni si forma e assume significato da un altro contesto positivo, dal quale bisogna di volta in volta asportare l’istituto e calarlo, mediante un’operazione ermeneutica, nel diverso vivaio della normativa sui contratti pubblici in cui dispiega ulteriori, particolari effetti nella relativa gara ad evidenza pubblica.

4. Le “altre disposizioni di legge vigenti”. Esempi e casistica.

Tra le “altre disposizioni di legge vigenti” a cui fa rinvio il comma 1 - *bis* dell’art. 46 del Codice e che abbiano incidenza diretta e immediata, mediante eterointegrazione del bando di gara, ovvero - il che è lo stesso, visto dal lato simmetrico - che non possano comunque essere violate dal bando in quanto precetti positivi vigenti (con o senza necessità di interpretazione), si può far riferimento ai seguenti ambiti e settori:

4.1. Innanzitutto, deve essere posto in evidenza l’importante ambito relativo alla disciplina dei

⁶ Su questi aspetti e sulle altre considerazioni che seguono specialmente nel settore del diritto penale, del d.lgs. n. 231/2001 e della normativa antimafia, mi permetto di fare rinvio per approfondimenti al mio *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l’affidamento di appalti pubblici e concessioni*, nella Collana di *Diritto dell’economia*, diretta da E. Picozza e R. Lener, n. 26, Giappichelli, Torino, agosto 2012.

ritardati pagamenti nei contratti pubblici di servizi e forniture. La problematica, come è noto, non investe i lavori pubblici, in quanto per essi vige il divieto di modificazione della disposizioni di legge (artt. 143 e 144 d.p.r. n. 207/2010) relative ai pagamenti all'esecutore (tranne l'ipotesi in cui i termini per il pagamento siano inferiori e quindi più vantaggiosi per l'appaltatore: art. 143, comma 3 regolamento).

Invece, per i servizi e le forniture, in particolare, va posta in rilievo la prassi di alcune amministrazioni, prassi talvolta avallata da alcune pronunce giurisprudenziali,⁷ di inserire nella *lex specialis* di gara alcune clausole che rispetto al d.lgs. n. 231/2002, e sempre che le deroghe non risultino gravemente inique per il creditore (l'art. 7 del Decreto ne sancisce la nullità), prevedano termini di pagamento all'esecutore più ampi e tassi di interesse inferiori a quelli di legge. Queste clausole in taluni bandi di gara sono espresse come requisiti di partecipazione, altre volte come elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa; altre volte ancora è comparsa nella legge di gara una clausola indeterminata nel suo contenuto, che si limitava a prevedere che in fase di stipulazione del contratto le parti si sarebbero accordate sulle condizioni del pagamento.⁸

Oltre ad alcune pronunce dei giudici e alla Determinazione dell'AVCP del 7 luglio 2010, n. 4 secondo le quali le stazioni appaltanti nella legge di gara hanno obbligo di attenersi alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2002, la prassi in parola, a mio parere, trova un azzeramento sia nell'art. 307, comma 2 del d.p.r. n. 207/2010 (che per i ritardati pagamenti fa espresso rinvio al d.lgs. n. 231/2002 e non alla possibilità anche di derogarvi), sia per la vigenza del principio di tassatività della cause di esclusione che un bando può prevedere, dopo la riforma operata dal Decreto sviluppo del 2011 con l'art. 46, comma 1-*bis*. La prassi di derogare il d.lgs. n. 231/2002 contenuta in diversi bandi di gara non è espressione di legge, anzi in forza di quanto ora detto appare violazione delle previsioni contenute in "altre disposizioni di legge vigenti" (il d.lgs. n. 231/2002, appunto), ovvero per "violazione del Codice o del regolamento" (l'art. 307, comma 2 d.p.r. n. 207/2010)⁹, e quindi le eventuali clausole che disponessero diversamente rispetto al menzionato decreto del 2002 sarebbero destinate ad essere travolte dalla sanzione della nullità.

Quindi, aderendo in questa sede a quanto affermato dal parte della giurisprudenza contraria

⁷ In via diretta, TAR Piemonte, sez. I, 5 maggio 2010, n. 2346; in via indiretta ma deducibile chiaramente, Consiglio di Stato sez. V, n. 1728/2011. Invece, contrariamente a tale possibilità di deroga e prevedendone l'invalidità Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469; in adesione a quest'ultima tesi, si veda la Determinazione dell'AVCP del 7 luglio 2010, n. 4.

⁸ Per una trattazione ampia e approfondita sull'argomento, cfr. Bonanni, *Le deroghe convenzionali alla disciplina legislativa sui ritardati pagamenti nei contratti pubblici: prassi applicativa e giurisprudenza*, in www.contratti-pubblici.it, novembre 2011.

⁹ Così il comma 2, ultima parte, dell'art. 307 del regolamento: "*Nel caso di ritardato pagamento resto fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*".

alla possibilità di derogare il decreto 231/2002, si può affermare che il d.lgs. n. 231/2002, in tema di ritardati pagamenti per gli appalti di servizi e forniture, è richiamato dall'art. 307 del d.p.r. n. 207/2010: sono anch'esse norme imperative e come tali le norme imperative hanno, altresì, un valore anche sostitutivo (artt. 1339 e 1419 c.c.) di quanto previsto in violazione di esse, che va disapplicato in quanto affetto da invalidità.

Sulla radice di queste considerazioni, il Consiglio di Stato sez. IV, nella sentenza n. 469/2010, aveva già affermato, prima del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice, che: 1) è invalida ogni clausola contrattuale che preveda regole diverse e inique rispetto alle regole imperative, che automaticamente si sostituiscono a quelle invalide; 2) sarebbe illegittima ogni esclusione basata sulla non-accettazione o sull'espreso dissenso, da parte di una partecipante, di una clausola contrattuale iniqua; 3) in sede di esecuzione contrattuale, le clausole invalide si porrebbero nel nulla a richiesta di parte o di ufficio (ai sensi del terzo comma dell'art. 7 il giudice dichiara anche di ufficio la nullità e applica i termini di legge o riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo: da un lato si tratta di una cosiddetta nullità speciale di derivazione comunitaria, oppure, d'altro lato, a seguito del Decreto Sviluppo del 2011, di nullità testuale ex art. 46, comma 1-*bis* Codice appalti). Lo scopo del particolare strumento di tutela individuato dalla legge è quello di impedire l'inserimento di tali clausole, prima ancora della loro applicazione o invalidazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469).

E ancora, prima del Decreto Sviluppo, era stato affermato: nel caso in cui si inserissero clausole "vuote" nel bando di gara che facessero, senza alcun riferimento determinato e *pre-visto*, rinvio al momento della stipula contrattuale quale sede per negoziare con l'aggiudicatario contraente i relativi termini di pagamento in deroga al decreto 231/2002, altra giurisprudenza¹⁰ - a dire il vero antecedente, anche se di poco, al Decreto Sviluppo del maggio 2011 - ha individuato un'ipotesi di violazione dell'art. 64 del Codice sul contenuto minimo del bando (Allegato IX del Codice), **senza però affermare in modo chiaro la nullità delle deroghe al decreto 231/2002 in quanto violazioni di norme imperative, ma solo richiedendo - ai fini della loro legittimità -** che le clausole contrattuali eccezionali:

- fossero determinate,
- non gravemente inique per il creditore (ai sensi dell'art. 7, comma 1 del decreto 231/2002, che prevede nullità o *reductio ad aequitatem* degli accordi),
- rese pubbliche nel bando.

