

ISAC
Istituto Studi Appalti e Concessioni

CORSO DI FORMAZIONE SUL REGOLAMENTO N. 207/2010 E SUL DECRETO LEGGE SVILUPPO

Roma, 9 giugno 2011

Claudio Zucchelli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

La tecnica legislativa utilizzata nel decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011, noto come decreto sviluppo, desta perplessità in abbondanza.

Il Comitato parlamentare per la legislazione ha, giustamente, bocciato senza appello quella fantasiosa novità di far precedere ogni articolo da una sorta di dichiarazione programmatica, un preambolo alle norme vere e proprie che, nell'intenzione di chi ha architettato questa ridicola novità, avrebbe dovuto rendere più comprensibile ai cittadini il contenuto delle norme.

Evidentemente il tutto era dettato da un senso di colpa, dato che le norme vere e proprie sono state redatte facendo ricorso alla tecnica più incomprensibile possibile perfino per gli addetti ai lavori.

Novelle ad intarsio, abrogazioni non chiare, aggiunta o abrogazione talvolta di due o tre paroline in leggi precedenti, apparentemente di poco conto ma che normalmente invertono a centottanta gradi il significato della norma sino ad oggi applicata e così via.

Insomma, un testo in palese violazione delle regole, non legislative si intende, per la redazione dei testi normativi.

Il Comitato scrive: “Abbia cura il Legislatore di formulare i precetti normativi utilizzando una terminologia chiara e precisa evitando di avvalersi di uno stile colloquiale che poco si addice ad un testo normativo”.

Quanto alle norme dispositive vere e proprie osserva il Comitato: “richiami normativi imprecisi e incompleti ... con commi, lettere, numeri e capoversi di non facile identificazione”. E facciamo grazia degli anacoluti.

Insomma un disastro linguistico e tecnico.

L'unico commento che ci resta è che quando ci capita di leggere una legge scritta sino agli anni quaranta della nostra storia, ci meravigliamo della pulizia lessicale, della concisione dello stile di essa, mentre tra sessanta anni qualcuno riderà apertamente di quei cafoni ignoranti del diritto e della lingua che popolavano il 2011.

Dopo questo incipit risulta piuttosto difficile emettere un giudizio contenutistico sulle norme del d.l. sviluppo, soprattutto tenendo conto dell'insegnamento crociano sull'identità tra contenuto e forma delle teorie moderne di comunicazione secondo le quali il contenuto non è indifferente rispetto al contenente.

Per rimanere al tema di questa conversazione, è necessario subito osservare che il comma 1 dell'articolo 4, che riguarda la costruzione di opere pubbliche, solo parzialmente richiama e descrive le norme di cui ci occuperemo tra breve.

Alla lettera i) del primo comma è contenuta l'anticipazione circa l'accertamento dei requisiti di partecipazione mediante collegamento telematico alla banca dati, declinata dalla successiva modifica dell'articolo 46.

Alla lettera n è citata la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare declinata con la successiva modifica sempre dell'articolo 46 del codice dei contratti.

Quale il rapporto giuridico, e quindi le conseguenze giuridiche, del fantasioso modo di legiferare costituito dal comma 1?

Difficile rispondere.

Sono possibili diverse conclusioni.

Si potrebbe ritenere che il comma 1 abbia quale destinatario lo stesso Legislatore, e che quindi si sia inventata una nuova forma di delega contestuale a se stesso. Il Governo, con D.L., si sarebbe autorizzato ad introdurre norme dispositive (contenute nei commi 2 e seguenti) purché conformi alle chiacchiere del comma 1, intese quali principi e criteri direttivi simili a quelli previsti dall'articolo 76 della Costituzione per il D. L..

Tesi ardua, poiché sia la fonte sia la circostanza sia la concomitanza legislativa rendono le norme di cui al comma 1 e quelle seguenti esattamente sullo stesso piano quanto a forza e valore.

