

Note di aggiornamento al d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. decreto sviluppo 2011)

Con l'art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - *Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia* (c.d. decreto sviluppo 2011) - pubblicato nella G.U. n. 110 del 13 maggio 2011 ed entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione - che nel prosieguo indicheremo semplicemente come «decreto», il Governo ha inteso intervenire con lo strumento della decretazione d'urgenza sulla disciplina dei contratti pubblici ed in particolare su quella dei lavori.

Le modifiche al procedimento di affidamento degli appalti di lavori sono molteplici e rilevanti.

Prima di enumerarle, e illustrarle sinteticamente, è opportuno richiamare l'attenzione sullo strumento adottato per la loro introduzione.

L'art. 77, c. 1 Cost. definisce i decreti-legge «*provvedimenti provvisori con forza di legge*» i quali, a norma del successivo c. 2, «*perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*».

In sede di esame del disegno di legge di conversione, inoltre, i due rami del Parlamento possono introdurre modifiche al testo del decreto-legge presentato per la conversione. Tali modifiche, una volta approvate, ne integreranno il testo e, ai sensi dell'art. 15, c. 5 l. 400/88, avranno «*efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente*».

La conseguenza pratica dell'adozione dello strumento della decretazione d'urgenza, quindi, è che una stazione appaltante che conformasse immediatamente i propri atti di gara al decreto non avrebbe alcuna certezza di concludere il procedimento con le stesse regole che ha inizialmente applicato.

Entrando nel merito del decreto, evidenziato che esso contiene, oltre a talune disposizioni autonome, modifiche sia al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006, nel prosieguo semplicemente «Codice»), sia al relativo regolamento attuativo di prossima entrata in vigore (d.P.R. 207/2010, nel prosieguo semplicemente «Regolamento»), è possibile enumerare le innovazioni al procedimento di affidamento degli appalti di lavori pubblici, le quali determinano:

- l'introduzione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, esteso anche ai settori speciali (artt. 46, c. 1-bis e art. 206 del Codice);

- il deferimento all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) della predisposizione di bandi-tipo e di modelli di dichiarazioni relativamente vincolanti per le stazioni appaltanti;
- l'obbligo di conferimento alla «Banca dati nazionale dei contratti pubblici» (BDNCP) presso l'Avcp della documentazione ricevuta dai concorrenti in sede di verifica dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, a campione e successiva, prevista dall'art. 48 del Codice con facoltà per la stazione appaltante di provvedere d'ufficio alle verifiche previste dallo stesso art. 48, ove la relativa documentazione sia disponibile e, deve sottendersi, pertinente e aggiornata;
- la generalizzazione, anche nei lavori, del ricorso alla procedura negoziata in caso di «gara deserta»;
- la generalizzazione nei lavori della facoltà di scorrimento della graduatoria in caso di risoluzione del contratto anche in caso di mancata previsione nel bando di gara. Si tratta comunque di una facoltà anche se nel primo comma dell'art. 4 del decreto essa è definita come «obbligo»;
- l'elevazione ad un milione di euro dell'importo per l'affidamento dei lavori con procedura negoziata con modalità diversificate per i lavori di importo sino a 500 mila euro e pari o superiore a 500 mila euro;
- l'elevazione ad un milione e cinquecentomila euro dell'importo dei lavori affidabili con procedura ristretta semplificata;
- l'uniformazione dei limiti di affidamento con procedura negoziata e con procedura ristretta semplificata sia dei lavori ordinari, sia di quelli relativi ai beni culturali;
- la previsione della facoltà, sino al 31 dicembre 2013, del ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale sino al limite d'importo della soglia comunitaria;
- l'estensione, mediante modifiche all'art. 357 del Regolamento, del periodo transitorio di vigenza delle norme relative al sistema di qualificazione SOA e alle relative categorie e classifiche;
- la previsione, nella finalità di semplificare le verifiche antimafia, dell'«elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso» (applicabile anche ai lavori nonostante la sua denominazione apparentemente limitativa) la cui portata, tuttavia, non sembra estendersi anche ai tentativi di infiltrazione mafiosa, così che essa sembra, piuttosto, l'evoluzione del sistema del c.d. certificato camerale recante la dicitura antimafia ai sensi dell'art. 9 d.R.R. 252/98.

Il decreto, infine, modifica l'art. 38 del Codice relativo ai requisiti di ordine generale intervenendo sulle c.d. cause di esclusione e sulla loro documentazione.

