

FILIPPO SATTA – ANNA ROMANO

La disciplina dell'esclusione e dell'ammissione degli operatori tra diritto sostanziale e processuale *

Sommario: 1. Premessa: i problemi del vecchio Codice e le direttrici della riforma. 2. La disciplina della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica nel d.lgs. 50/2016: esiste una “fase di ammissione”? 3. Profili innovativi della disciplina delle cause di esclusione: in particolare, irregolarità fiscali/contributive e misure di *self-cleaning*. 4. Osservazioni conclusive e proposte

1. Premessa: i problemi del vecchio Codice e le direttrici della riforma.

La disciplina dei “*requisiti generali*” degli operatori economici delineata dall'art. 38 d.lgs. 163/2006 (vecchio Codice) viene ritenuta una delle principali cause dell'abnorme sviluppo del contenzioso in materia di contratti pubblici nell'ultimo decennio. La ragione è duplice: da un lato, l'eccessivo formalismo del vecchio Codice, che imponeva l'esclusione dalle procedure anche per carenze meramente documentali, quindi disancorata dalla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti in capo ai soggetti esclusi; dall'altro, l'emersione ‘tardiva’ delle questioni concernenti la partecipazione degli operatori alle procedure di gara. In effetti, il meccanismo della tutela giurisdizionale, fondato sull'impugnabilità del (solo) atto conclusivo del procedimento, faceva sì che l'esistenza di cause di esclusione venisse messa in discussione sostanzialmente al momento dell'aggiudicazione e nell'ambito del contenzioso successivo ad essa, anche a causa dell'ampia diffusione nella pratica del ricorso incidentale c.d. “paralizzante”, strumento di difesa dell'aggiudicatario di fronte al ricorso proposto da altri concorrenti in graduatoria.

Malgrado il legislatore ¹ e la giurisprudenza ² fossero intervenuti a più riprese per semplificare, sul piano sostanziale e processuale, la disciplina delle cause di esclusione, le questioni relative alla partecipazione dei concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica hanno continuato ad avere il primato nelle statistiche sul contenzioso dinanzi al giudice amministrativo: contenzioso, questo, ritenuto spesso pretestuoso e causa di forti rallentamenti, se non di paralisi, del funzionamento delle procedure ad evidenza pubblica e della stessa giustizia amministrativa.

Il disegno riformatore del nuovo codice dei contratti pubblici si inserisce in questo contesto con la chiara finalità di contenere (l'abuso de) il ricorso alla tutela

* Si ringrazia il dott. Antonio Falchi Delitala, che con le sue pazienti ricerche ha reso possibile la stesura del contributo.

¹ Tra le numerose modifiche al vecchio Codice si segnalano, in particolare, quella dell'art. 46 con l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione (l. 106/2011); e quella dell'art. 38 relativamente al c.d. soccorso istruttorio (l. 114/2014).

² Il riferimento è all'accesso dibattito sul rapporto tra ricorso principale e incidentale nel rito appalti, in cui si è da ultimo nuovamente pronunciata la Corte di Giustizia: sent. 5 aprile 2016, in C-689/2013. La portata del principio di diritto enunciato da tale sentenza è stata peraltro precisata recentemente da Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708.

giurisdizionale in questa materia. In maniera coerente con l'impostazione e le finalità sopradescritte, la legge delega n. 11/2016 (art. 1, co. 1, lett. bbb), introduce l'idea che le stazioni appaltanti debbano *ammettere* i concorrenti alle procedure di gara con *provvedimento* espresso, suscettibile di impugnazione entro un termine di decadenza; nel contempo, prevede la creazione di un rito processuale *ad hoc*, volto a contestare i «*vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara*» e sede obbligata delle impugnazioni di esclusioni e ammissioni alla procedura, con preclusione di censurare i vizi di tale fase successivamente, in particolare nell'ambito del contenzioso concernente l'aggiudicazione.

Il legislatore delegante sembra dunque aver affidato la soluzione del problema della proliferazione del contenzioso sulle cause di esclusione prevalentemente ad un meccanismo di anticipazione della tutela giurisdizionale, operante come una sorta di "barriera" che dovrebbe consentire di portare a compimento la selezione competitiva in tempi brevi e certi.