¹⁰ TAR Piemonte, sez. I, n. 2346/2010 e Consiglio di Stato, sez. V, del 21 marzo 2011, n. 1728.

Attualmente, dunque, un argomento per affermare la nullità delle clausole contenute nella legge di gara in violazione gravemente iniqua dei termini per il pagamento previsti dal decreto 231/2002, risiede non solo nel contrasto della norma imperativa, ma vieppiù (in forza del novello comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice) per aver introdotto cause di esclusione diverse da quelle previste dalla legge, violando il canone della relativa tassatività.

Non rimane, comunque, che attendere il Decreto legislativo delegato dall'art. 10 dello Statuto delle imprese, con il quale si dovrà adattare la disciplina dei ritardati pagamenti alle previsioni comunitarie contenute nella Direttiva n. 2011/7/UE e così risolvere per via legislativa (termine massimo per il pagamento è di 30 giorni, tranne ipotesi in cui motivatamente si possa derogare, comunque prevedendo un termine massimo di 60 giorni di calendario)¹¹ quel che attualmente riposa su tesi d'ordine ermeneutico.

4.2. La normativa sulla contabilità di Stato (RD n. 2440/1923 e il regolamento di esecuzione di cui al RD n. 827/1924), tuttora vigente in quanto non abrogata dall'art. 256 del Codice appalti; nel RD n. 2440/1923 il Titolo I, artt. 1-21 è dedicato ai contratti pubblici; la materia è disciplinata nel maggior dettaglio dal Regolamento n. 827/1924, Capo III del Titolo II, artt. 63-92. Norme a tal proposito interessanti, in quanto inderogabili dai bandi gara (con previsioni sia di diminuzioni che di aumenti riguardo ai tempi e agli importi, specie di interessi), sono:

a) nel RD n. 2440, l'art. 16-*bis* relativo alle spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti, compresa la loro registrazione, le quali sono a carico dei contraenti con l'amministrazione; nel caso di ritardo nel pagamento (che deve avvenire entro cinque giorni dalla stipulazione) si applicano gli interessi legali (comma 4, 5 e 6). L'attestato del versamento deve essere allegato al contratto. Rimane fermo che per gli *aspetti fiscali* connessi alla stipula contrattuale vige la solidarietà dei contraenti.

b) nel RD n. 2440, l'art.12, al comma 3 sancisce che non si possono stipulare interessi e provvigioni a favore di fornitori e "intraprenditori" sulle somme che fossero obbligati di anticipare per l'esecuzione dei contratti; negli ultimi tre commi, però, prevede che le amministrazioni dello Stato, comprese quelle autonome, anticipino fino al 10 per cento del prezzo, a fronte della prestazione di idonee garanzie bancarie o equivalenti da parte del contraente; l'erogazione dell'anticipazione è subordinata all'avvenuto inizio dei lavori, ovvero dell'esecuzione della fornitura. La misura dell'anticipazione, il graduale recupero della medesima e il grado delle garanzie, sono stabiliti con il suddetto decreto. Le anticipazioni sono revocate ove l'esecuzione del

¹¹ Art. 4, paragrafo 6 della Direttiva.

contratto non sia proseguita secondo gli obblighi contrattuali. In tal caso spettano all'Amministrazione anche gli interessi legali sulle somme anticipate. Le disposizioni di cui ai precedenti commi sesto e settimo si applicano agli enti locali e agli altri enti pubblici nonché agli istituti ed aziende operanti comunque nell'ambito della pubblica amministrazione.

Nel RD n. 827, l'art. 27 al comma 2 prevede che quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione. Lo stesso articolo, al comma 1, nel 1924, con la stessa *ratio* che oggi anima l'art. 46 del Codice appalti, già sanciva che “qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri”.

4.3. La normativa per le MPMI, contenuta sia nello Statuto (L. n. 180/2011: sarebbe anch'esso da richiamare nei bandi di gara?), con particolare riferimento alle previsioni derogatorie all'art. 48 del Codice, sia nel DL n. 94/2012, nel cui art. 1, comma 2 era previsto che: “*I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.*”

Sono pertanto illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale”.

Con la Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135, la *ratio legis* che compariva nel decreto e che vietava la fissazione di criteri di partecipazione alle gare tali da escludere le PMI, in forza dell'art. 1, comma 2 della Legge stessa diviene ora principio in materia di contratti pubblici: compare, infatti, nel comma 1-bis dell'art. 2 del Codice appalti. Inoltre, la questione delle altre violazioni di legge *extra Codicem*, richiamate dal comma 1-bis dell'art. 46, sembra essere risolta *in parte qua*: il divieto del limite connesso al fatturato ora vale anche per le imprese che non sono PMI poiché è stato inserito nell'art. 41, comma 2 del Codice appalti: dunque, la sua violazione da parte di prescrizioni nella *lex specialis* rientrerebbe nella categoria delle violazioni al Codice.

Si noti, tra l'altro, che la sanzione a tale ultima causa escludente in violazione del suddetto precetto è l'*illegittimità*, creando distonia con la previsione della *nullità valevole per tutte le altre cause di esclusione* non rientranti nelle previsioni dell'art. 46, comma 1-bis. Dunque, la violazione dell'art. 1, comma 2 del D.L. n. 94/2012 (e ora dell'art. 1, comma 2-bis, lett. b) della L. n. 135/2012) rimane nell'ambito dell'annullabilità della clausola del bando, impugnabile nei tempi decadenziali propri (art. 119 c.p.a.) e diversi da quelli previsti nell'art. 31 c.p.a. per l'azione di nullità.

4.4. In GURI n. 292 del 16.12.2011 è stato pubblicato il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, relativo alla

nuova "**Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza**, in attuazione della direttiva 2009/81/CE". Nel Codice dei contratti pubblici, all'art. 1, viene dallo stesso Decreto inserito il comma 1-*bis* in cui è disposto che il Codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti cui si applica il decreto di attuazione della direttiva 2009/81/CE e dei contratti di cui all'art. 6 dello stesso d.lgs. n. 208/2011. Per i contratti disciplinati, quindi, dal Decreto 208 si applicano le norme in esso contenute e gli articoli del Codice che ivi sono espressamente richiamati. Dunque, per il Decreto 208 non sussiste il principio di specialità con il d.lgs. n. 163/2006 e con il d.p.r. n. 207/2010: non esiste, infatti, in esso una norma analoga a quella dell'art. 2, comma 4 del Codice appalti e non v'è rinvio al Codice per le norme espressamente non derogate dal Decreto 208, ma, al contrario, si applicano del Codice unicamente agli articoli richiamati dal Decreto 208.

Inoltre, il riferimento al settore della difesa nel d.lgs. n. 163/2006 è negli artt. 195 e 196; l'art. 16 è stato abrogato.

