

CONVEGNO IGI

Roma, 28 novembre 2013

Evoluzione dell'art. 46: la VI^a Sezione investe l'Adunanza Plenaria

Giuseppe Borgia

Consigliere Autorità Vigilanza sui contratti pubblici

CONVEGNO IGI

Roma, 28 novembre 2013

Evoluzione dell'art. 46: la VI^a Sezione investe l'Adunanza Plenaria

1. La ratio della novella

La necessità di garantire l'effettività del diritto comunitario ed, in particolare, dei principi di concorrenza, massima partecipazione, e proporzionalità nelle procedure ad evidenza pubblica, ha indotto il legislatore nazionale ad integrare con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70 (convertito dalla L. 12 luglio 2011 n.106) le disposizioni del Codice dei Contratti pubblici, inserendo, per quanto rileva in questa sede, dopo il comma 1, dell'art. 46, il comma 1 bis. Come evidenziato nella relazione illustrativa al predetto Decreto, la finalità della novella è quella di effettuare *“una tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante, limitando le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici”*.

Il legislatore ha così subordinato l'esclusione dei concorrenti dalle procedure ad evidenza pubblica al verificarsi di uno o più dei presupposti indicati dall'art. 46, comma 1, bis, ed ha sancito la nullità di clausole disciplinanti ipotesi di esclusione non riconducibili ad alcuna delle fattispecie contemplate dalla norma in esame. In particolare, quest'ultima fa dipendere l'esclusione da:

- _ mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice dei Contratti Pubblici, dal relativo Regolamento di esecuzione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) o da altre disposizioni di legge vigenti;
- _ incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- _ 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.

Per effetto della riforma la discrezionalità delle stazioni appaltanti di fissare le specifiche *“regole di gara”* risulta notevolmente ridimensionata. Le stazioni appaltanti, infatti, non possono

più richiedere ai concorrenti adempimenti meramente formali, sanzionando il mancato rispetto degli stessi con l'esclusione.

Al fine di aiutare le stesse a prevedere legittime clausole di esclusione e di rafforzare il principio di tassatività delle clausole di esclusione, il legislatore ha modificato con il D.L. Sviluppo (D.L. 106/2011) anche l'art. 64 del Codice dei Contratti Pubblici, aggiungendo un nuovo comma 4 bis, che ora impone alle stazioni appaltanti di predisporre i bandi di gara sulla base dei modelli approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1bis.

L'introduzione nel Codice di tale disposizione, come già osservato dall'Autorità nella propria Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2012, risponde alla duplice esigenza di semplificare sia la predisposizione della documentazione di gara sia la partecipazione alle gare e di assicurare al contempo la certezza del diritto, proponendosi di evitare, nel rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza, che le esclusioni dalle procedure di gara possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali. Ne consegue allora che le disposizioni dei commi 1-bis (art.46) e 4-bis (art. 64) vanno lette congiuntamente, in quanto la redazione dei bandi tipo consente di supplire alla mancanza di una norma ricognitiva delle violazioni comportanti legittime cause di esclusione e di misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti. Così disponendo, inoltre, il legislatore ha creato uno strumento flessibile, che, opportunamente emendato nel tempo, permette di recepire eventuali modifiche normative ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con rilevanti benefici in termini di efficienza economica e riduzione del contenzioso (cfr. Relazione annuale 2012, presentata al Parlamento il 17 luglio 2013).