Come è noto, tale scelta è stata oggetto di serrate critiche sotto diversi e rilevanti profili. Ragioni di economia di esposizione non consentono di darne conto in maniera analitica in questa sede, nella quale se ne potrà trattare solo nella misura in cui si renda necessario all'indagine. In particolare, il presente contributo intende soffermarsi sulle principali novità introdotte dal decreto delegato (d.lgs. 50/2016, nuovo Codice), per verificare la loro riconducibilità ad un sistema in grado di perseguire gli importanti obiettivi di maggiore efficienza ed ammodernamento che la riforma di questo settore si prefigge, anche in attuazione delle direttive europee adottate nel 2014 ³.

2. La disciplina della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica nel d.lgs. 50/2016: esiste una "fase di ammissione"?

Il citato criterio di delega di cui alla lettera bbb), è stato attuato con l'art. 204, co. 1, lett. b) del d.lgs. 50/2016, che ha introdotto all'art. 120 del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) i commi 2 *bis* e 6 *bis*. Essi contengono la disciplina del nuovo rito speciale per l'impugnazione del provvedimento che determina le *ammissioni* e le *esclusioni* dalla procedura all'esito della *valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*; per quanto riguarda gli oneri di pubblicità e comunicazioni, i due commi, sopra richiamati, vanno integrati con le disposizioni contenute negli art. 29 (*Principi in materia di trasparenza*) e 76 (*Informazioni dei candidati e degli offerenti*).

In estrema sintesi, il novellato art. 120 c.p.a. presuppone l'adozione di un provvedimento che, all'esito della valutazione sul possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, individui i soggetti esclusi dalla procedura ovvero ammessi (al suo prosieguo). Tuttavia, né la fase di verifica né il suo provvedimento conclusivo trovano una disciplina compiuta nel nuovo Codice ⁴,

³ Il riferimento è alle direttive 2014/23/UE in materia di concessioni, 2014/24/UE, in materia di contratti di appalto nei settori ordinari, e 2014/25/UE, in materia di contratti di appalto nei settori speciali.

⁴ Per il vero, non sono nemmeno menzionati dall'art. 32 del nuovo Codice, dedicato appunto alle *fasi della procedura*.

che si limita a richiamarli in considerazione delle conseguenze processuali che ne dovrebbero derivare.

In questa prospettiva, il provvedimento *de quo* acquisisce una autonoma valenza lesiva e deve essere impugnato, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla sua pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante; il termine, dunque, non decorre dal ricevimento della comunicazione via PEC, che l'art. 76 nuovo Cod. impone alla stazione appaltante di inviare contestualmente alla pubblicazione, con la precisazione che per i concorrenti non sarà più possibile sollevare questioni relative alla partecipazione in momenti successivi (ad es. con l'impugnazione dell'aggiudicazione). Questa, com'è noto, è una significativa novità, giacché nel vecchio sistema era riconosciuta immediata lesività e impugnabilità al solo provvedimento di esclusione.

Sul piano sostanziale, dal complesso delle disposizioni del nuovo Codice si deduce che la verifica sul possesso dei requisiti debba riguardare contestualmente (e unitariamente) *tutti i requisiti e tutti i candidati*: in particolare, l'art. 120 c.p.a., alla stessa stregua di altre disposizioni del nuovo Codice (v. art. 29, co. 1, art. 76, co. 3), menziona *il provvedimento* adottato, all'esito della verifica dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, recante l'indicazione dei soggetti esclusi dalla procedura e di quelli ammessi. Inoltre, la qualificazione degli operatori dovrebbe di norma precedere la valutazione delle offerte. Questo sembrerebbe, infatti, il senso della '*fase di ammissione*' menzionata dalla legge delega (criterio bbb), che il legislatore delegato ha attuato inderogabilmente negli appalti soprasoglia nei settori ordinari ⁵.

La novità è di grande rilievo e rappresenta un capovolgimento del vecchio sistema, nel quale le verifiche venivano condotte in maniera sistematica solo all'esito della procedura. Come è noto, infatti, i concorrenti dovevano innanzitutto rendere una dichiarazione di possesso dei requisiti e di insussistenza di cause di esclusione. Le stazioni appaltanti procedevano ad un riscontro di regolarità formale di tutta la documentazione pervenuta e provvedevano alle dovute verifiche in due tempi: durante la procedura (prima dell'apertura delle offerte), mediante controlli a campione (art. 48, co. 1 d.lgs. 163/2006); all'esito della procedura, con un'indagine completa solo sui primi due classificati (qualora essi non fossero stati precedentemente sorteggiati: art. 48, co. 2).

Il nuovo Codice mantiene il sistema della autodichiarazione che, anzi, in attuazione delle direttive comunitarie del 2014, viene potenziato con l'introduzione del c.d. *Documento di gara unico europeo* (DGUE ⁶).