Venendo alla questione che più interessa da vicino, si assiste ad un "mondo parallelo", che riproduce lo stesso meccanismo dialettico fra il comma 1-*bis* dell'art. 46 con il Codice appalti stesso, il suo regolamento e le "altre disposizioni di legge"; va posta attenzione all'art. 22 del d.lgs. n. 208/2011, il quale detta disposizioni relative alla documentazione di gara; al comma 2 sancisce che "il bando di gara contiene gli elementi indicati nel codice, le informazioni di cui all'allegato IX A del codice e ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante (...)".

Credo si possa affermare che questa disposizione faccia transitare anche nel settore disciplinato dal d.lgs. n. 208/2011 la disciplina dell'art. 46 del Codice, relativo appunto alle cause di esclusione *lecite* che un bando deve contenere. Senza addentrarsi ad esaminare se e fino a che punto sia applicabile l'intero disposto contenuto nel comma 1-*bis* del citato art. 46 del Codice, quel che rileva ai fini della presente trattazione è l'apertura di tale ultima norma citata alle "altre disposizioni di legge" e la sua portata all'interno del particolare e a sé stante "Codice" che è il Decreto 208. Ebbene, nell'ambito particolare del settore della difesa, considerata la non applicabilità del principio di specialità ex art. 2, comma 4 del Codice e in relazione al contenuto dei bandi di gara, si può riconoscere come esistente il medesimo paradigma logico esistente nel Codice dei contratti: la *lex specialis*, deve contenere quanto espressamente indicato nel Decreto 208 (nell'art. 46, comma 1-*bis* per il Codice si fa riferimento al d.lgs. n. 163/2006 e al regolamento d'esecuzione e attuazione), il quale, a sua volta, in parte richiama le norme del Codice appalti applicabili nell'ambito della difesa, e in parte detta appositamente norme particolari. Si pensi, ad esempio, ai requisiti generali che, per espresso richiamo, sono quelli dell'art. 38 del Codice, ma

che rispetto ad esso in alcune parti sono ancora più specifici e serrati, in forza dell'art. 11, commi 2-5 del Decreto difesa (quanto detto vale per le lettere c), f) e *m-quater*) del comma 1 dell'art. 38 Codice appalti).

Talvolta, nel Decreto 208 le norme che regolano i contenuti dei bandi lasciano alcune aperture che necessariamente vanno valutate alla luce, altresì, di “altre disposizioni di legge”, esterne cioè al d.lgs. n. 208/2011; è il caso dell'art. 13 che detta le regole finalizzate alla salvaguardia specifica della “Sicurezza dell'informazione”, e, innanzitutto, nei primi due commi sancisce che nel caso di contratti che comportano la trattazione di informazioni classificate, gli operatori economici forniscono *prova* della capacità loro e dei loro subappaltatori di trattare tali informazioni al livello di protezione richiesto nella documentazione dell'appalto da parte della stazione appaltante, *in conformità alle leggi e ai regolamenti in materia di nulla osta di sicurezza*, e agli accordi internazionali di settore.

A tale fine, la stazione appaltante precisa nella medesima documentazione le misure e i requisiti necessari per garantire la sicurezza dell'informazione: nelle cinque lettere che compongono il comma 2 dell'art. 13, vengono indicati a titolo esemplificativo alcuni di quei requisiti valutati come necessari per la tutela anzidetta. La *lex specialis*, pertanto, in materia non può esimersi dall'indicare quelle misure e quei requisiti imposti da altra legge (stesso paradigma esistente per il d.lgs. n. 163/2006).

A fronte di ciò, però, il comma 3 del medesimo articolo lascia un'apertura, rilevante anch'essa ai fini del tema riguardante le altre disposizioni di legge esterne al Decreto 208 che i bandi non possono violare; viene prevista la possibilità alla stazione appaltante, se del caso, di concedere, agli operatori economici che non detengono ancora il nulla osta di sicurezza, un periodo addizionale per ottenerlo. In tale ipotesi, la stazione appaltante specifica nel bando di gara il termine entro il quale il nulla osta va presentato, comunque non successivo alla data di **apertura delle offerte presentate**. Ora, la normativa riguardante il c.d. *Nulla Osta Segretezza* (N.O.S.) è esterna al Decreto 208, ed è stata da ultimo riformata dalla L. n. 124/2007, modificata da ultimo dalla L. n. 133/2012, dal DPCM 22 luglio 2011, n. 55268 e dalla direttiva PCM 14 febbraio 2012. Quali siano i limiti della previsione di cui al comma 3 dell'art. 13 del Decreto difesa è insito nello stesso articolato, in cui da una parte si rafforzano le richieste di sussistenza dei requisiti che nel bando devono essere richiesti in funzione della garanzia della sicurezza dell'informazione; d'altro lato, però, si dà possibilità alla stessa legge di gara di prevedere per un operatore economico il possesso del NOS in un tempo successivo a quello della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in deroga, cioè, alle regole vevolevoli per tutti gli altri requisiti generali e speciali.

Quest'ultima disposizione di legge contenuta nel citato art. 13 del decreto 208, inoltre, non si armonizza affatto con le altre rigide norme in materia di segretezza, che invece richiedono l'abilitazione al NOS *in via preventiva*: nel DPCM del 22 luglio, all'art. 12 rubricato "Organizzazione di sicurezza nell'ambito degli operatori economici" viene, infatti, sancito che l'operatore economico abilitato alla trattazione delle informazioni classificate, previa autorizzazione dell'Organo nazionale di sicurezza, istituisce una propria organizzazione di sicurezza, adeguata alle categorie di informazioni classificate che l'operatore economico ha necessità di trattare, nonché alle proprie dimensioni o caratteristiche infrastrutturali o gestionali.

A tale articolo si aggiungono anche le disposizioni contenute negli artt. da 13 a 18, relativi: alla responsabilità della protezione e della tutela delle informazioni classificate nell'ambito degli operatori economici (art. 13); ai compiti del legale rappresentante o del Funzionario alla sicurezza della sede principale od unica dell'operatore economico (art. 14), all'Organo di sicurezza presso gli operatori economici (art. 15); ai compiti del "Funzionario alla sicurezza designato" della sede periferica dell'operatore economico (art. 16); alle strutture di sicurezza presso gli operatori economici (art. 17); alle ispezioni (art. 18).¹²

Quest'ultime regole, per la via dell'art. 46, comma 1-*bis* del Codice appalti, rappresentano nel particolare settore della difesa le "altre disposizioni di legge" inviolabili, e al contempo non del tutto allineate con il paritetico art. 13, comma 3 del d.lgs. n. 208/2011.

4.5. La normativa antimafia, le disposizioni contenute ancora nel d.p.r. n. 252/1998 e nel nuovo Codice (d.lgs. n. 159/2011).