Tuttavia, se si individua una discrasia tra il 1° comma ed i seguenti, quale sarà la conseguenza giuridica.

Possono aversi diversi casi.

Il primo, più banale, è quando i commi seguenti all'1 contengono norme che non siano state, per così dire, "annunciate" nel comma 1. Se si trattasse del meccanismo di delegazione, esse sarebbero sicuramente incostituzionali per eccesso di delega. Ma poiché sono contenute in un testo

normativo non delegato, ma anzi sottoposto a conversione del Parlamento, non potrà parlarsi di un eccesso del Legislatore del secondo comma rispetto al Legislatore del primo comma. Vi è però da osservare che se le norme contenute nei commi successivi sono “conseguenza” o attuazione “operativa” delle enunciazioni del primo comma, in sede ermeneutica le modifiche dovrebbero essere interpretate nei limiti di quanto preannunciato nel comma 1. In altri termini, le disposizioni seguenti dovrebbero essere solo conseguenze o attuazioni e quindi, anche se in ipotesi contengono un *quid pluris*, esso dovrebbe essere quanto più possibile obliterato dall’interprete per ricondurlo nell’alveo della norma base (la dichiarazione di intenti) di cui sono appunto conseguenza o attuazione.

Non gerarchia di fonti, quindi, ma rapporto ermeneutico recessivo.

Ovvero, molto più semplicemente, la norma del primo comma è *inutiliter data*.

Una possibile seconda evenienza si ha quando la dichiarazione di principio del comma 1 è in contrasto con la disposizione dei commi 2 e seguenti.

Quale la conseguenza giuridica? Escludendo di potere elaborare una gerarchia di fonti tra il comma 1 ed i seguenti fondata sul fatto che questi sono pubblicati sulla G. U. dopo il comma 1 e dovrebbero essere considerati, per ciò, norma successiva prevalente sulla precedente (che è letta prima) (il che oltre che ridicolo come questa tecnica legislativa sarebbe addirittura patetico) si deve necessariamente concludere, per dare un senso a questa pagliacciata, che le due norme debbano essere lette in coordinamento l’una con l’altra, e dunque essere ermeneuticamente trattate come gli usuali casi di contrasto tra norme aventi lo stesso grado, ma in insanabile contrasto tra di loro. In particolare applicando il criterio ermeneutico sopra citato che, di fatto, dà prevalenza alle dichiarazioni del comma 1, in quanto parametri stringenti di ermeneutica.

Operazione, questa, affidata al giudice, ovviamente, che anticipatamente ringrazia l’avveduto legislatore per questa ulteriore complicazione di cui non si sentiva proprio il bisogno.

Ulteriore ipotesi si ha quando la dichiarazione programmatica del comma 1 contiene qualcosa in più della declinazione operativa (o conseguente?)

Qui l’interpretazione si fa più complessa ancora.

Infatti, mentre le norme conseguenti (o operative?) sono redatte con la tecnica della novella o comunque sono “in chiaro “ (si fa per dire), il di più contenuto nel primo comma è discorsivo. Sarà ugualmente immediatamente precettivo? O necessiterà di un’integrazione, magari regolamentare in sede di attuazione?

Che dire, poi, dell’alone di mistero che circonda l’espressione “sono, tra l’altro, apportate le seguenti modifiche”? Ciò rinvia ad un “altro” che sarebbe stato modificato, ma di grazia dove è collocata questa “altra” modifica? Forse nel comma 1 tra le righe delle dichiarazioni

programmatiche, che quindi *minus dicunt quam volunt*? Siamo ancora alla ricerca dell'araba fenice e come Sherlock Holmes del diritto ricerchiamo l'indizio che ci conduca all'"altra" inafferrabile modifica.

In prima approssimazione interpretativa possiamo tralasciare questi quesiti angosciosi ed angoscianti più adatti ad un corso di filosofia del linguaggio, semplicemente ignorando i commi 1 ed auspicando che una mano pietosa, in conversione, li cancelli. Certo rimarranno per sempre stampati sulla gazzetta ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011 per far sbellicare dalle risa gli studiosi dei decenni a venire.

