

## **Il “nuovo” principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione dalle gare pubbliche.**

Con l'introduzione dell'art. 4 del Decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (convertito con modifiche in Legge 12 luglio 2011 n. 106), il legislatore ha posto in essere una piccola rivoluzione nel settore degli appalti pubblici.

Il menzionato art. 4 è stato rubricato riduttivamente “*costruzione delle opere pubbliche*”, ma in realtà riguarda in larga misura un oggetto molto più ampio, comprensivo di tutti i contratti pubblici (ivi compresi ovviamente quelli di servizi e forniture) disciplinati dal D.Lgs. 163/06 (Codice dei contratti pubblici).

Esso si propone obiettivi precisi, espressamente elencati dall'art. 4, comma 1 (lettere da a) ad r), del D.L. 70/11 citato, tra i quali spicca la semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti, nonché la riduzione del contenzioso.

Tra le misure preordinate al conseguimento di tali finalità, che potremmo definire “trasversali” (in quanto riferite a tutti i contratti pubblici, indipendentemente dal loro oggetto), pare rimarchevole l'introduzione espressa e puntuale del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione dalle gare (previsto dall'art. 4, comma 1, lett. n) e comma 2, lett. d), che ha aggiunto il comma 1bis all'art. 46 del D.Lgs. 163/06).

Si tratta di principio di origine pretoria, ben noto agli operatori del settore. Esso, infatti, è stato negli anni passati variamente declinato dalla costante e pacifica giurisprudenza amministrativa.

La quale ha sempre tentato di operarne un bilanciamento e una sintesi con gli altri rilevanti principi del settore, quali ad esempio la *par condicio*, la massima partecipazione, la trasparenza e il c.d. “auto vincolo” amministrativo.

Sicché, anche nelle pronunce più risalenti, può rinvenirsi l'affermazione che, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, vige il principio generale della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella *lex specialis* (cfr. ad esempio T.A.R. Lazio, Sez. I, 21 luglio 1997 n. 1157).

Da tale principio la giurisprudenza ha tratto due ordini di conseguenze.

Ed, infatti, da un lato, si è ritenuto che la tassatività delle clausole di esclusione comporti che l'Amministrazione è tenuta inderogabilmente a farne applicazione, non residuando in capo ad essa alcun margine di discrezionalità. Il che significa che, a fronte di una causa di esclusione inequivoca, prevista espressamente in caso di inosservanza di una determinata prescrizione, anche a valenza meramente formale, il concorrente che risulti inadempiente non potrà che essere espulso dalla procedura (in attuazione dei principi di *par condicio* e di c.d. auto vincolo amministrativo) (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 marzo 2010 n. 1331).

D'altro lato, si è specularmente ritenuto che, in ossequio al dovere del *clare loqui*, le cause di esclusione debbano essere indicate in modo tassativo nel bando di gara e che, laddove manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo dell'esclusione, varrà per l'amministrazione il principio della più ampia (o massima) partecipazione alla gara, allo scopo di garantire il migliore risultato per l'amministrazione stessa (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 22 aprile 2010 n. 1192).

Ora il suddetto principio di tipicità delle cause di esclusione è stato recepito dal legislatore ed è stato elevato, dunque, a norma primaria, con il condivisibile intento di superare l'eccesso di formalismo che ha sin qui caratterizzato larga parte delle procedure di evidenza pubblica e di ridurre, di conseguenza, anche il contenzioso giurisdizionale, limitando notevolmente la cosiddetta "caccia all'errore" che, da tempo, è stata stigmatizzata dalla giurisprudenza (cfr. ad esempio T.A.R. Roma, Lazio, Sez. III, 7 ottobre 2011 n. 7785).

La novità principale, come vedremo, consiste nella previsione di una di riserva di legge. Nel senso che le cause di esclusione potranno essere solo quelle individuate dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, oltre che da altre fonti primarie dell'ordinamento. Sicché risulta notevolmente ridimensionata la discrezionalità delle Pubbliche amministrazioni, che in sede di predisposizione dei bandi e delle lettere di invito alle procedure di evidenza pubblica, non potranno concepirne di nuove e diverse.