Sono norme applicabili dall'esterno, in quanto la porta d'ingresso nella normativa dei contratti pubblici è solo formale, infatti l'art. 247 Codice appalti fa un generico rinvio alle disposizioni antimafia vigenti. In particolare, giova precisare che il Consiglio dei Ministri il 25/5/2012 ha approvato lo schema del I Decreto correttivo al d.lgs. n. 159/2011, in cui, tra le varie modifiche, vengono operati i seguenti cambiamenti:

a) l'art. 9 dello schema del correttivo interviene sugli artt. 119 e 120 del Codice antimafia: l'entrata in vigore dei capi da I a IV del Libro II è sancita dopo 2 mesi dall'entrata in vigore del Decreto medesimo. Simmetricamente, è disposta da quella data l'abrogazione: del d.lgs. n. 490/1994; del d.p.r. n. 252/1998; del d.p.r. n. 150/2010 (è l'art. 93 del Codice, anch'esso oggetto di

¹² Si pensi, inoltre, all'art. 42 della L. n. 124/2007 e all'art. 4 del DPCM del 12 giugno 2009, n. 7, in cui è specificato che in applicazione dell'art. 42, commi 1 e 3, della legge, le classifiche sono attribuite: a) per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi; b) sulla base dei criteri ordinariamente seguiti nelle relazioni internazionali, applicabili, per motivi convenzionali e ai fini dell'analisi del rischio di cui all'art. 3, comma 1, lettera s).

modifica mediante l'abrogazione del suo sesto comma);

b) con la modifica prevista nello schema del I correttivo, all'art. 91, comma 6 del Codice antimafia (laddove è previsto che il prefetto possa, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata) viene ampliato il quadro degli elementi con l'inserimento della reiterata violazione degli obblighi sulla tracciabilità.

In relazione agli aspetti rilevanti che dalla materia antimafia intervengono a materializzare il quadro degli obblighi di legge che determinano le cause tassative di esclusione dalle gare, si considerino **tre aspetti**, tra i diversi che se ne potrebbero enucleare ed esaminare.

a) Giova da subito premettere che il primo aspetto qui trattato è per affermare un'ipotesi in cui l'operato dell'amministrazione è legittimo e non c'è violazione di legge.

Può un bando di gara prevedere e, in generale, è **possibile che le verifiche antimafia per gli appalti aventi un importo inferiore alla soglia per la quale la legge dispone l'esonero del controllo** (art. 1, comma 2 lett. e) del d.p.r. n. 252/1998; è l'art. 83, comma 3 lett. e) del Codice antimafia – cioè i contratti – non anche i subcontratti - il cui valore complessivo non supera attualmente 154.937,087 euro, e che nel Codice antimafia sarà pari a 150.000 euro)?

La risposta deve essere affermativa, pur se si deve tener conto che in presenza di una lettera di legge ambigua o, almeno, non chiara parte della giurisprudenza (Cons. Stato Sez. VI Sent., 29 gennaio 2008, n. 240) aveva indicato questa soglia di esonero come assoluta: la stazione appaltante potrebbe in via discrezionale avviare la verifica mediante l'informativa antimafia per gli appalti sotto soglia comunitaria (per quelli sopra soglia è obbligata all'informativa prefettizia), ma non potrebbe scendere nell'esercizio di quella facoltà – sostengono quei giudici – nella fascia di esonero dei 300 milioni di lire (154.937,087 euro): in quest'ultimo caso è esclusa la possibilità dell'esame antimafia. Infatti, *“in materia di informative antimafia, l'art. 10 D.P.R. n. 252/1998, che impone l'obbligo assoluto di acquisire le informazioni nel caso in cui l'importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria, non pone però un divieto assoluto di richiedere tali informazioni nel caso tale soglia non sia superata. Per meglio dire, l'art. 1 lett. e) del suddetto D.P.R., nell'ipotesi di appalti di importo sotto il valore di 300 milioni, prevede espressamente che le informative non sono "comunque" richieste. I valori, quindi, che la stazione appaltante deve tenere in considerazione sono quelli relativi agli appalti di importo inferiore a 300 milioni (per i*

quali non si richiede la documentazione di cui al comma 1), e quelli sopra soglia (di cui, al contrario, si impone l'obbligo di richiesta); ne consegue che non dandosi, al di là di questi due valori, alcuna specifica indicazione, in questa zona grigia non pare possa escludersi l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, dovendosi, dunque, ritenere la stessa legittimata a richiedere le informazioni antimafia, essendo, una volta, formulata la richiesta, il Prefetto tenuto dare seguito a questa” (Cons. Stato Sez. VI Sent., 29-01-2008, n. 240).

Questa linea, per certi tratti appare paradossale e deve ritenersi, invece, che la stazione appaltante, in vista del bene superiore della tutela antimafia, possa operare verifiche anche nella zona del c.d. esonero: se non ammettesse la facoltà per la stazione appaltante di verificare ai fini dell'antimafia contratti inferiori alla soglia dei 154.937,087 euro, si arriverebbe, fra l'altro, al paradosso valevole soprattutto nel settore degli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari, per i quali le soglie comunitarie (art. 28 Codice) sono attualmente pari a: 130.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV del Codice dei Contratti; 200.000 euro, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle altre stazioni appaltanti.

Addirittura, per gli appalti di servizi/forniture aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici la soglia comunitaria è inferiore alla soglia di esenzione ex art. 83 del Codice antimafia!

b) La normativa relativa specificamente ai modelli G.A.P. e alle diverse linee interpretative che la giurisprudenza ha formato negli ultimi anni.¹³ In particolare, lo scenario ermeneutico si muove lungo tre matrici:

a) la *lex specialis* di gara richieda, con precisa descrizione e a pena di esclusione, la produzione del modello G.A.P. debitamente compilato in ogni sua parte e sottoscritto: alla quasi totalità delle pronunce in materia è apparsa legittima l'esclusione dell'impresa per omessa o inesatta produzione del modello GAP, in quanto documentazione di gara. Infatti, in presenza di espresso e specifico obbligo nella legge di gara di una “debita” compilazione delle indicazioni necessarie del GAP (così come risulta dal relativo modello che evidenzia con asterisco le parti necessariamente da riempire), non foss'altro – a prescindere pure dagli asterischi del modello - che per la sussistenza della comminatoria “a pena di esclusione” prevista nel bando o nel disciplinare, legittima

¹³ Ai sensi della l. n. 726/1982, art. 2 e della l. n. 410/1991, le amministrazioni appaltanti e le imprese aggiudicatarie degli appalti o affidatarie di subappalti, di importo pari o superiore a euro 51.645,69 euro (al netto dell'IVA) devono trasmettere al Prefetto competente per territorio il modello GAP dopo aver stipulato il contratto (o dopo l'approvazione, quando è prevista). Ovviamente, ad ogni variazione dell'importo o dell'oggetto contrattuale, dovrà essere inviato tempestivamente il nuovo modello GAP alla Prefettura.

l'impossibilità di partecipazione alla gara per l'operatore economico omissivo o inesatto.¹⁴