Lo scopo di questa chiacchierata è ovviamente quello non di esaminare gli istituti in maniera sistematica, ma di dare conto delle modificazioni apportate dal D.L.

Possiamo iniziare, secondo programma, dal "bando tipo".

La novità è contenuta nel comma 4 bis aggiunti all'articolo 64 del codice dei contratti.

Essa, però, deve essere letta con uno sguardo al nuovo comma 1 bis dell'articolo 46, e vedremo perché.

Il nuovo comma 4 bis dell'articolo 64 prevede che i bandi sono predisposti dalla stazione appaltante sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del ministero e sentite le categorie interessate.

Osserviamo subito che l'espressione "sulla base" non corrisponde all'avverbio "conformemente". Nel linguaggio giuridico accreditato l'espressione quindi indica che l'autore del bando dovrà seguire lo schema del bando tipo, ma non certo limitarsi a riempire gli spazi di un formulario approvato dall'Autorità.

Questa prima interpretazione non sembra contraddetta dall'ultimo periodo del comma (Le stazioni appaltanti nel deliberare a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo), poiché le deroghe in questione ben possono essere riferite a disposizioni sostanziali del bando tipo e non ad aspetti formali.

Sulla tematica dei bandi tipo la giurisprudenza ha assunto una posizione univoca.

Mentre il CGA ritiene i bandi tipo vincolanti per le stazioni appaltanti, applicano la disciplina speciale di cui alla legge della regione siciliana n. 7 del 2002, articolo 16 comma 4, il Consiglio di Stato ritiene i bandi tipo approvati dall'Autorità, e pubblicati in G.U., (ad esempio V, 22 aprile 2002, n. 2183) non vincolanti poiché: "trattasi di uno schema astratto (comunque non vincolante) da adattare alle particolarità del caso concreto."

La modifica normativa in esame ci pone un immediato interrogativo, vale a dire se la valenza giuridica dei bandi tipo sia mutata.

Come è noto la predisposizione di bandi tipo da parte dell'Autorità trovava la sua base normativa nell'articolo 4, comma 16 lettera g) della legge n. 109 del 1994 e poi dell'articolo 7 comma 4 lettera h) del codice (h) favorisce la formazione di archivi di settore, in particolare in materia contrattuale, e la formulazione di tipologie unitarie da mettere a disposizione dei soggetti interessati;). Allo stato sembra essere stato affidato all'Autorità un compito più pregnante, dato che è stata prevista una vera e propria approvazione all'esito di una procedura di consultazione.

Non solo, il comma 4 bis richiede che in tali bandi tipo siano indicate le cause tassative di esclusione previste dal nuovo comma 1 bis dell'articolo 46. Il combinato disposto delle due norme ci induce a ritenere che le cause di esclusione genericamente previste nel comma 1 bis siano poi concretamente individuate ed elencate nei bandi tipo, i quali, necessariamente, acquistano una valenza obbligatoria per le stazioni appaltanti.

Ciò si desume da tre considerazioni. In primo luogo dalla natura stessa dell'atto dell'Autorità, che si attegga quale provvedimento amministrativo generale, con una valenza che dobbiamo ritenere simile a quella che assisteva il capitolato generale. In secondo luogo dalla chiusa del medesimo comma 4 bis, ove si dispone che le stazioni appaltanti si discostino dal bando tipo solo motivatamente. Infine, che la nuova norma cambia radicalmente la natura della Autorità, che deve oggi essere considerata realmente una Autorità di regolazione del mercato di contratti pubblici.

Orbene, se è concesso alle stazioni appaltanti di discostarsi solo esercitando un potere discrezionale (tale si deve intendere giacché è obbligatoriamente motivato), va da sé che esso non può riguardare le cause di esclusione che non sono certo discrezionali, e dunque, per converso, tutta la parte non discrezionale dei bandi tipo non può che essere obbligatoria.

