

Dott.ssa Francesca Ruberto

*Specializzata presso la Scuola di Specializzazione per le
Professioni Legali dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

La determinazione dell'Avcp n. 4/2012 sulle cause di esclusione dalla gara.

Sommario: 1) *Premesse.* 2) *I pregi della normativa di riferimento (art. 46, comma 1-bis) e le problematiche sottese alla sua operatività* 3) *Le soluzioni accolte dalla Determinazione n.4/12.* 4) *Conclusioni.*

1) Premesse.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in attuazione della delega conferitale dal legislatore del "decreto- sviluppo" n.70/2011, ha di recente predisposto il prototipo di "bando-tipo", approvato con la Determinazione n.4 del 10 ottobre 2012 e recante le "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163)".

Com'è noto, la normativa *de qua* (aggiunta al Codice dei contratti pubblici dall'articolo 4 del D.L. n. 70 del 13 maggio 2011, convertito in L. n. 106 del 12 luglio 2011), si pregia per aver circoscritto l'area delle "esclusioni legittime" dei partecipanti alla gara (art. 46, comma 1-bis) e per aver demandato all'AVCP il compito di redigere bandi-tipo. Questi ultimi dovranno ispirarsi alle predette cause di estromissione e alla *ratio* che le sottende, e cioè al contenimento della discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti nella valutazione della condotta del partecipante alla gara che sia contraria alla disciplina legislativa. Dal canto loro le amministrazioni aggiudicatrici dovranno attenersi a siffatti principi, ai fini della predisposizione dei bandi di gara (art. 64, comma 4-bis), pena la nullità *ab origine* di quelle clausole che introducano ragioni di eliminazione non conformi a quanto statuito in via generica dal diritto positivo e a quelle più puntuali indicazioni elargite dall'AVCP nel modello da essa approvato.

Pertanto, non solo al fine di offrire ad 'un nome un volto' (imponendosi l'esigenza di dare consistenza alle prescrizioni normative ora ricordate), ma anche all'ulteriore scopo di dipanare le *quaestiones* esegetiche, relative all'enunciazione del principio di tassatività delle cause di

esclusione, si è pervenuti alla pubblicazione del presente documento, adottato dall'AVCP a chiosa di un percorso procedurale, iniziato nel mese di settembre 2011 e terminato a luglio 2012, che ha richiesto il previo parere del Ministero delle Infrastrutture e il consulto delle categorie professionali interessate.

2)I pregi della normativa di riferimento (art. 46, comma 1-bis) e le problematiche sottese alla sua operatività.

Le ipotesi di violazione in generale contemplate dalla norma al comma 1-bis dell'art 46 (la quale esplica la sua operatività ad ampio raggio, involgendo sia i settori ordinari che straordinari, sia sotto-soglia che sopra-soglia) riguardano il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal Regolamento ovvero da altre disposizioni di leggi vigenti, l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, la non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Pertanto rappresentano fonte di esclusione dalla gara: 1) il difetto d'indicazione, sul plico esterno generale (entro cui rientrano le buste componenti l'offerta), della gara cui l'offerta si riferisce e/o l'aggiunta di un riferimento completamente errato o generico, tanto da non potersi individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara (caso di irricevibilità del plico); 2) il difetto di sottoscrizione dell'offerta¹. Infatti, secondo quanto statuito

¹ Sul tema, cfr Vittorio CAPUZZA, Relazione tenuta al Convegno I.G.I. – Istituto Grandi Infrastrutture, Roma 25 settembre 2012, sul tema: "Art. 46" (in www.giustamm.it); va segnalato che « il difetto di sottoscrizione 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)».

dal Codice agli artt 73 e 74 e pacifico pensiero giurisprudenziale e dell'Autorità², la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione, quale elemento essenziale dell'offerta, è il mezzo con cui l'autore fa sue, si attribuisce la paternità e s'impegna alle dichiarazioni rese (quindi alla prestazione oggetto dell'appalto verso il corrispettivo individuato nell'offerta e alla garanzia sull'origine, serietà e affidabilità dell'offerta medesima); 3) difetto d'integrità del plico e altre irregolarità inerenti al principio di segretezza delle offerte; 4) violazione dei termini per la presentazione dell'offerta (difatti, l'offerta va tassativamente presentata entro i termini come da bando, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 55, commi 5, ove si chiarisce che «nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara», e 6, in cui si sostiene che «nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito». Il termine, dunque è posto a protezione del fondamentale principio del pari trattamento); 5) la sussistenza in capo ai soggetti di una delle condizioni di estromissione contenute nell'art. 38 del Codice; 6) in seguito ad accertamento, compiuto dalla stazione appaltante, dell'imputabilità delle offerte dei concorrenti ad un *unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi* (art. 38, c. 1 lett- m-quater); 7) violazione delle norme sull'avvalimento (secondo l'art. 49, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 il concorrente, per eludere l'esclusione per difetto dei requisiti, deve allegare alla domanda di partecipazione, eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria e diverse dichiarazioni).