Lungo questa linea argomentativa, è stato, inoltre, ritenuto da alcune pronunce che l'esclusione debba essere attuata da parte della stazione appaltante anche a prescindere dalla circostanza che le notizie richieste siano comunque ricavabili aliunde;¹⁵ d'altro lato, altri giudici hanno ritenuto le censure infondate nei casi in cui la notizia omessa fosse ricavabile nello stesso documento. È l'ipotesi, ad esempio, dell'omessa barratura della casella relativa al tipo di impresa: il TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 ottobre 2010, n. 13563, ha ritenuto fondato il motivo in quanto l'omissione era prevista espressamente dalla legge di gara come causa escludente; invece, il TAR, Sicilia, Catania, sez. I, 8 febbraio 2011, n. 264 ha ritenuto infondata la censura proprio perché il dato era chiaramente deducibile da altre voci dello stesso documento.

b) la *lex specialis* della procedura di gara richieda la produzione del modello G.A.P., ma senza comminare la mancata produzione del modello con l'esclusione.¹⁶ Per tali ipotesi, logicamente, vale lo stesso ragionamento esplicito nel punto seguente.

c) né il bando, né il disciplinare di gara e nemmeno i modelli allegati alla *lex specialis* della procedura contenenti la domanda di partecipazione e la dichiarazione a corredo dell'offerta, contengono alcuna previsione in ordine alla produzione del modello G.A.P.: in tal caso la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la norma che prevede l'obbligo di produzione GAP (art. 1, comma 5, del D.L. n. 629/1982, conv. nella legge n. 726/1992; Circolare dell'Alto Commissario 28 marzo 1989), abbia natura eterointegrativa in quanto norma imperativa. Dunque, la causa di esclusione, anche in assenza di una clausola espressa della legge di gara, discende dal mancato adempimento dell'operatore economico dell'obbligo di produzione del modello GAP imposto dalla inequivoca formulazione della norma imperativa.¹⁷

Da ultimo, però, va precisato che sull'argomento si è sviluppata una diversa linea interpretativa, a cominciare dalle argomentazioni formulate dal TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 11 marzo 2010, n. 2807, nella cui sentenza ha ritenuto di non condividere l'assunto che la stazione appaltante debba escludere le imprese che omettano di produrre il modello GAP in assenza di

¹⁴ Così, in particolare, T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 ottobre 2010, n. 13563 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 11 maggio 2009, n. 400. In senso conforme: T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 07 marzo 2003, n. 314; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 3395 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 31 dicembre 2007, n. 1177; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 5 maggio 2009, n. 856; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 dicembre 2010, n. 14363.

¹⁵ T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 dicembre 2010, n. 14363 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 11 maggio 2009, n. 400.

¹⁶ T.a.r. Sicilia, Sez. III, 24 aprile 2008, n. 532 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 6 maggio 1998, n. 298 e 3 marzo 2003, n. 94.

¹⁷ T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 28 febbraio 2005, n. 313; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 aprile 2007, n. 1173; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 19 gennaio 2009, n. 106; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 gennaio 2010 e confermata da Cga, ordinanza cautelare 16 marzo 2010, n. 212; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 28 ottobre 2010, n. 4249; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 dicembre 2010, n. 4624; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 21 aprile 2011, n. 1013; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 25 maggio 2011, n. 1279;

alcuna previsione nella *lex specialis* della procedura in ordine all'obbligo di produrre tale documento. Il ragionamento - utile nel suo paradigma logico per svolgere deduzioni e argomentare canoni più in generale relativamente alle "altre disposizioni di legge" vincolanti automaticamente i bandi di gara - seguito dai giudici nella sentenza sopra citata si fonda sull'assunto secondo il quale, come già era stato affermato dallo stesso Tribunale, il principio in base al quale le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito sono integrate dalle norme imperative di legge, "opera ... con riguardo esclusivo a quelle prescrizioni normative che per il loro carattere autoesecutivo - non abbisognando cioè la loro applicazione dell'intermediazione di altre fonti -... sono immediatamente ed inequivocamente impositive di obblighi ... sicché solo in questo caso esse si dimostrano suscettibili di inserzione automatica".¹⁸ Stando al tenore letterale dell'art. 1, c. 5, del d.l. n. 629/82, le imprese che partecipano a gare pubbliche sono tenute a fornire notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico sulla propria attività, nonché ogni altra indicazione ritenuta utile ad individuare i titolari delle imprese "a richiesta dell'Alto commissario" (ora del Ministero dell'Interno)¹⁹; "detta richiesta, passa, di fatto ed in concreto, per il tramite della stazione appaltante che vi provvede a mezzo della *lex specialis* della procedura.

Pertanto, laddove detta disciplina nulla disponga (...), ritiene il Collegio che nessuna sanzione (tanto meno di esclusione dalla gara) possa essere disposta a carico dell'impresa partecipante alla gara che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara e ad essi si sia attenuto. D'altra parte, la norma citata (art. 1, c. 6, del citato d.l. n. 629/82) sanziona il mancato riscontro alla richiesta dell'Autorità di pubblica sicurezza con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e, per effetto della condanna in sede penale, con la sanzione accessoria della sospensione dall'albo degli appaltatori. Segue da ciò che la norma, così come è formulata, non essendo immediatamente auto esecutiva non può andare ad integrare la silente *lex specialis* della procedura introducendo una non prevista causa di esclusione dalla gara *in itinere*".²⁰ In tal senso non inciderebbe direttamente nei documenti di gara come causa di esclusione prevista da altre leggi diverse dal Codice e dal regolamento; la prescrizione espressa dal bando, invece, opererebbe in senso vettoriale opposto, cioè sarebbe l'unica vera previsione di legge capace di determinare l'esclusione dell'operatore economico che non avesse ottemperato in gara a produrre il modello GAP.

b) Il terzo argomento riguarda un **divieto di analogia affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, sent.**

¹⁸ così T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 luglio 2004, n. 1518 (sentenza non appellata).

¹⁹ Per effetto dell'art. 2, c. 2 quater, d.l. 29 ottobre 1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410.

²⁰ TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 11 marzo 2010, n. 2807.

20 giugno 2011, n. 3697; in particolare, con riferimento al disposto dell'art. 12 del d.p.r. n. 252/1998²¹ (corrisponde all'art. 95 del Codice antimafia, nel quale scompare il riferimento anche alla concessione dei lavori come momento finale - oltre alla stipulazione del contratto - entro il quale operare l'estromissione o la sostituzione della mandante) nella citata sentenza viene riconosciuto che l'art. 10, comma 1, del d.p.r. n. 252/98 (ad esso corrisponde l'art. 91, comma 1 del Codice antimafia), laddove dispone il divieto, per le amministrazioni cui siano fornite le relative informazioni in tema di infiltrazioni mafiose, di stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, *“persegue un'esigenza di tutela dell'ordine pubblico secondo una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto della criminalità organizzata, rispetto alla quale l'articolo 12 si pone quale eccezione insofferente ad una manipolazione analogica. La scelta normativa di non estendere il citato art. 12 del DPR 252/98 anche agli appalti di servizi, pur se opinabile, non risulta irragionevole alla luce delle più cospicue garanzie razione temporis predisposte in tema di appalti di lavori (si pensi all'albo costruttori e, quindi, all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed al sistema di qualificazione SOA), idonee a garantire un controllo sull'affidabilità delle imprese operanti in questo settore, più penetrante rispetto al campo degli appalti di servizi e di forniture (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148)”*.

