

L'AUTORITÀ DI VIGILANZA ADOTTA IL 'METODO PARTECIPATIVO COMUNITARIO': AVVIATA LA CONSULTAZIONE SUL TEMA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 4, 2009]

Osservazioni sul documento elaborato dall'Autorità di Vigilanza riguardante i Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi

Lo strumento della consultazione è utilizzato frequentissimamente e sugli argomenti più vari dalle Istituzioni comunitarie: dal piano d'azione dell'Unione europea per lo squalo (2008) alla revisione del regolamento finanziario per la definizione del *budget* delle Istituzioni comunitarie (2009)¹. Il *favor* comunitario per le consultazioni si può far risalire al 2001 e rientra nell'ambito della strategia sulla *governance* adottata dalla Commissione europea, le cui priorità, riassunte in tre importanti Comunicazioni², sono dirette a rafforzare la cultura del dialogo e della partecipazione. L'obiettivo principale è quello di favorire il coinvolgimento non solo delle istituzioni ma anche delle organizzazioni della società civile, delle imprese e delle associazioni di categoria, del mondo universitario e dei cittadini soprattutto nella fase preliminare a quella decisionale.

La Commissione europea non si è limitata a formulare dichiarazioni di principio ma ha stabilito anche *standard* minimi per le procedure di consultazione³, giuridicamente non vincolanti ma utili per garantire la trasparenza delle procedure. Gli *standard* si applicano alle proposte politiche della Commissione, alle proposte lanciate con i Libri verdi⁴ etc. e sono espressione:

¹ V. tutte le consultazioni, chiuse e tutt'ora in corso in sede comunitaria all'indirizzo web http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_it.htm.

² Cfr. COMUNICAZIONI della Commissione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, COM (2001) 726def del 5 dicembre 2001, *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate*, COM (2002) 704def dell'11 dicembre 2002, *Sistematizzare la valutazione d'impatto*, COM (2002) 276def del 5 giugno 2002.

³ Sono *consultazioni* i processi tramite i quali la Commissione desidera che le parti interessate contribuiscano all'elaborazione delle proprie politiche prima che intervenga qualsiasi decisione della Commissione; le *parti interessate* sono tutti i soggetti che desiderano partecipare alle consultazioni siano essi organizzazioni o privati cittadini. Cfr. LIBRO VERDE su l'*Iniziativa europea per la trasparenza*, COM(2006) 194def, del 3 maggio 2006.

⁴ I Libri Verdi sono documenti predisposti dalla Commissione europea che hanno la funzione di avviare una consultazione con tutte le parti sociali interessate, in vista dell'adozione di una nuova normativa, oppure in vista di una riforma di un settore, v. BENACCHIO G. A., voce *Diritto comunitario. Fonti del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, 2007.

- del principio di *partecipazione*, cui segue l'impegno di attivare forme di consultazione sulle principali iniziative politiche, garantendo la massima partecipazione e comunque un trattamento adeguato ed egualitario ai partecipanti⁵;
- dei principi di *apertura e responsabilizzazione*, per effetto dei quali devono risultare ben definite le problematiche prese in esame, i meccanismi utilizzati per la consultazione, le parti consultate, le ragioni delle scelte successive alla luce anche dei contributi ricevuti;
- del principio di *efficacia*, la consultazione è utile se attivata nella fase di elaborazione di una scelta quando ancora v'è la possibilità di incidere su di essa. Il metodo e l'ampiezza della consultazione devono inoltre risultare proporzionati all'impatto della proposta;
- del principio di *coerenza*, il quale rinvia ad una decisa assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni, alle quali spetta assicurare soluzioni coerenti con i risultati della consultazione.

La Commissione ha individuato anche i requisiti minimi a garanzia dell'efficacia delle consultazioni; essi riguardano: *la chiarezza sull'oggetto delle consultazioni; i destinatari delle consultazioni; la diffusione dell'iniziativa; i limiti di tempo per partecipare*⁶; *gli eventuali feedback*.

I principi della (buona) *governance* europea (apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza) possono essere adottati anche dalle autorità nazionali, regionali e locali e non a caso è stato osservato che le formule di partecipazione / consultazione sperimentate da Bruxelles potrebbero fornire spunti interessanti e modalità procedurali da replicare anche in Italia.