Secondo l'art. 81 Cod., le informazioni contenute nel DGUE riguardano *tutti i requisiti* (di carattere generale, tecnico-professionale e economico-finanziario) e vengono utilizzate dalle stazioni appaltanti per le dovute verifiche, da condursi

⁵ La possibilità di posticipare le verifiche all'esito della procedura, vale a dire dopo la valutazione delle offerte, è prevista esclusivamente: (i) per i contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea affidati con procedure negoziate, limitatamente al solo aggiudicatario (art. 36, co. 6) e (ii) per le procedure aperte nei settori speciali (art. 133, co. 8).

⁶ Il modello di DGUE è stato adottato a livello europeo con regolamento di esecuzione UE 2016/7; recentemente, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha adottato specifiche *Linee guida* per la sua compilazione.

essenzialmente attraverso l'utilizzo di banche dati – in particolare, la *Banca dati nazionale degli operatori economici*.

In attesa che la *Banca dati nazionale* entri in funzione, le stazioni appaltanti possono acquisire direttamente dagli operatori la documentazione di supporto necessaria a verificare quanto dichiarato in sede di DGUE. Tale documentazione potrà essere richiesta anche dopo l'entrata in funzione della banca dati nazionale, in virtù degli ampi poteri istruttori riconosciuti alle stazioni appaltanti e comprendenti, fra l'altro, il c.d. soccorso istruttorio (art. 83, co. 9) nonché la possibilità di richiedere ad offerenti e candidati, “*in qualsiasi momento nel corso della procedura ... i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura*” (art. 85, co. 5⁷, e art. 86 Cod.).

Sulla scorta delle disposizioni delle direttive europee, poi, l'art. 80 precisa che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico “*in qualunque momento della procedura*”, qualora esso versi in una causa di esclusione in conseguenza di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura (art. 80, co. 6; si v. art. 57, co. 5 direttiva 2014/24/UE).

Dal quadro normativo così brevemente sintetizzato sembra potersi desumere che l'attività di riscontro documentale a comprova delle tre categorie di requisiti – soggettivi, tecnico-professionali e economico-finanziari – disciplinati dagli artt. art. 80 ss. del nuovo Codice, dovrebbe rappresentare l'essenza della fase ‘di ammissione ed esclusione’ che si conclude con l'adozione del provvedimento cui è rimessa l'individuazione dei soggetti esclusi ed ammessi alla procedura. Una simile conclusione è suggerita innanzitutto dal dato letterale: i termini utilizzati (*valutazione dei requisiti, fase di ammissione, provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni*) fanno pensare ad un'indagine sostanziale, non ad una verifica formale. Anche sul piano sistematico si può osservare che, se la *fase di ammissione* fosse ridotta ad un mero controllo di regolarità formale, le questioni più problematiche rifluirebbero ‘a valle’ e tornerebbero ad alimentare il contenzioso successivo all'aggiudicazione: il senso della riforma ne risulterebbe certamente frustrato. Nel contempo, l'imposizione di un onere processuale così gravoso, come quello derivante dall'asserita lesività del provvedimento con conseguente necessità di sua immediata ed autonoma impugnazione – e preclusione alla proposizione di censure nelle fasi successive – rischierebbe di rivelarsi irragionevole e privo di qualsiasi giustificazione.

In conclusione, dunque, l'esame delle disposizioni del nuovo Codice porta ad affermare che la *fase di ammissione* c'è ma non si vede!

Manca, infatti, una disciplina che ne consenta una ricostruzione sistematica. Sul punto si tornerà in conclusione, dopo aver illustrato alcune significative novità introdotte dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

3. Profili innovativi della disciplina delle cause di esclusione: in particolare, irregolarità fiscali/contributive e misure di *self-cleaning*.

⁷ La disposizione riecheggia i controlli a campione del vecchio art. 48 d.lgs. 163/2006, con la rilevante differenza che nel nuovo Codice le verifiche a campione non sono imposte, bensì rimesse all'iniziativa delle stazioni appaltanti.

Il nucleo essenziale della disciplina della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica si rinviene nell'art. 80 del nuovo Codice, disposizione da leggere in combinazione con gli articoli immediatamente successivi, e in particolare con l'art. 83 (*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*).