Dunque, un bando di gara non potrebbe lecitamente prevedere l'estensione ai servizi e alle forniture dell'eccezione prevista per le ATI nell'art. 12 del regolamento antimafia (o nell'art. 95 del Codice antimafia) né una stazione appaltante potrebbe escludere in forza di tale procedimento interpretativo. Se lo prevedesse, all'attuale illegittimità riconosciuta dalla giurisprudenza, si applicherebbe la più grave sanzione della nullità, in forza del nuovo disposto del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice. Laddove, tale esercizio di analogia fosse attuato dalla Stazione appaltante nel corso delle verifiche antimafia senza che il bando sul punto nulla dica, l'eventuale applicazione analogica dell'art. 12 del regolamento antimafia del 1998 ai servizi e alle forniture resterebbe inficiata di illegittimità.

Da questa considerazione si deduce, in via più generale, un altro principio categorizzante: si assiste ad una sorta di terza categoria intermedia rispetto a quelle enucleate nel paragrafo precedente; in particolare, si può dire che dopo la previsione del comma 1-*bis* dell'art. 46 del

²¹ nel cui comma 1 è previsto che “Se taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo n. 490 del 1994, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori”.

Codice si assiste ad un fenomeno di nullità testuale che opera nei casi in cui l'esclusione venisse attuata in forza di una previsione contenuta nella *lex specialis* di gara, che a sua volta costituisce una violazione di altre disposizioni di legge, così come interpretate nel loro contesto. Dunque, in tali casi non si avrebbe una diretta incidenza della norma ai fini dell'esclusione perché non ci sarebbe un previsione precettizia di esclusione espressa e, nei confronti della quale un bando di gara non possa, quindi, disporre il contrario a pena di nullità della previsione; invece, in tale categoria si è di fronte a una norma *extravagante* dal Codice o dal regolamento dei contratti pubblici, la quale non per espressa previsione positiva (non c'è divieto positivo escludente, sarebbe altrimenti direttamente applicabile e, certo anche così, non contrastabile dal bando) ma in forza di una linea interpretativa giurisprudenziale (“Non dicono tutto gli articoli: ogni tanto bisogna costruire sull'implicito”)²² prevede dei divieti immediatamente autoesecutivi (non v'è norma qui che chieda strumenti di attuazione come si è potuto vedere invece per il modello GAP - si veda la sentenza TAR Sicilia Palermo, sez. III, n. 2807/2010), i quali possono essere violati dalla stazione appaltante:

a) *senza che nulla sia previsto nella legge di gara*: ad esempio, se la stazione appaltante consentisse l'interpretazione analogica dell'art. 12 del regolamento antimafia anche alle ATI per i servizi e le forniture. In tal caso, per aver violato il precetto di divieto di analogia interpretato così dai giudici, l'atto dell'amministrazione sarebbe, verosimilmente, riconosciuto in un eventuale giudizio inficiato per illegittimità, quindi annullabile per violazione di legge.

Ovvero:

b) *in virtù di una esplicita previsione nel bando di gara*, che costituisce violazione del divieto posto da legge (secondo la lettura ermeneutica, quindi non direttamente positivizzato); quest'ultima prescrizione di gara sarebbe inficiata di nullità testuale e pertanto andrebbe disapplicata: entrerebbe qui in gioco il comma 1-bis dell'art. 46 e il richiamo alla violazione dei bandi rispetto le altre leggi in materia *extra Codicem*.²³

²² F. Cordero, *Procedura penale*, VIII ed., Milano 2006, 1059.

²³ Anche per la gara riguardante la costruzione e la gestione di un servizio, ex art. 144 del Codice, va detto che non si tratta di un contratto di soli lavori, rispetto al quale si applica l'eccezione ai sensi del citato art. 12 del regolamento del 1998, ma di una concessione di costruzione e gestione a cui si unisce la componente di servizi particolarmente qualificante, che, sulla base della stessa logica della giurisprudenza del Consiglio di Stato ora citato, rende non estensibile in via analogica la norma del d.p.r. n. 252/1998.

Come ha affermato anche il Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148, l'eccezione di cui all'art. 12 si applica soltanto all'appalto di lavori, così come risulta evidente sia nella rubrica della norma medesima, sia nel testo stesso dell'art. 12, che assume in esame soltanto le concessioni di lavori (quindi non altre tipologie di concessioni). Infine, per completezza, è da precisare che una delle situazioni indicate dal comma 19 dell'art. 37 riguardante la mandante deve necessariamente essere intervenuto dopo la stipulazione del contratto, non spiegandosi, altrimenti, il riferimento alla «prosecuzione» del rapporto di appalto, che implica la già intervenuta insorgenza del rapporto stesso, mediante la sottoscrizione del contratto (così ancora Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 giugno 2011, n. 3697; cfr. anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3261).

5. Le fattispecie “in bianco” contenute nel d.lsg. n. 163/2006: la lett. m) dell'art. 38, comma 1 del Codice, con riferimento al d.lgs. n. 231/2001.

La normativa relativa alle sanzioni amministrative alle imprese a seguito di illeciti penali, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, rappresenta un *corpus* legislativo che spinge la riflessione del giurista a considerare taluni dei suoi istituti come “ibridi”, oppure a considerare alcune previsioni incongruenti. In particolare, spigolando, di incongruenze il testo del Decreto ne presenta diverse: si pensi, ad esempio, che “*l'art. 8, lett. b), afferma la responsabilità da reato estinto, purché il fatto estintivo non sia l'amnistia; ergo, l'ente risponde da reato prescritto, o meglio risponderebbe se l'art. 60 non disponesse l'opposto rispetto alla prescrizione*”; perciò, la miglior dottrina ha definito questo *corpus* normativo come “autòfago”.²⁴

In relazione all’ “ibridismo” di taluni istituti, si può trarre qualche spunto per individuare una sorta di completezza della disciplina sui requisiti generali per le gare d'appalto. Infatti, in tema della *misura cautelare interdittiva* (fra cui compare anche il *divieto di contrarre con la P.A.*), la giurisprudenza e la dottrina prevalenti hanno superato l'eccezione che domanda come possano sussistere “fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede” - il pericolo di fuga sarebbe stato assurdo trattandosi di imprese -, quando i soggetti persone fisiche autori dell’illecito abbiano avuto l’applicazione della relativa custodia cautelare in carcere o domiciliare. La risposta è comunemente quella fondata sulla considerazione per cui rilevarebbe una *colpa dell'apparato* ed un suo coinvolgimento nel fatto-reato secondo una sorta di applicazione della famosa teoria “dell’albero dai frutti avvelenati”: pure nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati negli artt. 6 e 7 del decreto 231, l'uno riferito ai soggetti in posizione apicale, l'altro ai dipendenti, modelli che presuppongono un differente onere probatorio a carico dell'accusa (così, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627).

