

CERTEZZA DELLE REGOLE E TUTELA GIURISDIZIONALE NEL SETTORE DELLE PUBBLICHE GARE

Serpeggia nei discorsi politici, con riflessi talvolta anche sul fronte normativo, un atteggiamento di sfiducia nei confronti della idoneità del giudice amministrativo a garantire il rispetto delle regole senza nel contempo sacrificare la capacità della pubblica amministrazione di raggiungere in maniera efficace e tempestiva i risultati che essa si prefigge.

Sebbene tale atteggiamento costituisca più il frutto della enfattizzazione mediatica di casi sporadici che la rappresentazione di una situazione reale, esso ispira sovente una risposta legislativa che finisce per inficiare proprio alcune delle condizioni essenziali per garantire la competitività delle imprese e l'*appeal*, anche nei confronti degli operatori economici stranieri, delle procedure di evidenza pubblica, ovvero la certezza e la chiarezza delle regole che presiedono al loro svolgimento.

Tratterò sinteticamente, a dimostrazione di ciò, delle due disposizioni recentemente introdotte dal legislatore al fine di improntare le procedure di gara a criteri di minore formalismo, a tutto vantaggio – almeno nella *intentio legis* - dell'ampliamento della platea dei concorrenti e della contestuale riduzione del tasso di conflittualità processuale.

Viene in rilievo in primo luogo il disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante esclude i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, con la corrispondente previsione di nullità delle "ulteriori prescrizioni a pena di esclusione" contenute nei bandi e nelle lettere di invito.

La *ratio* della norma è chiara: circoscrivere la sanzione di esclusione alla sola ipotesi di inosservanza di regole preesistenti al potere di regolazione dello specifico procedimento di gara che la stazione appaltante esercita mediante la formulazione della *lex specialis*.

E' dubbio, tuttavia, che il sostanziale svilimento della *lex specialis* che ne consegue, dovendo essa esaurirsi nella mera riproduzione di norme di legge o di regolamento con finalità non più regolativa ma meramente conoscitiva, si risolva realmente in una garanzia di maggiore certezza delle regole disciplinatrici del procedimento di evidenza pubblica: basti citare il recente "caso" giurisprudenziale degli oneri di sicurezza cd. aziendali o interni, ovvero una fattispecie in cui la causa di esclusione trova, o meglio troverebbe fondamento in una disposizione espressa di legge, ma in relazione alla quale si è reso però necessario un duplice intervento interpretativo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato al fine di chiarire se, sulla scorta degli

artt. 87, comma 4, e 86, comma 3 bis, del codice dei contratti pubblici, la relativa indicazione da parte dei concorrenti debba ritenersi o meno obbligatoria.

Nemmeno può trascurarsi, nel valutare complessivamente l'opportunità sul piano politico-legislativo della disposizione, un suo possibile effetto "perverso", potendo essa disincentivare le stazioni appaltanti dalla predisposizione della *lex specialis* con la dovuta accuratezza, facendo leva sul carattere etero-integrativo delle norme di legge e della necessità di rifarsi in ultima analisi ad esse, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, al fine di individuare le regole che presidiano allo specifico procedimento di gara.

Né meno importanti sono i risvolti della questione sul piano processuale, laddove la suddetta degradazione funzionale della *lex specialis* non può non accompagnarsi allo smarrimento progressivo del suo tradizionale ruolo di elemento cardine dell'affidamento delle imprese nella individuazione delle regole da osservare per partecipare validamente alla gara, ruolo che in passato ha ispirato in larga parte la giurisprudenza amministrativa: e di tale non proprio entusiasmante evoluzione vi è traccia proprio nelle pronunce che si sono occupate del tema degli oneri di sicurezza, le quali hanno affermato che è del tutto irrilevante, ai fini della tutela della buona fede del concorrente che abbia ommesso di indicarli, la mancata previsione del relativo onere da parte del bando di gara.

Né potrebbe sostenersi che la *lex specialis* recuperi la sua centralità come fonte di norme secondarie o sanzionatorie, quelle cioè che prevedono per quali inosservanze legali è comminata la sanzione dell'esclusione, ove si consideri che, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai maggioritario, l'esclusione dalla gara può disposta sia nel caso in cui il codice o il regolamento attuativo la prevedano espressamente, sia nell'ipotesi in cui essi impongano "adempimenti doverosi", pur senza che esse o il bando prevedano espressamente l'esclusione.

Se il discorso potesse esaurirsi qui, si tratterebbe per il giudice semplicemente di prendere atto della avvenuta trasformazione dello strumentario giuridico, a cominciare dalla *lex specialis*, ricalibrando in relazione ad essa le *rationes decidendi* fin qui sperimentate.

Tuttavia, a complicare il quadro, sovviene l'ovvia considerazione della incomprimibilità, almeno in forma assoluta, della funzione gius-creativa della *lex specialis*: le stesse norme di legge, le quali dovrebbero fungere da parametro esclusivo di disciplina del procedimento di gara, prevedono infatti che essa si espliciti in alcuni domini non secondari, come ad esempio la fissazione delle specifiche tecniche della prestazione che deve essere fornita dai concorrenti, onde adeguarla alle specifiche finalità perseguite in concreto dalla stazione appaltante.