Tali disposizioni riproducono in parte il contenuto dell'art. 38 del vecchio Codice, ma contengono significative novità e delineano un sistema molto più complesso rispetto al passato. La responsabilità di tale assetto, peraltro, è imputabile non ad una scelta del nostro legislatore, bensì alle direttive europee adottate nel 2014 e recepite con il d.lgs. 50/2016: le disposizioni dedicate ai motivi di esclusione – l'art. 57 direttiva appalti nei settori ordinari (dir. 2014/24/UE), sostanzialmente replicato dall'art. 80 della direttiva n. 25 sugli appalti nei settori speciali e dall'art. 38, parr. 4 ss. della direttiva n. 23 per le concessioni –, infatti, sono tra le più lunghe ed articolate delle direttive.

Certamente, la materia delle cause di esclusione continua ad essere principalmente appannaggio degli ordinamenti nazionali, ma le sollecitazioni provenienti dal diritto europeo risultano intensificate, anche con la previsione di istituti fortemente innovativi che i singoli Stati devono, o a seconda dei casi possono, recepire. In estrema sintesi, tra le principali novità meritano menzione:

- (1) il rafforzamento delle cause di esclusione c.d. obbligatorie, accompagnato tuttavia dalla possibilità offerta agli Stati membri di prevedere deroghe in talune situazioni (art. 57, parr. da 1 a 3);
- (2) una disciplina peculiare concernente il motivo di esclusione legato all'inottemperanza degli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali (art. 57, par. 2);
- (3) l'ampliamento delle cause di esclusione c.d. facoltative, con introduzione di motivi non contemplati dalla precedente normativa (ad es. conflitto di interesse) e rimodulazione di cause già esistenti in precedenza (ad es. illeciti professionali) (art. 57, par. 4, lett. c, g);
- (4) il riconoscimento delle misure c.d. di *self-cleaning* come strumento generalizzato che consente: (i) all'operatore versante in una situazione che imporrebbe o giustificerebbe l'esclusione, di fornire prova di aver adottato misure idonee a dimostrare la sua attendibilità ai fini dell'esecuzione dell'appalto; e (ii) conseguentemente, alle stazioni appaltanti di mantenere in gara l'operatore e, anzi, di affidargli l'appalto nonostante la presenza di una (potenziale) causa di esclusione, anche obbligatoria.

Nell'impossibilità di affrontare il tema in maniera analitica, per ragioni di razionalità ed economia di esposizione, in questa sede ci si limiterà a tre brevi considerazioni.

La prima riguarda la causa di esclusione per irregolarità fiscali o contributive, che il nostro legislatore ha recepito nell'art. 80, co. 4, del nuovo Codice. Si tratta, com'è noto, di una delle cause che più ha alimentato il contenzioso negli anni passati, essenzialmente per via del rigido formalismo cui è stata improntata sia la precedente disciplina normativa (art. 38, co. 1, lett. g vecchio Codice), sia la sua concreta applicazione da parte di stazioni appaltanti e giudici.

In attuazione della direttiva europea, che all'art. 57, par. 2, prevede una specifica misura di *self-cleaning* a recepimento obbligatorio, il nuovo Codice introduce una disposizione derogatoria, secondo cui la causa di esclusione "*non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impe-*

gnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande" (art. 80, co. 4).

In sede di recepimento, tuttavia, il legislatore nazionale ha introdotto uno sbarramento temporale – il riferimento alla scadenza del termine per la presentazione delle domande –, che non figura nella direttiva e che riduce fortemente – o meglio, sostanzialmente annulla – la portata innovativa della deroga. L'istituto del *self-cleaning*, infatti, è concepito per consentire ad un operatore "*che si trova*" – sembrerebbe, dunque, anche dopo il termine di partecipazione alla procedura – in una o più cause di esclusione, di offrire prova di aver adottato misure adeguate per porre rimedio all'irregolarità e così dimostrare la sua affidabilità come contraente.

Nei termini in cui è stata formulata, la disposizione del nuovo Codice riprende viceversa un consolidato e restrittivo orientamento giurisprudenziale nazionale⁸ il quale – nel richiamo dei principi di *par condicio* e di continuità nel possesso dei requisiti – nega, in sostanza, ogni possibilità di regolarizzare eventuali debiti contributivi o tributari in corso di procedura.

La seconda considerazione riguarda, appunto, i principi di *par condicio* e di continuità nel possesso dei requisiti, che nell'impianto normativo del nuovo Codice sembrano potersi difficilmente conciliare con l'intenzione del legislatore di risolvere immediatamente e definitivamente tutte le questioni attinenti alla partecipazione dei concorrenti alle procedure. In realtà, tali principi avrebbero consentito l'adozione di soluzioni differenti da quelle prescelte dal legislatore nazionale⁹. Si consideri, infatti, che le direttive europee offrivano agli Stati membri l'opportunità di ridurre, sotto diversi profili, l'impatto delle cause di esclusione potenziando le misure c.d. di *self-cleaning*: opportunità, questa, che il nostro legislatore ha ritenuto di non cogliere (se non in misura davvero marginale) anche se una riduzione dei motivi di esclusione avrebbe potuto determinare, grazie ad una semplificazione sostanziale del sistema, quella deflazione del contenzioso che viene indicata come uno dei principali obiettivi della riforma.