Intorno a queste considerazioni si potrebbe a lungo parlare, ma in questa sede occorre soffermarsi su un interessante chiasmo tra la lett. c) e la lett. m) dell'art. 38 del Codice: nella lett. c) dell'art. 38 del Codice appalti rileva la reità accertata in via definitiva dei *soggetti* aventi rappresentanza legale e chiaramente individuati dalla stessa norma; la circoscrizione alla “personalità” (soggetti della lett. c) della reità (per reati incidenti la moralità professionale e gravi)

²⁴ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2006, 1350-1351.

ai fini della valutazione dell'incidenza sull'impresa vale anche per i cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data del bando di gara.²⁵ Dunque, il legislatore del Codice dei contratti pubblici, nell'art. 38 lett. c) ha valutato *a-priori* l'incidenza della grave condotta penalmente punita, nello spazio circoscritto dei soggetti all'uopo indicati, non ponendo invece alcun interesse alla colpa e alla responsabilità dell'apparato societario; al contrario, ai fini della responsabilità amministrativa dell'impresa per la commissione dei reati tipo previsti nel Decreto 231 (che possono benissimo rientrare nella tipologia aperta della lett. c) dell'art. 38 del Codice appalti), anche per la valutazione cautelare la normativa, vien detto, spinge la valutazione del giudice sull'intero modello imprenditoriale. In tal senso, la lett. m), che non contiene - come si vedrà a breve - alcun riferimento espresso alla misura cautelare interdittiva del divieto di contrarre ex decreto 231, va letta in combinato con la previsione della lett. c).

Ciò detto, con particolare riferimento alle misure interdittive, anche cautelari espresse nell'art. 45 ci si può chiedere:²⁶ incidono come motivi ostativi di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica attraverso la "porta" della lett. m) dell'art. 38, comma 1 del Codice ?

La disposizione contenuta nella documentazione di gara riguardante la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1 lett. m), anche laddove non lo preveda espressamente, si deve intendere comprensiva anche delle ipotesi di misura interdittiva cautelare ex art. 45 del d.lgs. n. 231/2001? Di contro, sarebbe causa di esclusione dalle gare prevista "da altre leggi" alla luce del fatto che la lett. m) citata fa espresso rinvio unicamente all'art. 9, comma 2 del medesimo decreto e cioè alle misure interdittive che conseguono alla sanzione principale comminata a valle di giudizio? Tentiamo di squadrare le idee.

Una certezza: nell'una o nell'altra lettura il bando non potrà derogare alla legge e ammettere alla gara o addirittura stipulare con un operatore economico colpito dal divieto di contrarre con la P.A., anche se in via cautelare ai sensi dell'art. 45 del decreto 231.

Il dato: il riferimento all'art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 non compare espressamente nella lett. m) dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (il quale richiama, invece, l'art. 9, comma 2 lett. c)

²⁵ Un parallelo fra l'art. 45 del Decreto 231 e la previsione sul cessato dalla carica ex art. 38, lett. c) Codice appalti la si ha nell'agire dell'impresa sostituendo o estromettendo gli amministratori coinvolti: ai fini del decreto 231 questo può portare ad escludere la sussistenza del "periculum", purché ciò rappresenti il sintomo del fatto che l'ente inizia a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, orientata nel senso della prevenzione dei reati (Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32626).

²⁶ L'art. 45 dispone al comma 1: "Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate".

del decreto 231, cioè la sanzione interdittiva come pena accessoria alla pena principale commissionata). Il punto fermo, quindi, è che anche la giurisprudenza ha dedotto una dualità fra le sanzioni dell'art. 9 e quelle dell'art. 45 del Decreto, infatti quest'ultimo fa riferimento alle prime per individuare la tipologia di misure interdittive da applicare in sede cautelare (TAR Emilia Romagna, sez. I, Bologna sent. 1031 del 2009).

Occorre categorizzare, però, il rapporto che c'è fra l'art. 45 del decreto 231 e l'art. 38, c. 1 lett. m) del d.lgs. n. 163/2006.

Perciò, da quanto detto, delle due l'una valga:

tesi A) l'art. 45 del Decreto 231 è norma primaria come lo è l'art. 38, lett. m) del Codice appalti e rimane su un piano parallelo rispetto a quest'ultimo, integrandone *ab externo* la disciplina;

tesi B) ovvero, l'art. 45 del decreto 231 è norma primaria che entra nella lett. m) dell'art. 38 del Codice appalti attraverso il rinvio in esso espresso “*o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*”.

Apparentemente, potrebbe sembrare un'inutile considerazione, da guardare con sufficienza e anche noia, insomma una questione di “scuola”; invece, dalla collocazione categorica dell'art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 e della misura cautelare del divieto di contrarre con la P.A., sembrano discendere una serie di conseguenze sia sul piano sistematico, sia in quello operativo, specialmente in singole e dettagliate ipotesi (che poi sono il vivaio in cui la legge vive e si manifesta in concreto).

Deduciamone i tratti.

Tesi A)

1. Profilo sistematico: la tesi dell'estraneità dell'art. 45 del decreto 231/2001 dall'ambito applicativo del Codice appalti manifesterebbe, *in parte qua* confermando un limite più generale del d.lgs. n. 163/2006,²⁷ come il Codice dei contratti si presenti ancora non completo, non coerente e incapace di essere “unico testo” in materia di contrattualistica pubblica, nonostante la vocazione che dovrebbe avere in virtù dell'art. 25 della L. n. 62/2005.

2. Profilo operativo: l'impresa concorrente non avrebbe requisiti per poter stipulare con l'amministrazione, laddove divenisse aggiudicatario: le conclusioni sono quelle dell'esclusione e del divieto di contrarre come prevede l'art. 38 Codice; però con delle sfumature di non poco conto, si consideri questa sequenza:

– per i requisiti di cui all'art. 38 Codice è chiaro e indiscusso che essi debbono essere posseduti dal momento indicato come termine fisso per la presentazione della domanda (e

²⁷ Come si è tentato di mostrare nelle *Conclusioni* di questo scritto.

dell'offerta, per le procedure aperte) e devono sussistere fino alla stipulazione del contratto;

– ma, ben può ipotizzarsi che possa essere stata applicata all'impresa **prima della sua partecipazione alla relativa gara** la sanzione cautelare interdittiva del d.lgs. n. 231/2001, art. 45 e che questa non lo dichiari al momento di partecipazione alla gara;

– la stazione appaltante deve allora verificare in sede di esame in capo all'aggiudicatario definitivo e tramite il Casellario (del quale si dirà a breve) l'eventuale sussistenza della sanzione interdittiva anche cautelare; quindi, in presenza di tale divieto, non deve stipulare in contratto con l'aggiudicatario, che verrà escluso;

– in tutto ciò, però, non ritenendo l'art. 45 del decreto 231 rientrante nella lett. m) dell'art. 38 del Codice appalti, **non è così automatico né certo che l'operatore economico interessato possa essere escluso anche per false dichiarazioni (con tutte le conseguenze che ne deriverebbero)**, non essendo tenuto a dichiarare al momento della presentazione della domanda di partecipazione /offerta la sussistenza di divieti diversi da quelli elencati dall'art. 38 e appositamente richiamati (con relativa modulistica) dai bandi di gara;

– ovviamente, l'argomentazione reggerebbe solo nel caso in cui il bando non indicasse espressamente anche l'obbligo di dichiarare l'eventuale interdizione cautelare ex art. 45 d.lgs. n. 231/2001; causa di esclusione, questa, che la *lex specialis* potrebbe del tutto lecitamente prevedere.