Le principali modifiche investono:

- l'estensione, nell'ambito delle fattispecie previste alle lett. b) e c) del primo comma, della rilevanza delle fattispecie stesse anche per il per tutti i soci nelle

società in nome collettivo, nonché per il socio unico (ovvero per il socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci), relativamente alle società diverse da quelle in nome collettivo e in accomandita semplice;

- la definizione, già oggetto di scrutinio giurisprudenziale, dell'irrelevanza, anche ai fini dell'obbligo dichiarativo dei concorrenti, delle condanne revocate o rispetto alle quali sia intervenuta depenalizzazione, riabilitazione ovvero il cui reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna;
- la riduzione da tre ad un anno del periodo di rilevanza della posizione dei soggetti cessati dalla carica ed una nuova formulazione circa le misure di dissociazione richieste ai concorrenti rispetto alla condotta dei soggetti cessati;
- la ridefinizione della portata, anche temporale, dell'esclusione per violazione del divieto di intestazione fiduciaria;
- la delimitazione della rilevanza delle violazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti dai rapporti di lavoro alle sole violazioni gravi e definitivamente accertate, che nel regime previgente dovevano essere solo debitamente accertate, con la previsione, nel comma 2, pressoché completamente riscritto, delle violazioni che devono ritenersi gravi;
- la delimitazione della rilevanza delle violazioni in materia di imposte e tasse alle sole violazioni gravi, sempre definitivamente accertate, con la previsione, nel comma 2, delle violazioni che assumono tale carattere di gravità;
- la delimitazione della rilevanza ai soli casi di dolo o colpa grave, la cui valutazione è rimessa all'Avcp, dei casi di falsa dichiarazione o falsa documentazione presentate in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, e la conseguente limitazione delle posizioni incidenti a quelle iscritte nel casellario informatico;
- la soppressione, relativamente alle vittime di reati concussione o estorsione (c.d. norme antiracket), della previsione, contenuta nel previgente regime, della rilevanza della fattispecie «*anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa*» ai sensi della lett. b) del primo comma del medesimo art. 38;
- la precisazione che l'esenzione dalle cause di esclusione per le aziende sottoposte a sequestro o confisca e affidate ad un custode o amministratore giudiziario si applica solo a quelle antecedenti all'insediamento del medesimo custode o amministratore;
- la semplificazione degli adempimenti a carico dei concorrenti in materia di controllo o altre situazioni rilevanti con altri partecipanti alla medesima gara (lett. m-quater) mercé l'eliminazione dei previgenti oneri documentali e formali (presentazione dei documenti in busta chiusa) e la loro sostituzione con apposite

dichiarazioni da allegarsi, si deve intendere, unitamente alle altre previste per la partecipazione.

Nel rinviare per un ancor maggiore dettaglio della novella allo specifico documento illustrativo, è opportuno soffermare l'attenzione su alcuni aspetti che si rivelano, già ora, problematici.

Ci riferiamo, in primo luogo, al **principio di tassatività delle clausole di esclusione**.

Tale principio è stato introdotto con l'aggiunta all'art. 46 del Codice (che a tal fine ha mutato anche la propria rubrica) del comma 1-bis la cui applicazione si estende ad ogni tipo di procedimento di affidamento sia sopra che sotto soglia ed anche, per effetto del richiamo operato nell'art. 206 del Codice, ai settori speciali.

Ai sensi della disposizione appena richiamata *«la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*.

Nei settori ordinari, la norma si completa necessariamente con la disposizione contenuta nel comma 4-bis aggiunto dal decreto all'art. 64 del Codice ai sensi del quale *«i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo»*.

La norma sulla tassatività delle clausole di esclusione, di immediata applicazione, non è stata condizionata nella sua efficacia all'emanazione dei bandi-tipo anche se è auspicabile attendersi che gli stessi vengano resi disponibili entro la conversione, e quindi la piena operatività, del decreto.

L'emanazione dei predetti bandi-tipo, tuttavia, pur determinando, ai sensi dell'art. 64, c. 4-bis del Codice, la precisazione generalizzata delle predette cause tassative di esclusione non appare esaustiva.

Essa, infatti, se risolve, o quantomeno si avvia a risolvere, il problema delle cause di esclusione da indicarsi espressamente come tali nella *lex specialis* della gara, non esaurisce il tema dell'esclusione dei concorrenti considerato che il potere-

dovere di esclusione è esercitabile, da parte della stazione appaltante, o per essa ad opera del seggio di gara, indipendentemente dalla previsione nella *lex specialis* (bando o invito) di una clausola espressa in tal senso ove ricorrano i presupposti di doverosità che impongano di sacrificare il concorrente interesse alla massima partecipazione (c.d. *favor participationis*).

Tali presupposti, peraltro, secondo la pacifica giurisprudenza, non sono altro che l'attuazione dei principi costantemente richiamati nel Codice ed in particolare quelli di trasparenza e di parità di trattamento (*par condicio*).