A frase "sulla base", quindi, va letta come "conformemente".

Ma v'è di più. Se coordiniamo ciò con il divieto di cui al comma 1 bis dell'articolo 46 di introdurre nei bandi cause di esclusione diverse da quelle contemplate nel detto comma, dobbiamo giungere alla conclusione che, in punto di cause di esclusione, alla stazione appaltante sia del tutto sottratto il potere di discostarsi dai bandi tipo.

Il richiamo al nuovo comma 1 bis dell'articolo 46, però, pone alcune difficoltà interpretative. Ci si chiede, infatti, se l'indicazione, nel bando tipo, delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46 comma 1 bis si possa limitare al richiamo alla detta disposizione, oppure debba essere pedissequamente indicata ogni causa di esclusione prevista dal codice, dal regolamento o da leggi speciali.

La lettura dell'articolo 46 comma 1 bis, infatti, non dà ingresso a vere e proprie cause tassative. Si deve ricordare che perché un'elencazione sia considerata tassativa deve possedere almeno i requisiti dell'autoespressività, puntualità, certezza ed inequivocabilità. Viceversa,

l'articolo 46 comma 1 bis si riferisce, come causa di esclusione, alle "prescrizioni previste dal presente codice, dal regolamento da altre disposizioni vigenti" con una carica di generalità, vaghezza ed indeterminatezza evidenti. Anche gli altri casi di esclusione (incertezza sull'offerta etc.) sono tassativi quanto alla funzionalizzazione, ma non alla fattispecie, poiché la "incertezza assoluta sul contenuto" può derivare da "n" fattori pratici che è impossibile individuare a priori.

Ma se non può predicarsi la tassatività delle cause di esclusione di cui all'articolo 46 (se non in negativo nel senso che i bandi non ne possono contenere di ulteriori, vedremo poi rispetto a che), l'articolo 64, invece, richiede l'indicazione nel bando tipo delle cause tassative di esclusione. Con l'ovvia conclusione che esse dovranno necessariamente essere elencate nel bando tipo.

Dobbiamo quindi chiederci, dato che diventano tassative solo le condizioni inserire nel bando tipo, se tutte le altre non inserite potranno condurre all'esclusione. La risposta dovrebbe essere negativa, anche alla luce della dichiarazione programmatica di cui al comma 1 lettera n) che richiede la tipizzazione delle cause di esclusione. Anche se dubitiamo che il Legislatore del d.l. 70 lo sapesse, noi ben sappiamo che tipizzazione significa indicazione esatta della singola causa di esclusione.

In sostanza, tutto ciò che non è inserito nel bando tipo non opera ai fini dell'esclusione, con il che si attribuisce il potere ad un atto amministrativo (provvedimento?) di modificare la norma primaria.

Viceversa, il bando tipo conterrà tutte le prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre prescrizioni di legge, ma in tal caso il rischio è che esso diventi esso stesso, sostanzialmente, un codice bis.

Una interpretazione di buon senso ci spinge a ritenere che le cause di esclusione espressamente previste da norme primarie o secondarie, anche se non puntualmente richiamate nel bando tipo, determinino comunque il potere di esclusione. In caso contrario, come accennato, si attribuirebbe alla Autorità un potere di deroga alle norme giuridiche del tutto irrazionale ed incomprensibile. In altri termini, le cause di esclusione che non opereranno se non inserite nei bandi tipo sono solo quelle che possano derivare da una valutazione discrezionale della P. A., atteso che esse non possono trovare ingresso autonomo nel bando di gara, per il divieto dell'articolo 46 comma 1 bis.