Se poi si considera che la legge, nel riferirsi testualmente al “mancato adempimento” di prescrizioni, sembra alludere ad incumbenti di carattere documentale o dichiarativo, come emerge da quelle massime che affermano che la disposizione “mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi, che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali”, ne deriva che la *lex specialis* conserva intatta la capacità di prevedere, ad esempio, requisiti di ammissione ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, purché rispettosi dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Ne consegue che, in relazione a tali non secondari ambiti, la *lex specialis* conserva intatta la sua capacità regolatrice, riaprendosi in conseguenza gli spazi entro i quali rivive, anche nel contesto giurisdizionale, la tutela dell’affidamento maturato dai concorrenti sulla scorta delle relative clausole e, con essa, la valenza dei connessi principi interpretativi: quale ad esempio quello di *favor participationis*, nell’ipotesi di clausole formulate in maniera ambigua od incerta.

Consegue insomma, da tale frastagliato e niente affatto lineare contesto, che la stazione appaltante prima, le imprese poi e, da ultimo, il giudice amministrativo, dovranno discernere attentamente l’area in cui la *lex specialis* esercita pienamente la sua funzione di disciplina del procedimento di gara, da quella in cui essa ha funzione meramente notiziale di norme ad essa esterne e preesistenti, diversi essendo i principi regolatori delle controversie insorgenti al riguardo.

Analizziamo adesso brevemente il disposto dell’art. 46, comma 1 *ter*, secondo cui le disposizioni di cui all’articolo 38, comma 2 *bis*, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Giova sottolineare che, ai sensi del richiamato art. 38, comma 2 *bis*, “la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”.

Le norme, pur apprezzabili nell’ottica del *favor participationis*, sembrano porsi per certi aspetti in contrasto con il principio, non meno importante, della effettività della tutela giurisdizionale: infatti, il ricorso proposto avverso l’ammissione di una impresa

che abbia presentato un'offerta carente sotto profili di carattere essenziale si presta ad avvantaggiare, più che l'impresa che lo ha proposto, la stazione appaltante, che esercitando il soccorso istruttorio potrà beneficiare del pagamento della sanzione pecuniaria.

La norma suindicata può quindi finire per incentivare la proposizione di ricorsi cd. esplorativi, non potendo i concorrenti sapere se l'omissione ha carattere meramente formale o cela la carenza sostanziale del requisito non dichiarato.

A questo proposito, vale la pena domandarsi se, in forza del principio secondo cui il giudice deve decidere *iuxta alligata*, a fronte della censura con la quale un concorrente, deducendo esclusivamente la violazione dell'art. 46, comma 1 *bis*, senza dolersi della mancata attivazione del meccanismo di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, lamenta la mancata esclusione di un'offerta carente, il giudice amministrativo sia tenuto a respingerla, non prevedendo la legge l'esclusione diretta del concorrente ma il filtro preliminare del soccorso istruttorio, ovvero ad accogliere la censura, e se, in questo secondo caso, possa predicarsi il risultato processuale in base al quale la sentenza di accoglimento, consacrando l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa che ha presentato l'offerta carente, impedisca alla stazione appaltante di attuare, in esecuzione della stessa, il meccanismo di sanatoria.

Venendo al contenuto sostanziale della disposizione, è di immediata evidenza che essa, ammettendo l'integrabilità di dichiarazioni del tutto omesse o contenutisticamente incomplete, supera la giurisprudenza che, nel regime previgente, aveva delimitato il perimetro applicativo del soccorso istruttorio, limitandolo alle dichiarazioni carenti sul piano formale ed escludendolo per quelle completamente omissive.

Deve peraltro sottolinearsi che "incompletezza" non è sinonimo di "parzialità", per cui non potrà essere integrata, facendo appello al meccanismo in esame, la dichiarazione dei requisiti di capacità che ometta l'indicazione di alcuni dei servizi o delle forniture svolti dalla concorrente.

E' invece ragionevole ritenere che, mediante la diversa nozione di "irregolarità essenziale", il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che, per la sua genericità, perplessità o lacunosità, non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa.

Il meccanismo sanante non è invece suscettibile di applicazione, dovendo farsi luogo senz'altro all'ammissione dell'offerta, per le dichiarazioni non indispensabili, la cui individuazione, a differenza di quelle essenziali, opera sul fronte della finalità della dichiarazione omessa e non sul piano della sua formulazione: potranno così qualificarsi come non indispensabili le dichiarazioni del fatturato maturato in uno dei

tre esercizi finanziari da indicare ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, se quello maturati negli altri due esercizi è sufficiente ai fini del raggiungimento dell'importo minimo indicato nel bando di gara, nonostante l'art. 41 del codice preveda espressamente l'obbligo di dichiarare, al suddetto fine, il fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari.

In conclusione, allo stato dell'attuale legislazione, la causa di esclusione deve passare attraverso un doppio filtro: il primo apprestato dal comma 1 *bis* dell'art. 46 e rappresentato dalla necessità della sua espressa previsione da parte di una norma di legge o di regolamento, il secondo previsto dal comma 1 *ter* dell'art. 46 e dall'art. 38, comma 2 *bis*, dell'art. 38, consistente nella indispensabilità della dichiarazione omessa unitamente al fatto che l'impresa non abbia inteso avvalersi della rete di protezione rappresentata dal soccorso istruttorio, che la stazione appaltante ha l'obbligo di attivare.

Al termine di questa sintetica esposizione, che ha cercato di mettere in luce i profili di complessità che l'attuale disciplina in tema di cause di esclusione presenta, si affaccia il legittimo dubbio che meglio sarebbe stato continuare ad affidare la coniugazione dei principi di *par condicio* da un lato, e di *favor participationis* dall'altro, alla prudente valutazione del giudice amministrativo, il quale già prima che venissero introdotte le norme *de quibus* aveva dimostrato di saper emanciparsi da vuoti formalismi, per limitare l'esclusione alle sole ipotesi di mancata osservanza di adempimenti essenziali per il corretto svolgimento della gara e per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Ezio Fedullo