La sintassi adottata dal legislatore, peraltro, con l'impiego del termine «*prescrizioni*» in luogo di «*norme*» o «*disposizioni*» sembrerebbe lasciar intendere che siano escludenti solo le violazioni alle norme (del Codice, del Regolamento o di altre disposizione di legge vigenti, con esclusione quindi delle norme derivanti da fonti sub-legislative), che espressamente prevedano tale sanzione ovvero prevedano un comportamento doveroso inderogabile da parte del candidato o del concorrente.

Peraltro, nel primo comma dell'art. 4 del decreto, che rappresenta in qualche misura la premessa e la motivazione della novella, viene preannunciato, in riferimento al principio di tassatività, che esso determina la «*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*» con un incedere che, se parametrato al testo della norma cogente non contribuisce a chiarire l'ambito di estensione del principio.

Va notato, in termini generali, che il Codice ha adottato, in materia, una diversa filosofia che il decreto, pur introducendo una norma della portata di quella in commento, non ha scalfito completamente, lasciando in vita le norme che tale filosofia attuano.

Al cospetto, infatti, di un gruppo minoritario di prescrizioni direttamente escludenti presenti nel Codice, nel Regolamento o in altre disposizioni direttamente applicabili (es. assenza dei requisiti di ordine generale, mancata conferma dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in sede di verifica a campione o successiva; violazione del divieto di simultanea partecipazione del consorzio stabile o di quello cooperativo e della consorziata indicata; raggruppamento o consorzio ordinario concomitante o successivo all'impegno presentato in sede di offerta; dichiarazione mendace dell'ausiliaria in caso di avvalimento; informative prefettizie in ordine a tentativi di infiltrazione mafiosa) e di adempimenti chiaramente doverosi (obbligo di sottoscrizione delle domande e delle offerte, peraltro richiamato espressamente nella disposizione in commento; redazione dell'offerta a prezzi unitari) le norme del Codice prevedono,

piuttosto, significativamente nelle disposizioni relative alle domande di partecipazione e alle offerte, il conferimento alla stazione appaltante di un «potere di prescrizione» che, ad una prima lettura, pare di segno diametralmente opposto al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Se è vero, infatti, che talune situazioni critiche sembrano risolvibili sulla base della seconda parte della disposizione in commento (*«nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte»*) così che, ad esempio, dovrebbe trovare sanzione la mancata dicitura delle buste contenenti le offerte che è essenziale per l'ordinato svolgimento delle operazioni di gara, altre situazioni escludenti, come l'arrivo in ritardo del plico contenente l'offerta, potrebbero non trovare copertura.

Lo stesso rilievo può estendersi a tutto il corredo documentale delle domande di partecipazione e delle offerte, sia tecnica che economica, che il legislatore rimette tuttora nel Codice e nel Regolamento alla sfera di discrezionalità della stazione appaltante nel rispetto dei consueti canoni di ragionevolezza, pertinenza e proporzionalità.

Va evidenziato, inoltre, come talune situazioni escludenti siano pacificamente tali ancorché non definite in termini espressi e ci si riferisce alle conseguenze delle informative supplementari (o atipiche) antimafia che, per loro natura (v. da ultimo T.A.R. Calabria, sez. stacc. Reggio Calabria, sez. I, 4 maggio 2011, n. 372), determinano l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità della stazione appaltante.

Anche il tema su cui maggiormente si sofferma la disposizione in commento, le esclusioni per le irregolarità relative alla chiusura dei plichi, viene di fatto rimesso al prudente apprezzamento della stazione appaltante o, per essa, del seggio di gara. Tali irregolarità, infatti, secondo quanto prescritto, rilevano ai fini dell'esclusione solo quando siano *«tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte»*. In proposito, tralasciando i casi di palmare evidenza, come quello del plico aperto o pervenuto lacerato, il rinvio alle circostanze concrete pare rinviare ad una sorta di indagine sull'avvenuta violazione che è, invece, evitata proprio dai presidi normalmente utilizzati. Tuttavia, malgrado l'incedere della norma, la stessa pare piuttosto, anche nel contesto esemplificativo in cui è inserita, invocare l'utilizzo dei normali poteri istruttori in modo da evitare qualsiasi presunzione basata su di un dato meramente formalistico quale l'assenza o l'irregolare sigillatura, laddove, in concreto, i plichi pervengano integri e sembra quindi accogliere un orientamento giurisprudenziale, sinora minoritario (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 21 maggio 2010, n. 2429; id. 5

luglio 2010, n. 2985), ma comunque assai argomentato in ordine alle ragioni sostanziali dell'ammissione.