Al modello comunitario della consultazione sembra ispirarsi anche l'iniziativa dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici che recentemente ha avviato una consultazione pubblica sui *Requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi*. A tale scopo l'Autorità ha predisposto:

(a) un articolato documento di presentazione del tema nel quale svolge considerazioni e motivazioni che giustificano l'iniziativa, gli orientamenti in merito, nonché l'invito a formulare osservazioni e fornire pareri e

⁵ Ciò per evitare che i decisori si limitino ad ascoltare solo argomentazioni provenienti da determinati gruppi, tanto più che spesso sono le opinioni espresse dalle minoranze a mettere in luce aspetti essenziali;

⁶ È necessario lasciare il tempo sufficiente ai partecipanti per prepararsi e pianificare i loro contributi. Nel fissare la durata delle consultazioni occorrerebbe inoltre mantenere un equilibrio ragionevole tra la necessità di permettere l'elaborazione di contributi sufficientemente completi e quella di decidere in tempi brevi. In caso di urgenza o qualora le parti interessate abbiano già potuto disporre di occasioni sufficienti per esprimersi, la durata di una consultazione può essere ridotta. La Commissione europea, ad esempio, ritiene che si dovrebbero prevedere almeno 8 settimane per le consultazioni con risposta scritta, mentre le convocazioni alle riunioni andrebbero inviate con un anticipo di 20 giorni lavorativi.

suggerimenti, anche in relazione alle criticità rilevate in sede di applicazione;

(b) un modello disponibile *on line*⁷ da compilare per inviare osservazioni e suggerimenti in relazione alle problematiche affrontate nel documento base. I risultati della consultazione dovrebbero confluire in un atto a carattere generale e/o una segnalazione al Governo e al Parlamento.

Nel documento iniziale l'Autorità riporta le principali interpretazioni offerte dalla giurisprudenza e seguite nella prassi riguardanti i requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti, interpretazioni che, *“alla luce del mutato assetto normativo introdotto (v. Codice appalti), nonché di significative indicazioni giurisprudenziali”*, l'Autorità ha ritenuto di riesaminare per contribuire ad un'applicazione uniforme della disciplina vigente. Oggetto di approfondimento sono le cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice appalti. Tale norma recepisce il contenuto dell'art. 45 della dir. 2004/18/CE anche se non distingue, come fa il legislatore comunitario, tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, di conseguenza in presenza delle ipotesi dell'art. 38 le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di escludere il concorrente e sono impossibilitate a stipulare il contratto, essendo venuta meno l'affidabilità morale e l'elemento fiduciario dell'operatore economico⁸.

L'art. 38 si applica sia agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia a quelli di importo inferiore alla soglia, in base all'art. 121 del Codice, con riferimento ai lavori, e all'art. 124, comma 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture. I requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette, e devono perdurare durante la procedura di affidamento fino alla stipula del contratto, mentre nel caso di subappalto il momento cruciale è rappresentato dal rilascio dell'autorizzazione⁹.

Alle stazioni appaltanti spetta dunque un ruolo attivo nella fase istruttoria poiché debbono verificare il possesso dei requisiti *ex art. 38* dichiarati dagli operatori, se necessario acquisendo *“d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti”*.

⁷ V. <http://www.avcp.it/portal/public/classic/home/PrimoPiano1>.

⁸ Va segnalato che il rigore della norma può essere attenuato mediante un'attenta applicazione dei principi comunitari di proporzionalità e adeguatezza, si vedano ad esempio le sentenze TRGA di Trento del 2008 n. 231, del 2009 nn. 226, 251, 275, disponibili sul sito web dell'Osservatorio di diritto comunitario e nazionale degli appalti pubblici: www.osservatorioappalti.unitn.it.

⁹ Vedi recentemente sull'argomento CACACE S., (2009), *L'art. 38 del codice 163: dubbi di costituzionalità e di conformità comunitaria. falsi certificati e false dichiarazioni: fattispecie e sanzioni*, relazione al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 maggio 2009, su <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=31>.

Nel documento l'Autorità si sofferma particolarmente sulle cause di esclusione che rinviano alla discrezionalità della stazione appaltante con riferimento ad aspetti sostanziali quali la gravità della violazione, l'incidenza sulla affidabilità professionale in relazione all'oggetto del contratto, la sospensione dalle gare, i mezzi di prova e la loro adeguatezza in ragione della complessità e problematicità delle circostanze emerse.