In breve, la regolamentazione prospetta quei vincoli ed criteri ai quali le stazioni appaltanti, e la stessa Autorità, devono far riferimento, nella rispettiva compilazione di documenti di gara e bandi-tipo, ai fini della precisazione delle ipotesi legittime di esclusione.

La *ratio* è rintracciabile nell'esigenza di assicurare una reale deferenza dei valori comunitari di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, al fine d'impedire esclusioni fondate sull'inosservanza di ordini meramente formali, il cui rispetto non appaga alcun meritorio interesse pubblico. Dunque, allo scopo di garantire il rispetto del principio delle concorrenza, ridurre le liti nell'ambito dell'affidamento negli appalti pubblici e in

² cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009 e Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011

generale ridimensionare il potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici il legislatore ha puntato sulla tipizzazione tassativa delle cause di esclusione³.

Senza dubitare sui buoni propositi, la novella, tuttavia, non sembra eccellere per chiarezza. La conferma c'è data dalla presa di posizione dell'Avcp che, ancor prima della Determinazione n. 4/12, aveva elencato in apposito documento di consultazione le ipotesi non immediatamente rilevabili di violazioni del codice e del regolamento.

Le più accese dispute interpretative, in realtà, si sono concentrate sul significato della più generica locuzione "le altre disposizioni di legge vigenti", espressione "aperta" che richiama esplicite cause di esclusioni, rintracciabili nell'ordinamento e impiegabili immediatamente per tutte le gare ad evidenza pubblica.

Se il reale intento del legislatore era di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti, sembra lecito chiedersi perchè questi non abbia offerto dei parametri normativi più incisivi, tali da rendere effettivo l'impedimento di abusi ad opera delle stazioni appaltanti, e più dettagliati, tali da facilitare il compito di "tipizzazione" ex ante delle cause di esclusione ad opera dell'Autorità.

La disposizione è indiscutibilmente apprezzabile sotto un doppio punto di vista con riguardo vuoi alla redazione della documentazione di gara (attraverso regole tassative che rendono legittime le ipotesi di esclusione espressamente previste) vuoi alla valutazione *ex post* della condotta degli operatori, in quanto sancisce di attestare se siffatto comportamento, tralasciando la *lex specialis* di gara, dia luogo in ogni caso agli effetti di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e, di conseguenza, implichi l'eliminazione del concorrente. In aggiunta, essa tende a rinvigorire quel dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di cui si fa menzione all'articolo 46, comma 1, ove si recita che le

³ G. RICCARDO, *Urbanistica e appalti*, 2012, 1, p. 95: "L'art. 4, comma 1, lett. n) del decreto-legge n. 70 del 2011 impone l'obiettivo normativo di "tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara".

stazioni appaltanti « invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Così, per stessa volontà della norma, le prescrizioni che risultano "penalizzanti" nei bandi e in attrito con quelle ricavabili dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero non ricollegabili agli ulteriori casi accennati dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle, anziché annullabili. Ne deriva la non necessità di un annullamento giurisdizionale di clausole di bandi lettere di invito, recanti ipotesi illegittime di esclusione, in quanto immediatamente inefficaci e pertanto disapplicate dalla Commissione di gara⁴.

L'esigenza di "bandi-tipo" ad opera dell'Autorità è manifestata chiaramente nell'art. 64, comma 4 bis del Codice, in quanto l'art. 46, 1 comma bis, basa la validità dell'esclusione su una valutazione di tipo preventivo e generale e la *lex specialis* di gara necessita di una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti, tenute a motivare espressamente l'eventuali deroghe con la previsione di ulteriori ipotesi di esclusione.