2. L'attività di regolazione dell'Autorità in materia di tassatività delle cause di esclusione: elaborazione dei c.d. bandi tipo

In virtù dei poteri conferiti all'Autorità dall'art. 64, comma 4-bis, D.Lgs. 163/2006, la stessa ha licenziato la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, denominata "Bando tipo Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4, bis e 46, comma 1bis". Tale atto costituisce il quadro giuridico di riferimento, sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione della cause tassative di esclusione. E' bene precisare al riguardo che il citato comma 4-bis consente alle stazioni appaltanti di derogare alle disposizioni del bando tipo, ma richiede a tal fine una

preventiva e specifica motivazione, contenuta nella delibera a contrarre. La determinazione in parola ha chiarito l'ambito di applicazione della predetta norma, evidenziando che le deroghe ammesse dal legislatore, sebbene motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto dell'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/2006 atteso che le stesse, in tal caso, sarebbero affette da nullità. Ne consegue allora che le stazioni appaltanti possono prevedere clausole di esclusione ulteriori rispetto a quelle riportate testualmente nel bando tipo solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti o alle altre ipotesi previste dall'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006, previa adeguata e specifica motivazione.

Nel rinviare alla lettura della determinazione n.4/2012 per un esame analitico delle singole ipotesi di esclusione, giova qui richiamare alcuni passaggi chiave dell'atto.

In primo luogo l'Autorità chiarisce che il principio di tassatività delle clausole di esclusione trova applicazione generalizzata sia nei settori ordinari che in quelli speciali, sia per gli appalti sopra soglia sia per quelli sotto soglia.

In secondo luogo la determinazione in parola sottolinea che il citato comma 1-bis indica i criteri a cui le stazioni appaltanti e la stessa Autorità debbono attenersi nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, quando redigono i documenti di gara ed i bandi tipo. E' bene sottolineare che la norma in commento non si limita a circoscrivere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella fase antecedente allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, ma indica alle stesse anche come determinarsi nella successiva fase di valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, produca, comunque, le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comporti, pertanto, l'esclusione del concorrente. Il principio di tassatività diviene allora strumento che rafforza il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di gara, in attuazione del quale il legislatore ha codificato il c.d. potere di soccorso istruttorio, che consente alle stazioni appaltanti, nei limiti di cui agli artt. da 38 a 45 del Codice dei Contratti Pubblici, di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Le considerazioni svolte dall'Autorità sembrano anticipare alcune valutazioni svolte dal Collegio nell'ordinanza n.2681/2013, il quale ritiene che la mera previsione di una clausola di esclusione inserita nella *lex specialis* non esonera la stazione appaltante dall'onere di valutare le specifiche circostanze di fatto alla luce della previsione codicistica in esame.

L'Autorità chiarisce, infine, che la prima parte dell'art. 46, comma 1-bis, "*mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*" deve essere considerata come una disposizione autonoma ed alternativa rispetto a quanto previsto nella seconda parte del medesimo articolo "*nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (...)*", nel senso che tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento (ovvero da altre norme rilevanti) devono essere considerati imposti a pena di esclusione sia qualora venga comminata espressamente la sanzione di esclusione sia qualora, pur mancando tale previsione esplicita, la norma di riferimento sancisca un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, prescriva un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale. "*Si tratta, cioè, di una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del Codice o del Regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione*" (cfr. determinazione 4/2012).

3. La prassi applicativa dell'Autorità

Chiarita l'esatta interpretazione dell'art. 46, comma 1 bis, D. Lgs. 163/2006, appare interessante vedere come l'Autorità ha applicato la disposizione in esame, quando è stata chiamata a valutare la legittimità di clausole dei bandi gara che introducono prescrizioni meramente formali a pena di esclusione. In particolare, come emerge dalla Relazione annuale 2012, l'Autorità, in sede di precontenzioso, ha censurato, ad esempio, la clausola di un bando nella parte in cui prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo dei concorrenti di presentare copia del bando e del disciplinare di gara controfirmati su ogni pagina dal legale rappresentante, avendo ritenuto tale onere privo di rilevanza sostanziale, in quanto la relativa inosservanza non poteva considerarsi quale difetto di sottoscrizione o carenza di elementi essenziali dell'offerta ex art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. 163/2006 (parere di precontenzioso n. 183 del 7/11/2012).