La terza ed ultima considerazione riguarda l'elevato grado di discrezionalità di cui sono investite le stazioni appaltanti nel valutare sia la sussistenza delle singole cause di esclusione – si pensi, ad esempio, al conflitto di interessi, che giustifica l'esclusione solo se non altrimenti risolvibile –, sia l'adeguatezza delle misure di *self-cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico. Situazioni e valutazioni complesse, che spesso richiederanno alle stazioni appaltanti di instau-

⁸ Recentemente ribadito da Cons. Stato, Ad. Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5.

⁹ Una soluzione in concreto potrebbe essere valorizzare il combinato disposto il citato art. 57, par. 2, co. 3 e par 3, co. 2 della direttiva n. 24, prevedendo ad es. la facoltà di regolarizzazione anche successivamente al termine di proposizione della domanda laddove l'operatore dimostri di essere stato "*informato dell'importo preciso dovuto [...] in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito*". Le complessità legate a questi accertamenti, confermate dalla ampia casistica giurisprudenziale, dimostrano che, in effetti, al momento della partecipazione alla gara l'operatore può non essere in grado di conoscere l'esistenza di un debito contributivo o tributario o il suo esatto ammontare. Sulla compatibilità della regolarizzazione con il principio della *par condicio* si è recentemente espressa la CGUE, sent. 2 giugno 2016, in C-27/2015.

rare un contraddittorio con gli operatori e di motivare le proprie decisioni anche ‘in positivo’ – vale a dire, in relazione alla decisione di mantenere in gara un operatore che si trovi in una potenziale causa di esclusione.

In definitiva, dunque, anche nel sistema introdotto dal d.lgs. 50/2016 le cause di esclusione potranno rappresentare una potenziale fonte di forte contenzioso anche, ma non solo, in sede giurisdizionale, considerato che il nuovo Codice offre diversi strumenti di doglianza.

4. Osservazioni conclusive e proposte.

Come si è detto, il nuovo Codice non disciplina la fase di ‘*ammissione ed esclusione*’ dei concorrenti; ma prevede – *recte*, richiama – l’adozione di un provvedimento che individui i concorrenti esclusi dalla procedura e quelli ammessi al suo prosieguo all’esito della ‘*valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*’.

L’assenza di una disciplina compiuta – insieme alla formulazione non felice di alcune disposizioni – pongono numerosi interrogativi, cui non è sempre possibile rispondere utilizzando gli ordinari criteri ermeneutici. I profili più delicati e potenzialmente problematici riguardano l’individuazione del soggetto chiamato a compiere l’attività di valutazione; la collocazione sistematica della *fase* di verifica all’interno della procedura di gara e il suo rapporto con la tutela giurisdizionale¹⁰.

I. – La competenza. - Per quanto riguarda il primo interrogativo, sembra abbastanza agevole rispondere che le verifiche sul possesso dei requisiti spettano alla stazione appaltante e non alla commissione di aggiudicazione, cui compete unicamente la ‘*valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico*’ (art. 77 Cod.).

Come detto, poiché tale fase può comportare anche accertamenti complessi (ad es., in merito ai contratti analoghi a comprova di requisiti speciali in appalti ad elevato contenuto tecnologico ed innovativo), oltre che latamente discrezionali (ad es., idoneità di una misura ad evitare conflitti di interesse), sarebbe opportuna l’instaurazione di un contraddittorio con gli operatori interessati ed è, in ogni caso, necessaria una puntuale motivazione delle valutazioni della stazione appaltante. In effetti, se l’interesse tutelato dalle disposizioni in materia è quello ad una corretta formazione della platea dei giocatori – ciò che, sul piano della tutela giurisdizionale, giustifica la necessità di autonoma (ed immediata) impugnazione del provvedimento conclusivo delle verifiche e le connesse preclusioni processuali –, anche la decisione di ammettere un operatore deve essere adeguatamente motivata perché potenzialmente lesiva della posizione degli altri (aspiranti) partecipanti.