Quanto all'inserimento delle "altre disposizioni di legge" la scarsa dimestichezza con l'italiano giuridico, ma anche con la logica per vero, ha indotto il Legislatore del D.L. 70 a riferirsi genericamente a TUTTE le altre leggi, senza specificare se si tratti di norme destinate a disciplinare le procedure ad evidenza pubblica o i contratti pubblici. Sicché la norma potrebbe essere interpretata nel senso che una qualsiasi violazione di una qualsiasi legge alla quale l'offerente sia sottoposto

nello sterminato ordinamento giuridico, dovrebbe condurre alla esclusione, anche se, in ipotesi, riguardasse il codice della strada.

Va da sé che questa interpretazione è aberrante e provocatoria. Dovrà intendersi, a mio avviso, che ci si riferisca alle leggi che disciplinano le procedure ed i contratti pubblici, o espressamente prevedendo un'esclusione, ovvero disciplinando comportamenti incompatibili con la partecipazione.

Se così è, però, sostanzialmente il potere normativo circa le cause di esclusione si sposta dalla norma primaria o secondaria, al bando tipo. In sintesi, il criterio della tassatività unito all'obbligatorietà dei bandi tipo, e quindi alla necessità che essi contengano esattamente le cause di esclusione, fa sì che i casi di esclusione siano necessariamente solo quelli indicati nel bando tipo.

Sottolineo ancora una volta la profonda mutazione della natura della Autorità indotta da questa novità della legificazione dei bandi tipo.

Possiamo porci la domanda su cosa accada se il bando tipo ometta di indicare un'esclusione pure prevista dalla norma primaria o regolamentare.

Buon senso vorrebbe che l'esclusione si applicasse ugualmente, ma ciò configge con il principio della tassatività legato, necessariamente in punto di logica, ad un'elencazione puntuale delle cause.

Poiché è inammissibile ritenere che al bando tipo sia attribuito un potere sostanzialmente *contra legem*, superabile solo mediante l'impugnazione del bando in quanto atto generale, ma poiché al contempo il principio della tassatività è necessariamente legato all'elencazione, ne dobbiamo concludere che la norma debba essere riformulata in maniera più chiara.

Ove ciò non accadesse, o comunque nel frattempo, riteniamo che la norma debba essere interpretata nel senso che si possano applicare tutte le esclusioni derivanti dalla violazione di norme primarie o secondarie per le quali sia espressamente comminata la sanzione dell'esclusione, ma non per le violazioni cui non segua espressamente tale sanzione.

Quanto all'utilizzazione dei moduli standard, il d.l. 70 ha inserito il comma 2 bis nell'articolo 74. Vi si prevede che, di norma, le stazioni appaltanti richiedono l'utilizzazione di moduli per la dichiarazione dei requisiti predisposti sulla base di modelli standard definiti dall'Autorità.

Occorre ragionare su questa norma esaminando, brevemente, la disciplina prima della modifica. Il comma 2 dell'articolo 74 prevedeva, e prevede, che le offerte debbano contenere gli elementi prescritti dal bando ed in ogni caso gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il

suo indirizzo, la procedura ed il prezzo, ed infine le dichiarazioni relative ai requisiti di partecipazione.

Il successivo comma 3 precisava che la mancata utilizzazione di moduli predisposti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione, salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari.

Il mancato ricorso all'esclusione in caso di mancato utilizzo dei modelli poteva ritenersi riferita sia a quelli riguardanti l'offerta economica, sia a quelli riguardanti le altre informazioni richieste dal comma 1. Ma era altresì possibile una seconda interpretazione, e cioè che proprio l'eccezione contenuta nello incipit del comma indicasse che non costituisce causa di esclusione il mancato utilizzo di modelli solo per l'offerta economica, e che quindi, *a contrario*, la non utilizzazione di modelli per le altre informazioni potesse condurre all'esclusione, se prevista nel bando.

Il nuovo comma 2 bis chiarisce la situazione. In primo luogo usa l'espressione "di norma", e quindi già con essa esclude un obbligo generalizzato dell'utilizzazione dei modelli. Inoltre la nuova norma chiarisce che ci si sta riferendo a tutte le informazioni richieste dal comma 1 (requisiti ed offerta economica). Non solo, poiché la stazione appaltante non può aggiungere cause di esclusione nel bando, da ciò deriva che essa non potrà pretendere, a pena di esclusione, l'utilizzazione dei modelli stessi né per le informazioni varie né per l'offerta.