Di contro ha ritenuto legittimo prescrivere, a pena di esclusione:

1. *l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara, mediante un'espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di aver esatta cognizione del contenuto delle stesse, fatta comunque salva la facoltà dell'esecutore di apporre eventuali riserve in fase di esecuzione nei modi ed entro i limiti consentiti dalla normativa vigente;*

2. *l'accettazione delle norme e delle condizioni legittime contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nei suoi allegati, nel capitolato speciale d'appalto e, comunque, di tutte le disposizioni che concernono la fase esecutiva del contratto;*
3. *la dichiarazione di aver preso esatta cognizione della natura del contratto e delle condizioni contrattuali, nonché di ogni altra circostanza che possa aver influito o che possa influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera/servizio/fornitura, anche a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione, e la rinuncia a qualsiasi azione o eccezione in merito, avendo tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti – che si ritengono remunerativi - e dei modi e tempi di esecuzione dell'opera/servizio/fornitura prospettati;*
4. *l'accettazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, nonché la stima dei conseguenti oneri, che rimarranno comunque fissi ed invariabili, fatta salva la possibilità di esercitare la facoltà prevista dall'art. 100, comma 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ("Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro);*
5. *l'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche ed integrazioni;*
6. *l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità (cfr. determinazione n.4/2012).*

L'Autorità ha, inoltre, ritenuto conforme alla disposizione dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. 163/2006, la richiesta di sottoscrivere a pena di esclusione, l'offerta tecnica, in base alla considerazione che quest'ultima concorre a manifestare la volontà negoziale del concorrente, in quanto indica le prestazioni che quest'ultimo si impegna ad eseguire in caso di aggiudicazione nonché le modalità ed i tempi di realizzazione delle stesse (parere di precontenzioso n.108 del 19.6.2013). Come precisato nella determinazione n.4/20012, infatti, *"la sottoscrizione dell'offerta costituisce un adempimento di carattere essenziale anche in caso di procedura telematica di gara; vale in proposito quanto disposto dall'art. 77, comma 6, lett. b), del Codice, secondo cui le offerte presentate per via telematica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal d.lgs. n. 82/2005. (...) Per altro verso, non può essere richiesta, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità per la parte economica e tecnica dell'offerta, sia perché quest'ultima non ha valore giuridico di "autocertificazione" ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è, di norma, già*

prescritta dal disciplinare di gara all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa"

L'Autorità stessa ha, poi, considerato illegittima la clausola del bando che imponeva, a pena di esclusione, di presentare il plico contenente tre buste debitamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura con l'indicazione del mittente e l'indicazione, su ciascuna di esse, sempre, a pena di esclusione, dell'impresa concorrente e dell'oggetto dell'appalto. In tale occasione l'Autorità ha ritenuto che *"l'indicazione dell'oggetto della gara su ciascuna delle tre buste custodite all'interno del plico correttamente sigillato e presentato dal concorrente è da considerarsi mera formalità non sorretta da alcuna apprezzabile ratio ed è pertanto da considerarsi illegittimo il provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che abbia ommesso di riportare l'oggetto della gara sulla busta dell'offerta economica posta all'interno del plico contenitore, essendo garantita l'esigenza di certezza circa il contenuto o la provenienza dell'offerta dalla inclusione in un unico plico sigillato e controfirmato sui lembi delle tre buste relative all'offerta dell'impresa concorrente"* (cfr. Relazione annuale 2012, presentata al Parlamento il 17/07/2013).

Si è, tuttavia, ritenuta conforme al principio di tassatività delle clausole di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163/2006, la clausola del bando che prevede l'esclusione di un concorrente in caso di carenza dei requisiti richiesti, dal momento che questi ultimi rappresentano presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara (nel caso in esame la disposizione della lex specialis richiedeva espressamente e chiaramente, a pena di esclusione, la presentazione di copia della certificazione UNI EN ISO 9001:2008, il concorrente, invece, ha prodotto copia della diversa certificazione UNI 11034:2003; cfr. parere di precontenzioso n.112 del 17/07/2013).

Giuseppe Borgia