In attesa che i bandi-tipo risolvano, con l'esperienza e l'autorevolezza dell'Avcp, in larga parte questo problema, non può che consigliarsi un atteggiamento assai cauto il quale, sostanzialmente, anticipi quell'onere motivazionale nella determinazione di contrarre, che la novella del Codice prevede con l'aggiunta del comma 4-bis dell'art. 64 del Codice, solo in caso di deroga agli stessi bandi-tipo.

Sotto altro aspetto, va infine notato che, al di là della formulazione utilizzata dal legislatore, il potere di esclusione della stazione appaltante deve comunque essere orientato, stanti i continui richiami della giurisprudenza amministrativa (v. per tutte Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224 e, più recentemente, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7525), alla stretta osservanza del principio di legalità ritraibile dall'art. 97 Cost. e al disfavore verso le formalità inutili i quali, a ben vedere, sembrano il vero obiettivo della disposizione in commento.

Per quanto attiene, invece, alla sostanziosa novella apportata all'art. 38 del Codice in ordine ai **requisiti di ordine generale**, va solo notato che essa in buona parte recepisce le interpretazioni dell'Avcp e della più recente giurisprudenza e va quindi obiettivamente nel senso della semplificazione del procedimento specie laddove circoscrive i margini di valutazione in ordine alla gravità di taluni adempimenti (in materia di sicurezza sul lavoro e imposte) e chiarisce la sorte dei reati irrilevanti definiti tali in virtù della c.d. interpretazione sostanzialistica del giudice amministrativo.

Residuano talune difficoltà applicative ingenerate anche dal principio di tassatività delle cause di esclusione su cui ci si è soffermati in precedenza.

In particolare, non risulta espressamente sanzionato - benché ciò sia deducibile dalla previsione nel comma 1-ter (introdotto dal decreto) di uno specifico obbligo di segnalazione all'Avcp - il mendacio commesso nella stessa gara.

Eguale, al cospetto delle modifiche apportate alle lett. b) e c) dell'art. 38, c. 1, non risulta chiarita la posizione dell'istitutore il quale, pur non essendo espressamente ricompreso tra i soggetti rilevanti, è ritenuto tale dalla giurisprudenza prevalente (v. per tutte Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524).

Va inoltre chiarita la portata, sempre nell'ambito della novella alla lett. b) dell'art. 38, c. 1, lett. c), relativamente ai soggetti cessati dalla carica della «*completa ed effettiva dissociazione*» rispetto ai previgenti «*atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata*». L'introduzione del termine «*effettiva*», accompagnata dalla soppressione del termine «*atti*», interpretata alla luce delle generali finalità semplificatorie del decreto, sembra dover far preferire l'interpretazione per cui tale dissociazione non debba essersi necessariamente concretizzata in atti formali, ed in particolare nell'avvio di un'azione di

responsabilità, con rimessione alle valutazioni della stazione appaltante in ordine all'effettività della stessa.

Un ulteriore profilo di riflessione indotto dalla novella investe le c.d. misure antirackett oggetto della lett. m-ter dell'art. 38, c. 1.

L'eliminazione dell'inciso «*anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste*» ad opera del decreto, infatti, può essere interpretata in due modi opposti.

Nell'un caso si potrebbe ritenere che si sia inteso ricondurre la fattispecie a quella della lett. b) del medesimo comma e che quindi si tratti di una sottospecie di quella previsione così che non potrebbe escludersi il concorrente vittima di reato che non sia oggetto anch'egli oggetto «*di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste*» e tale interpretazione appare corroborata dal mantenimento, quale *incipit* della causa di esclusione in esame, della frase «*di cui alla precedente lettera b)*».

Nell'altro caso dovrebbe attribuirsi alla novella il ruolo di mera correzione formale assumendo comunque rilevanza il comportamento della vittima che non possa opporre le esimenti ivi previste indipendentemente da un suo coinvolgimento attivo tale da determinare quantomeno l'avvio del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione.

La prima interpretazione, sulla base del dato meramente testuale, sembra da preferirsi anche se essa determina non poche perplessità anche in ordine all'utilità di una specifica causa di esclusione, considerato che, per il principio di sufficienza delle cause di esclusione, nel caso in cui il soggetto fosse interessato da una delle situazioni previste dalla lett. b), la sua esclusione sarebbe dovuta indipendentemente dal ruolo assunto, cioè di vittima non denunziante ovvero di soggetto attivo. Va rimarcato, peraltro, come l'interpretazione della causa di esclusione in esame sia rimessa, sostanzialmente, all'Avcp posto che la stazione appaltante non potrà fare altro, come nel previgente regime, che attenersi al contenuto dell'eventuale iscrizione rinvenuta nell'Osservatorio.