Ma allora, cosa ne è del terzo comma, il quale presuppone un potere della stazione appaltante di chiedere a pena di esclusione l'utilizzazione dei modelli nelle offerte determinate mediante prezzi unitari?

Riteniamo che la soluzione vada trovata nell'ambito dei bandi tipo. Questi potranno contenere una causa di esclusione legata alla mancata utilizzazione dei modelli, sicuramente nel caso delle offerte basate su prezzi unitari, poiché già previsto dal codice. *Quid juris* nei confronti delle altre offerte economiche e dei requisiti?

La risposta è legata al quesito che ci siamo posti esaminando l'articolo 46 sul potere effettivo dei bandi tipo. Tuttavia, poiché in questo caso ci si trova dinanzi ad una norma che disciplina esattamente la procedura, e poiché, sostanzialmente, il *dominus* della procedura è la stazione appaltante (ma ormai possiamo dire l'Autorità), non ci sembra illegittimo che questa possa introdurre una clausola nel bando tipo di esclusione in mancanza di utilizzazione dei moduli.

Vero è che la giurisprudenza si è spesso orientata in senso diverso dinanzi a clausole simili contenute nella *lex specialis* (ma non univocamente), ma è anche vero che se il dubbio poteva sussistere dinanzi ad un provvedimento amministrativo puntuale quale un bando, che finiva per introdurre un obbligo che solo la legge poteva prevedere, oggi ammettendo il potere regolamentare

generale così ampio dell'Autorità come sopra lo abbiamo supposto, si deve concludere per la legittimità dell'intera operazione.

L'ultima modifica di cui ci occupiamo è quella relativa all'articolo 48. E' stato introdotto il comma 2 bis il quale, sostanzialmente, stabilisce l'obbligo per la stazione appaltante di inserire nella banca dati di cui all'articolo 62 bis del decreto legislativo n. 82 del 2005 (codice digitale) cioè la banca dati dei contratti pubblici istituita presso l'Autorità, la documentazione acquisita in seguito al controllo a campione ai sensi dei commi 1 e 2 dello stesso articolo 48.

Notiamo subito che non è stato citato il comma 1 bis, che si riferisce alla facoltà di limitare il numero dei partecipanti cui chiedere anche la documentazione. Riteniamo si tratti di una dimenticanza, dovuta probabilmente alla fretta con cui è stato predisposto il testo del d.l. Non sussiste, infatti, nessuna apprezzabile differenza tra i documenti acquisiti ai sensi del comma 1 e quelli acquisiti ai sensi del comma 1 bis.

Più interessante il nuovo comma 2 ter, il quale impone alle stazioni appaltanti di verificare il possesso di requisiti di cui al comma 2 bis presso la stessa banca dati nazionale.

In verità le due norme sono scritte in un pessimo italiano, tanto che a prima lettura sembra trattarsi di un rinvio a circolo vizioso.

L'interpretazione è, invece, che le stazioni appaltanti sono obbligate a verificare il possesso dei requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari richiesti nel controllo a campione o sull'aggiudicatario ed il secondo classificato, in prima battuta mediante la consultazione della banca dati e solo successivamente richiedendoli agli stessi, ove non presenti in archivio elettronico.

In sostanza, la procedura di sorteggio di cui al comma 1 dovrà comunque essere effettuata, ma i dieci giorni, a mio avviso, decorreranno solo dal momento in cui la stazione appaltante comunichi al concorrente che i suoi dati non sono presenti in archivio. Viceversa, se cioè il concorrente fosse comunque tenuto a fornire la documentazione entro dieci giorni dal sorteggio, non avrebbe alcun senso il comma 2 ter.