La circostanza che le valutazioni di cui si discute vengano affidate non alla commissione, bensì alla stazione appaltante, le colloca naturalmente – a meno di

¹⁰ Vi sarebbero anche altri profili problematici, spesso legati ad una non chiara formulazione delle norme: si pensi, ad esempio alla difficoltà di comprendere quali conseguenze derivino in concreto dalla presenza di un motivo di esclusione ai sensi dell’art. 80 Cod. in capo ad un subappaltatore (art. 80, co. 5, nuovo Codice). Per non appesantire l’esposizione, si allega una tabella riassuntiva delle disposizioni che si ritiene debbano essere riviste e/o corrette.

non pensare a continue e ripetute contorsioni procedurali – nel momento iniziale, ovvero in quello finale della procedura.

Veniamo così al secondo profilo, concernente la collocazione della fase di ammissione nella sequenza procedimentale.

II. – *La collocazione sistematica.* - Come si è visto, la scelta del nuovo Codice appare univoca a favore della prima delle due opzioni: la verifica sul possesso dei requisiti *precede* la valutazione delle offerte affidata alla Commissione di gara. Si tratta di una scelta *politica*, contenuta nella legge delega e certamente non priva di risvolti problematici.

La fase di ammissione / esclusione, in effetti, sembra concepita essenzialmente per introdurre preclusioni di ordine processuale al fine di ridurre il contenzioso post-aggiudicazione: si impone un “tutti contro tutti” all’inizio della gara, con divieto di riproporre questioni sulla partecipazione nelle fasi successive.

Tuttavia, oneri procedurali (per le amministrazioni che devono procedere a verificare la posizione di tutti i concorrenti in gara) e preclusioni processuali (per gli operatori, che si trovano costretti a ricorrere conto i concorrenti in un momento iniziale, nel quale non viene in gioco l’affidamento della commessa) si giustificano solo se assolvono ad una funzione anche sostanziale e sono in grado di offrire un contributo positivo in termini di costruzione e maggiore efficienza del sistema. In caso contrario, la soluzione prescelta potrebbe, da un lato, prestarsi a fondate censure (anche di legittimità costituzionale e di incompatibilità con i principi derivanti dal Trattato) e, dall’altro, rivelarsi rimedio peggiore del male che si intende curare.

È indubbio, infatti, che una attività di verifica, che richiede accertamenti e riscontri documentali, a volte estremamente complessi (anche se agevolati dal ricorso a banche dati), laddove venga effettuata nei confronti di *tutti i concorrenti e per tutti i requisiti*, comporti un oggettivo aggravio del procedimento. Non solo: tale aggravio potrebbe rivelarsi in larga parte inutile se si considera che il provvedimento di ammissione viene necessariamente adottato ‘allo stato degli atti’ - in quanto le cause di esclusione possono sempre emergere o sopravvenire nel corso della procedura - e che, laddove l’esito delle verifiche, ora condotte a tappeto dalle stazioni appaltanti, porti ad un aumento del numero delle esclusioni, si avrà presumibilmente un corrispondente incremento del contenzioso in grado di incidere negativamente sull’andamento della gara.

A ciò si aggiunga che l’introduzione di una fase di ammissione ha in realtà un impatto diverso a seconda del tipo di procedura.

Non è un caso che le direttive europee – in particolare, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari – contengano una specifica disciplina per le procedure aperte. L’art. 56, par. 2, della direttiva recita infatti: “2. *Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l’assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell’assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell’articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice.*”

Gli Stati membri possono escludere o limitare l’uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche.”.

Questa disposizione non è stata recepita nell'ordinamento italiano nonostante non sembri attribuire agli Stati membri margini di scelta in ordine alla necessità di lasciare alle stazioni appaltanti – il cui ruolo viene complessivamente valorizzato nelle nuove direttive - l'adozione della procedura più idonea nel caso concreto.

La stessa disposizione consente al legislatore nazionale di limitare od escludere la discrezionalità delle stazioni appaltanti in situazioni predeterminate; ma non sembra ammettere una sua integrale eliminazione: l'opzione, questa, viceversa esercitata dal nuovo Codice per tutti gli appalti sopra-soglia nei settori ordinari ¹¹.

Pertanto, anche laddove si voglia mantenere l'idea di introdurre per tutte le procedure una fase di qualificazione degli operatori, le disposizioni del Codice andranno riviste in modo da dare piena attuazione alla direttiva europea.

Ne deriva la necessità di distinguere fra procedure ristrette (o negoziate, comunque ad inviti della stazione appaltante) e procedure aperte.