In tale ottica, il suddetto principio è stato favorevolmente salutato anche dalle prime sentenze dei Giudici amministrativi, nelle quali si è sottolineato come lo stesso si muova nell'ottica comunitaria di

favorire la prevalenza della sostanza sulla forma (cfr. T.A.R. Roma, Lazio, Sez. III, 7 ottobre 2011 n. 7785 cit.).

Nondimeno, la formulazione della nuova norma non pare priva di ombre.

Si può in primo luogo rilevare che, tra il comma 1, lett. n), dell'art. 4 del D.L. 70/11 e il comma 2, lett. d) del medesimo art. 4, che ha introdotto il comma 1bis all'art 46 del D.lgs 163/06, sussiste una evidente discrasia.

Infatti, il comma 1 lett. n) prevede la *“tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”*.

Dunque, tale disposizione prospetta l'esigenza che le cause di esclusione siano espressamente elencate nel Codice dei contratti e nelle ulteriori fonti normative ivi elencate.

Per contro, il “nuovo” art. 46, comma 1bis, del Codice, prevede che *“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”*.

Sicché esso contempla la sanzione dell'esclusione ancorandola al mancato adempimento di “prescrizioni”, che non necessariamente devono essere accompagnate dall'espressa comminatoria di esclusione.

Il contrasto tra le due richiamate previsioni dovrebbe essere risolto a favore di quest'ultima. Infatti, l'art. 4 del D.L. 70/11, al comma 1, sembra limitarsi ad una (per vero singolare) elencazione di obiettivi da raggiungere, privi di autonomo carattere cogente. Infatti, a tale elencazione pare doversi al più riconoscere una valenza di ausilio all'interpretazione delle successive disposizioni.

La disciplina della materia è contenuta nel comma 2 dell'art. 4 cit., dal quale discendono le modifiche del Codice dei contratti. Sicché esso, in caso di contrasto, pare prevalere sul comma 1.

Peraltro, da tale conclusione derivano ulteriori problemi interpretativi. Infatti, il riferimento, presente nel nuovo art. 46, comma 1bis, del Codice, al mancato adempimento alle prescrizioni *“previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti”*, comporta la necessità di individuare di volta in volta quali siano tali prescrizioni.

Non vi sono problemi laddove il Codice dei contratti preveda espressamente la sanzione dell'esclusione (cfr. ad esempio, gli artt. 37, commi 9 e 10, a proposito del divieto di qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta; cfr. l'art. 38, a proposito del mancato possesso dei requisiti di ordine generale ivi indicati; cfr. l'art. 49, commi 3 e 8, per il caso di false dichiarazioni dell'ausiliaria o di avvalimento multiplo).

Peraltro, occorre considerare che il Codice dei contratti (così come il relativo regolamento di attuazione e le altre "disposizioni di legge vigenti") contemplano diverse "prescrizioni" che, ancorché non accompagnate dall'espressa sanzione dell'esclusione, non pare che possano essere violate senza che da ciò discenda l'esclusione dalla gara.

Ad esempio, in base all'art. 40, comma 1, del D.Lgs. 163/06, i soggetti esecutori a qualunque titolo di lavori pubblici devono essere qualificati in base all'apposito sistema di qualificazione S.O.A. (di cui al d.P.R. 34/2000). Tale previsione non è espressamente sanzionata con l'esclusione e, nondimeno, non può certo dubitarsi che l'assenza di qualificazione determini necessariamente l'esclusione dalla gara, per difetto di un requisito avente portata imperativa ed inderogabile.

Analogamente, in tema di associazioni temporanee di imprese e di consorzi, l'art. 37, comma 4, impone l'obbligo di specificazione delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati, senza prevedere alcuna espressa sanzione di esclusione, in caso di mancato adempimento di tale onere. Nondimeno deve ritenersi che l'inosservanza di tale obbligo determini l'esclusione, come costantemente affermato dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I 18 marzo 2011, n. 1498). Rilievi analoghi potrebbero essere estesi, ad esempio, anche agli obblighi (o ai divieti) previsti dall'art. 37, commi 7 e 13 (sempre in tema di A.T.I.) o dall'art. 75 in tema di costituzione della cauzione provvisoria.