La sanzione di nullità e la disapplicazione da parte della Commissione si riferiscono alle cause illecite escludenti inerenti all'offerta e al plico. Con riguardo ai casi in cui la Commissione non le disapplicasse o la nullità si riallacciasse a cause escludenti collegate alla violazione del Codice, del regolamento e della legge (per le quali non sussiste la diretta azione della Commissione), chi ricorre, potrebbe avvalersi dell'azione di nullità con termine decadenziale di 180 giorni (art.31, comma 4, c.p.a.).

Ai sensi del 1 comma bis risultano nulli, sin dall'inizio, i casi di estromissione non contenuti nella norma, in prossimo legame con la previsione "nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge", di cui al comma 1 dell'art. 21 septies della L. 241/1990⁵.

⁴ Cfr. *Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 28/01/2011 n. 1245 d.lgs 163/06 Articoli 64, 73 - Codici 64.1, 73.1* « Il canone dell'"utilità" delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, costituisce metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile, sicché in presenza della duplicità di prescrizioni e dell'inutilità di indicazioni già contenute nell'offerta (ovvero facilmente calcolabili con una semplice operazione aritmetica) la sanzione espulsiva prevista per la mancata compilazione, preordinata al solo raffronto visivo dei dati già contenuti nelle offerte e non rispondente ad un reale interesse sostanziale, deve ritenersi illegittimamente preclusiva della partecipazione di un aspirante in quanto in contrasto con i principi della ragionevolezza e della proporzionalità».

⁵ Si ricorda a riguardo che, una volta estromessa dal codice l'azione di accertamento, l'azione di nullità è stata inclusa nell'art. 31 che regola inoltre l'azione avverso il silenzio. Siffatta operazione ermeneutica trova spiegazione nel fatto che le due azioni appartengono al *genus* delle azioni di accertamento.

Ne deriva che la pubblica amministrazione appaltante che considera necessario l'inserimento di clausole ulteriori, legittime, ragionevoli, non sproporzionate e rispettose anche del principio della non discriminazione, deve comunque appurare che l'aggiudicataria sia nell'effettivo stato di realizzare la prestazione contemplata nella *lex specialis*. La giurisprudenza amministrativa, difatti, pacificamente aderisce al principio per il quale le formalità incluse nel bando di gara debbano rispettarsi se atte a proteggere il peculiare interesse dell'amministrazione alla *par condicio* dei concorrenti, valutandosi altrimenti come mere irregolarità nel caso in cui si verificasse un'eguale ed integrale soddisfazione di siffatti scopi. D'altronde la previsione di clausole sterili può recare una perdita per la stessa amministrazione che di fatto restringe la portata dei concorrenti.

3)Le soluzioni accolte dalla Determinazione n.4/12.

Attualmente quale causa di esclusione s'indica il difetto di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 del Codice, tralasciando le prescrizioni del bando di gara (cfr., ex multis, Cons. St., sez. III, n. 2557 del 4 maggio 2012). Le ipotesi considerate di cui all'art. 38 concernono tutti i contratti pubblici (art. 3, comma 3, del Codice), a prescindere dalla tipologia e dall'oggetto, dal suo valore e dalla procedura di scelta del contraente impiegata. L'estromissione dalla gara riguarda pure i soggetti per i quali sorgono ulteriori impedimenti ex lege relativi alla partecipazione alla gara o comunque alla sottoscrizione di contratti con soggetti pubblici (ad esempio nel caso in cui sia stata comminata la sanzione dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione).

Alcuni autori hanno ritenuto che con l'azione di nullità è introdotta nel processo amministrativo l'azione di accertamento autonomo a tutela dell'interesse legittimo; qualificazione quest'ultima che invece non ha avuto riscontro nei commentatori del codice a proposito dell'azione avverso il silenzio.

Nell'intento di dimostrare che si tratti di azione di accertamento autonomo si sottolinea che il ricorrente adisce il giudice non per impugnare un atto amministrativo ai fini dell'annullamento, secondo il modello processuale tipico del giudizio cassatorio, ma per ottenere declaratoria giudiziale di nullità del provvedimento che in quanto tale si rende improduttivo di effetti giuridici.

Giacchè la norma ricollega la dichiarazione di nullità a quelle "*previste dalla legge*", al fine di accertare le ipotesi di nullità da far valere con l'azione è necessario il richiamo all'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 che appunto codifica la nullità del provvedimento amministrativo, configurandolo nel "*provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*".