Tesi B)

1. Profilo sistematico: intendendo l'art. 45 del decreto 231 rientrante nella lett. m) dell'art. 38, il Codice, *in parte qua*, mostrerebbe la tensione nel tentare di riuscire a garantire la completezza e il coordinamento normativo in vista anche della semplificazione, della tutela della massima partecipazione e della *par condicio*.

2. Profilo operativo: nell'ipotesi di sussistenza dell'interdizione cautelare ex art. 45 prima della partecipazione e della relativa non dichiarazione da parte dell'operatore economico, lo scenario cambia rispetto al quadro sopra delineato, perché opererebbero tutte le conseguenze connesse ai requisiti di ordine morale, compresa l'esclusione per falsa dichiarazione e conseguente giudizio di imputabilità da parte dell'AVCP, con potenziale sanzione fino ad un anno di interdizione dalle gare (cumulativa con quella cautelare, già esistente e non dichiarata, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001).

A favore della concentricità dell'art. 45 del decreto 231 nella lett. m) dell'art. 38 del Codice, a mio giudizio, sembra operare la stessa lettera della legge, ove nella lett. m) apre a tutte le altre situazioni in cui la legge prevede la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la P.A.

In tal senso e in questa collocazione, allora, l'art. 45 del 231 darebbe colore alla norma in bianco espressa dalla lett. m) dell'art. 38: è disposto *ex lege Codicis* e rientra tra le ipotesi tassative

di esclusione; se violata da una previsione di bando, si rientrerebbe nella previsione della nullità ex art. 46, comma 1-*bis* Codice per violazione delle norme del d.lgs. n. 163/2006 e non in quella delle “altre disposizioni di legge”; invece, seguendo la prima tesi del parallelismo fra art. 45 del decreto 231 e art. 38 del Codice appalti, la violazione da parte di una previsione del bando sarebbe comunque nulla, ma perché contrastante con “altre disposizioni di legge” a cui fa rinvio il comma 1-*bis* dell'art. 46 Codice appalti.

Rimane fermo che laddove l'art. 45 del 231 intervenisse in capo all'operatore **economico in corso di gara**, la disciplina sarebbe quella identica nelle conseguenze al verificarsi della perdita di un requisito generale *medio tempore*: esclusione e divieto di stipulare il relativo contratto, o in forza della disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 38 per la singola gara (“*e non possono stipulare i relativi contratti*”),²⁸ o in forza del divieto interdittivo cautelare valevole per tutti i contratti con la P.A..

Un punto interessante per il *modus procedendi* delle stazioni appaltanti e valevole per entrambe le tesi su esposte: deve essere comunque verificato un altro certificato dal Casellario, che si aggiunge a quello *giudiziale*. Infatti, in relazione alle sanzioni comminate in forza del d.lsg. n. 231/2001, il d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, dedica il Titolo IV e il Titolo V, rispettivamente dedicati: alle sanzioni ex 231 *applicate in via definitiva* e alle medesime sanzioni *ancora pendenti*.

L'art. 9 del T.U. sul Casellario prevede, in combinato con l'art. 80, comma 2 del d.lgs. n. 231/2001, che nell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato si iscrivono per estratto: a) i provvedimenti giudiziari definitivi che applicano agli enti le sanzioni amministrative di cui al decreto 231; b) i provvedimenti giudiziari definitivi relativi all'esecuzione delle stesse sanzioni.

Il successivo **art. 12** prevede l'anagrafe dei carichi pendenti per l'applicazione del 231 e dispone che si iscrivano per estratto: a) i provvedimenti giudiziari di contestazione dell'illecito; b) ogni altro provvedimento giudiziario che decide sulla contestazione dell'illecito amministrativo emesso nelle fasi e nei gradi successivi (e fra essi è di certo ascrivibile anche l'eventuale interdizione cautelare ex art. 45).

Inoltre, l'art. 31 chiarisce al comma 2 che nel certificato sono rispettivamente riportate le iscrizioni esistenti nell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e nell'anagrafe

²⁸ Sulla nullità dell'eventuale contratto stipulato in violazione del divieto ex art. 38 comma 1 del Codice appalti, mi permetto di rinviare al mio *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale sui requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, Collana di *Diritto dell'economia*, diretta da Picozza e Lener, Giappichelli, Torino 2012.

dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato, ad eccezione di quelle relative ai provvedimenti di applicazione della sanzione su richiesta e ai provvedimenti di applicazione della sanzione pecuniaria all'esito del procedimento per decreto.

Sono competenti al rilascio del certificato tutti gli uffici territoriali e tutti gli uffici locali: lo dispone il d.P.R. n. 313/2002, all'art. 35, comma 1.

Dunque, le stazioni appaltanti, oltre al casellario giudiziale (art. 4 T.U. Casellario, in cui non compare il riferimento al decreto 231), dovranno acquisire in sede di accertamento dei requisiti:

- per verificare l'eventuale applicazione di misure ai sensi del decreto 231 (ai fini degli appalti, l'art. 9, comma 2 del decreto), le risultanze dell'anagrafe ex art. 9 del T.U. Casellario;
- per verificare l'eventuale sussistenza di misure interdittive cautelari (art. 45, nello specifico interesse), le risultanze anagrafiche ex art. 12 T.U. Casellario.

6. Conclusioni.

A prescindere dalle possibili letture connesse al particolarissimo art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 e alla lett. m) dell'art. 38 del Codice appalti, una visione complessiva e più generale del *corpus* normativo raccolto dal d.lgs. n. 163/2006, non può che far apparire, sul piano sistematico, una “fragilità” del Codice dei contratti pubblici.

La locuzione contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis* del Codice appalti “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*”, appare un po' dissonante con la previsione che la Legge delega n. 62 del 2005 aveva sancito e che allora suonava come l'importante novità che il Codice avrebbe dovuto, in via sistematica, rappresentare; era affermato al comma 1 dell'art. 25: “Il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi (...) nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) compilazione di un *unico testo normativo* recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive *coordinando anche le altre disposizioni in vigore* nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea”.

Dunque, le parole del comma 1-*bis* introdotto nel 2011 nell'art. 46 del Codice appare come una sorta di ammissione di non completa riuscita della *reductio ad unum*, della riconduzione, cioè, ad un unico sistema della materia relativa alla contrattualistica pubblica. Il Codice, nell'ottica sistematica, continua perciò ad essere uno strumento non ancora coerente e “contenente”; il tutto aggravato da fatto che la stessa sostanza del diritto degli appalti pubblici sembra essere soggetto a un movimento tellurico, silente e costante: si pensi, infatti, alle numerosissime modifiche e introduzioni operate nel suo *corpus* da mille rivoli normativi che hanno trasformato il volto degli appalti pubblici,

rendendolo diverso da quello che abbiamo conosciuto nel maggio del 2006.

Prof. Vittorio Capuzza