E' evidente, dunque, che l'attuale formulazione dell'art. 46, comma 1bis, D. Lgs. 163/06 demanda in definitiva all'interprete la concreta individuazione delle prescrizioni che, indipendentemente dalla loro formulazione, sottintendano precetti imperativi e di ordine pubblico, tali da giustificare la sanzione espulsiva in caso di loro violazione.

Il che vale anche per l'ulteriore previsione ivi contenuta, secondo cui, in ogni caso, l'esclusione dalle procedure di evidenza pubblica è disposta anche *“nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte”*.

Infatti, mentre le ipotesi di violazione del principio di segretezza non sembrano di difficile individuazione, potrebbero registrarsi maggiori difficoltà a proposito delle fattispecie di *“incertezza assoluta”* del contenuto e della provenienza dell'offerta o di difetto di *“elementi essenziali”* della stessa: si tratta, infatti, di concetti che si prestano a divergenze interpretative e la cui elaborazione concreta, in definitiva, non può che essere demandata alla giurisprudenza.

Peraltro, il legislatore ha previsto che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si dia carico di approvare degli appositi modelli di bandi – tipo, che devono contenere anche *“l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1bis”* (cfr. art. 64, comma 4bis, D.Lgs. 163/06, introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. h), D.L. 70/11) e che dovrebbero semplificare il quadro di riferimento.

In attesa di tale approvazione, qualche indicazione operativa può già essere ricavata dalle prime pronunce dei Giudici amministrativi, che hanno applicato il nuovo art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/06.

E' stato, ad esempio, ritenuto che la presentazione di una cauzione provvisoria per un importo garantito inferiore a quello dovuto in base al bando non possa costituire causa di esclusione (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 novembre 2011 n. 1659 e 13 settembre 2011 n. 1376, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 22 settembre 2011 n. 1396).

O, ancora, è stato giudicato che la mancata produzione in sede di gara delle referenze bancarie non possa essere sanzionata con l'espulsione dalla procedura (T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 9 novembre 2011 n. 632).

E' stata per converso giudicata legittima la clausola del disciplinare che richiedeva, a pena di esclusione, che l'offerta fosse sottoscritta o siglata in ogni pagina dal legale rappresentante dell'impresa, trattandosi di ipotesi espressamente prevista dal novellato art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/06.

La giurisprudenza ha anche già avuto modo di precisare che l'introduzione dell'art. 46, comma 1bis, non preclude alle Stazioni appaltanti di fissare in sede di *lex specialis* della gara requisiti specifici e rigorosi a dimostrazione della capacità tecnica dei concorrenti, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara (C. di Stato, Sez. VI, ordinanza 14 settembre 2011 n. 3932, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 novembre 2011 n. 1510).

Tale orientamento si basa sul rilievo che i requisiti di partecipazione, purché naturalmente risultino proporzionati e ragionevoli, appartengono alla categoria degli "*elementi essenziali*" la cui mancanza, in base all'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/06, può legittimamente condurre all'esclusione dalla procedura.

Resta solo da evidenziare che l'ultima parte del più volte citato art. 46, comma 1bis, prevede espressamente che "*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Tale precisazione ha importanti ripercussioni, dovendo essere letta in combinato disposto con l'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 104/10). Il quale prevede che la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge è soggetta ad un termine di decadenza di centottanta giorni e che, in ogni caso, la nullità dell'atto amministrativo può sempre essere opposta dalla parte resistente o rilevata d'ufficio dal giudice.

Si tratta di un regime, sostanziale e processuale, che rende senz'altro più agevole la tutela giurisdizionale dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica e che, dunque, non può che essere visto con favore.

Avv. Luca Griselli  
(Studio legale Griselli Salina)

Publicato sulla Rivista "Teme" (Mensile di tecnica ed economica sanitaria) n. 1/12