Nelle prime, la *fase di ammissione ed esclusione* coincide in sostanza con la fase di pre-qualifica e svolge una precisa funzione: l'individuazione degli operatori che potranno presentare offerta. Pertanto, l'introduzione di un maggiore carico procedimentale, indotto dalla necessità di adottare un provvedimento che sia *anche* di ammissione, con connessi oneri motivazionali, trova una giustificazione sostanziale, così come l'introduzione di preclusioni processuali nel caso di mancata impugnazione del provvedimento conclusivo della fase di verifica.

Per le procedure aperte, viceversa, l'attuazione dell'art. 56 della direttiva 2014/24/UE, porta ad attribuire alle stazioni appaltanti la scelta del momento più opportuno per procedere alle dovute verifiche. Si tratta di una scelta che, ovviamente, non può essere arbitraria e che il legislatore potrebbe certamente orientare predeterminandone i criteri ovvero imponendo alle stazioni appaltanti di individuarli nel bando (ad es., in rapporto al numero di partecipanti e alla complessità delle verifiche). Anche al fine di evitare partecipazioni "fittizie", rivolte ad influenzare l'individuazione delle offerte anormalmente basse (art. 97 nuovo Cod.), appare inoltre opportuno, se non indispensabile introdurre un primo controllo di regolarità formale e di completezza delle informazioni prodotte in gara dai concorrenti, accompagnato da seri controlli a campione.

Ovviamente, laddove le stazioni appaltanti decidessero di avvalersi della facoltà di posticipare la fase di verifica dei requisiti, essa verrebbe differita al termine della gara e non avrebbe più senso né parlare di *fase di ammissione* né di provvedimento che individui i soggetti ammessi; nel contempo, con ogni probabilità, i controlli potrebbero essere limitati ai primi classificati in graduatoria, secondo quanto già oggi dispone l'art. 85, co. 5, secondo periodo, nuovo Cod.

Una fase di (pre)qualificazione degli operatori, viceversa, rimarrebbe anche nelle procedure aperte laddove, per l'esiguità del numero dei partecipanti ovvero per la natura degli accertamenti da effettuare, la sua posticipazione non fosse opportuna.

III. – Profili processuali. – Tra i profili più problematici del d.lgs. 50/2016 vi è indubbiamente quello concernente le conseguenze processuali dell'introduzione

¹¹ Il problema si pone solo per i settori ordinari perché in quelli speciali la direttiva europea è stata correttamente recepita

di una fase di ammissione: ove privo di una adeguata giustificazione procedimentale e sostanziale, infatti, il sistema delle preclusioni individuato dal novellato art. 120 c.p.a. potrebbe rivelarsi un ostacolo all'esercizio di una piena tutela giurisdizionale, con tutto ciò che ne deriva sul piano della legittimità costituzionale della disposizione, da un lato, e di sua compatibilità con i principi del Trattato, dall'altro.

Se le precedenti considerazioni suggeriscono prudenza nel valutare l'impianto del nuovo sistema, in attesa di verificarne la concreta applicazione, alcune disposizioni contenute nell'attuale formulazione dell'art. 120 c.p.a. meritano senz'altro un immediato ripensamento:

- non si comprende la ragione per cui il ricorso contro il provvedimento di ammissione/esclusione debba essere proposto entro 30 gg. dalla pubblicazione del provvedimento sul sito anziché dalla sua comunicazione mediante PEC. Teoricamente, i due adempimenti dovrebbero essere contestuali, ma non è detto che ciò avvenga e, in ogni caso, solo l'art. 76 nuovo Cod. (nel prescrivere l'invio della comunicazione via PEC), si preoccupa di assicurare che vengano fornite le indicazioni – compreso l'eventuale collegamento ipertestuale – necessarie per acquisire la documentazione;
- dovrebbe essere introdotta una disciplina dell'accesso alla documentazione. In questa materia esso è strumento indispensabile all'effettività della tutela giurisdizionale: si deve infatti consentire ai candidati di acquisire immediatamente sia la documentazione presentata dai concorrenti, sia quella utilizzata dalle stazioni appaltanti per le verifiche;
- dovrebbero escludersi preclusioni riguardanti il ricorso incidentale perché si tratta di uno strumento indispensabile per garantire un'effettiva tutela giurisdizionale e l'esercizio del diritto di difesa del destinatario del ricorso principale. L'attuale formulazione dell'art. 120 c.p.a., che non trova riscontro nella legge delega, non tiene conto del fatto che l'interesse alla sua proposizione scaturisce unicamente dalla proposizione del ricorso principale e finisce per penalizzare – in maniera ingiustificata, ci pare – l'aggiudicatario: non avere fatto ricorso alla 'tutela preventiva' (impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti), favorendo un andamento più spedito della procedura, non può certo ritorcersi contro l'operatore economico, privandolo della possibilità di utilizzare un efficace strumento per difendere la posizione acquisita all'esito della gara.