In forza del secondo comma il soggetto che concorre non è obbligato ad elencare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna né le condanne revocate né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Dunque si può pacificamente affermare che quali ragioni in sé di esclusione dalla procedura, in aggiunta al caso di falsità, sussistono l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi sulla scorta dell'art. 38 (così, parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74 e Cons. St., sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371); qualora mancanti, infatti, non possono prodursi successivamente (Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012). Ciò nonostante, di recente, la giurisprudenza ha ammesso che nel caso in cui l'amministrazione abbia offerto modelli per l'attestazione della condizioni di partecipazione, ipotetiche omissioni o errori non potrebbero arrecare danno ai concorrenti affidatisi alla correttezza e completezza del modulo predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012, n. 2973): in simili evenienze, a conclusione di una seria osservazione della situazione concreta, si può vagliare la possibilità di un'eventuale regolarizzazione. In aggiunta per i soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, se irreperibili o non disponibili, il legale rappresentante ha facoltà di dichiarare (art. 47 del d.P.R. n. 445/2000) "per quanto a propria conoscenza" il possesso dei requisiti richiesti, oltre ai dati anagrafici dei soggetti, dando così modo alle stazioni aggiudicatrici di compiere le necessarie verifiche.

Nell'eventualità della cessione di azienda o di ramo d'azienda, incorporazione o fusione societaria la società cessionaria, incorporante, o risultante dalla fusione, deve fornire dichiarazione in ordine al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice anche relativamente agli amministratori ed ai direttori tecnici operanti presso la società cedente, incorporata o le società fuse nell'ultimo anno ovvero cessati dalla relativa carica in tale periodo; tuttavia è sempre possibile dar prova della c.d. dissociazione (Cons. St., ad. plen., n. 10 e n. 21 del 2012).

4) Conclusioni.

Il lavoro dell'Autorità attualmente doveva essere proteso alla definizione dei bandi-tipo per categorie di appalti. Ci si potrebbe interrogare sul motivo per il quale l'organo di vigilanza non abbia direttamente proceduto, come richiesto dall'art. 64, comma bis, all'elaborazione di modelli peculiari differenziati per lavori, servizi e forniture. Nell'immediatezza, quindi, s'individua una mera base comune valevole in via trasversale.

Ad oggi ci si accontenta di un provvedimento dell'organo di vigilanza che mette in ordine, secondo un indice di gravità, le cause tassative di esclusione che sono individuate nei requisiti di ordine generale ex art. 38.

Si rammenta, per giunta, che, a partire dal 1 gennaio 2013, la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (istituita presso l'Autorità dall'art. 62-bis del dlgs 7 marzo 2005, n. 82) avrebbe dovuto acquisire la documentazione attestante il possesso dei requisiti ai fini della procedura di gara, prevedendo al momento l'obbligatorietà del meccanismo solo per il 10% delle imprese, delle amministrazioni aggiudicatrici e dei contratti, corrispondente al 75% degli importi. Nella realtà siffatta iniziativa attende ancora di essere realizzata.

Le perplessità sulla realizzazione degli auspici del "decreto- sviluppo" n.70/2011, mediante la tipizzazione effettuata dal bando-tipo, non mancano, sebbene si possa con certezza ritenere notevolmente ridimensionato il potere di esclusione in favore delle stazioni appaltanti e creato un quadro giuridico di riferimento, quale valido appoggio per chi sia interessato a ricorrere contro esclusioni immotivate.

In conclusione, con le disposizioni destinate a tipizzare le cause di esclusione alle gare, insieme a quelle che limitano il potere delle stazioni appaltanti attraverso la previsione di bandi-tipo (art. 64, comma 4-*bis*), si è perseguito oltre che l'obiettivo deflattivo del contenzioso, anche la finalità semplificatoria sul versante procedurale e la massima concorrenzialità a livello sostanziale.

Dunque, saggiata la delicatezza dell'argomento e considerata la volontà della legge (quindi nel rispetto delle indicazioni generali dell'AVCP) , rientra infine nelle cure della Stazione Appaltante individuare in maniera intellegibile i requisiti tecnici, la cui inosservanza è penalizzata con l'eliminazione dalla gara. E, sempre al fine di eludere l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta (art. 46, comma 1 bis D.lgs. 163/06), sull'Impresa partecipante incombe l'onere di predisporre un'offerta tecnica ossequiosa delle condizioni minime prestabilite.