ELENCO DELLE DISPOSIZIONI DI INTERESSE CON PROPOSTE DI MODIFICA

TESTO NORMATIVO	MODIFICHE PROPOSTE
<p><u>Art. 120, co. 2 bis c.p.a.</u></p> <p>Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità' derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.</p>	<p>Si propone di:</p> <ul style="list-style-type: none"> • modificare l'inciso sul <i>dies a quo</i> per l'impugnazione del provvedimento, facendo decorrere il termine non dalla pubblicazione sul profilo del committente ma dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 29, co. 1 d.lgs. 50/2016. • abrogare l'inciso "anche con ricorso incidentale".
<p><u>Art. 94 d.lgs. 50/2016 (Principi generali in materia di selezione)</u></p> <p>1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 95 a 97 previa verifica, in applicazione degli articoli 85, 86 e 88, della sussistenza dei seguenti presupposti:</p> <p>a) l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse nonché nei documenti di gara, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 95, comma 14;</p> <p>b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso ai sensi dell'articolo 80 e che soddisfa i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83 e, se del caso, le norme e i criteri non discriminatori di cui all'articolo 91.</p> <p>2. La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.</p>	<p>Si propone:</p> <ul style="list-style-type: none"> - di inserire un comma 3 per reintrodurre il controllo a campione obbligatorio, sul modello della vecchio art. 48, co. 1 d.lgs. 163/2006; - di inserire un comma 4 per recepire la previsione di cui all'art. 56, par. 2 della direttiva 2014/24/UE, con l'introduzione di uno specifico obbligo di motivazione per la stazione appaltante. <p>Il testo potrebbe essere il seguente:</p> <p><i>"4. Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere nel bando la facoltà di esaminare le offerte prima di verificare l'idoneità degli offerenti. Tale facoltà è esercitata con provvedimento motivato in relazione alle circostanze concrete della procedura e in ogni caso prima dell'apertura delle offerte. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 80 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice."</i></p>

<p><u>Art. 32 d.lgs. 50/2016 (Fasi delle procedure di affidamento)</u></p>	<p>Tra le fasi previste dall'art. 32 andrebbe menzionata anche la fase di esclusione/ammissione dei candidati, con la precisazione che le stazioni appaltanti possono esercitare la facoltà di posticipazione dei controlli di cui si è detto al punto precedente.</p>
<p><u>Art. 80, co. 1 d.lgs. 50/2016 (Motivi di esclusione - condanne penali)</u></p>	<p>Si dovrebbe modificare l'inciso "anche riferita a un suo subappaltatore", per chiarire le conseguenze derivanti dall'esistenza di una causa di esclusione in capo al subappaltatore. Raccordare la disciplina con quella dell'avvalimento</p>
<p><u>Art. 80, co. 2 d.lgs. 50/2016 (Motivi di esclusione - antimafia)</u></p>	<p>Si dovrebbe chiarire quali sono i soggetti (soci, amministratori, direttori, ecc.) su cui debbono essere fatti i controlli, coordinando la disposizione sia con il successivo comma 3 che con l'art. 85 del d.lgs. n. 159/2011.</p>
<p><u>Art. 80, co. 4 d.lgs. 50/2016 (Motivi di esclusione - irregolarità fiscali/contributive)</u></p>	<p>Si dovrebbe perlomeno contemplare la deroga di cui all'art. 57, par. 3, co. 2 della direttiva 2014/24/UE, che prevede la che l'operatore non venga escluso laddove dimostri di essere stato "informato dell'importo preciso dovuto [...] in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito".</p>
<p><u>Art. 80, co. 5, lett. i) d.lgs. 50/2016 (Motivi di esclusione - violazione norme a tutela del lavoro dei disabili)</u></p>	<p>La disposizione dovrebbe essere coordinata con l'art. 17 n. 68/1999, come modificato dall'art. 40, co. 5 del d.l. n. 112/2008, che ha eliminato la certificazione rilasciata dagli uffici competenti, prevedendo che le imprese sono tenute a presentare in gara una semplice dichiarazione del legale rappresentante sul rispetto delle norme in materia. Andrebbe dunque modificato il riferimento alla "certificazione" e soppresso l'inciso "ovvero autocertifici la sussistenza del medesimo requisito".</p>