

APPALTI La riforma

Dopo il decreto sviluppo si può espellere soltanto se c'è una esplicita previsione normativa

Gare, tutti i rischi di esclusione

La guida alle cause ammesse – Meglio spostare i protocolli di legalità nei contratti

DI LAURA SAVELLI

Dal 13 maggio, cioè da quando è entrato in vigore il decreto sviluppo, le stazioni appaltanti si stanno interrogando in merito alle clausole che possono essere inserite nei bandi, a pena di esclusione dei concorrenti dalle gare. Non basta infatti seguire l'elenco contenuto nell'articolo 38 del codice appalti.

Il decreto ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione e ha fornito indicazioni che, essendo inevitabilmente di principio, non aiutano i committenti.

Ora la stazione appaltante può innanzi tutto procedere all'esclusione dalla gara, in caso di mancato adempimento alle prescrizioni del codice, del regolamento o di altre disposizioni di legge.

Questo significa che, tranne il caso in cui venga individuata con certezza la fonte normativa delle prescrizioni, per le altre converrà non inserire la dicitura «a pena di esclusione» e, se il concorrente non le avrà rispettate, la stazione appaltante potrà, a seconda dei casi, chiedere integrazioni o ammettere comunque l'impresa alla gara. Vediamo quindi di identificare alcune ipotesi e vedere se sono ancora valide.

La presentazione dell'offerta. La prima ipotesi di estromissione dalla gara è giustificata dalla incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, dovuta a difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali. L'altra ipotesi è invece legata alla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, o alla presenza di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, che possano indurre a ritenere che le offerte non siano più segrete.

Avvalimento. L'articolo 49, comma 8 del codice autorizza la stazione appaltante a prevedere l'esclusione se più di un concorrente si avvale della stessa impresa ausiliaria. Allo stesso modo non è permessa la partecipazio-

ne alla stessa procedura dell'impresa ausiliaria e di quella che si avvale dei suoi requisiti.

Cauzioni. Altra causa di esclusione prevista dal codice è quella contenuta nell'articolo 75, comma 8, il quale si limita a stabilire che l'offerta debba essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

Se questo è il contenuto essenziale della prescrizione, potrebbero dunque essere dichiarate nulle le clausole del bando che prevedono, a pena di esclusione, l'indicazione di nome, cognome e qualifica del funzionario della banca o dell'intermediario finanziario, che sottoscrive la referenza bancaria, come d'altronde è stato già ammesso da una recente pronuncia del Tar Campania (2399/2011).

Di avviso contrario, una sentenza ancora più recente del Consiglio di Stato (3365/2011), che ha fornito tra l'altro una prima applicazione del principio di tassatività, confermando l'esclusione di un'impresa aggiudicataria, che non aveva presentato la cauzione provvisoria autenticata con firma digitale da notaio o da pubblico ufficiale, come prescritto invece da apposita clausola del bando.

Anche se l'inserimento della clausola nel bando poteva sembrare illegittimo per mancanza di copertura normativa, i giudici hanno affermato invece che «l'autenticazione della sottoscrizione attribuisce certezza alla provenienza della dichiarazione e ne impedisce il disconoscimento da parte del suo autore». In altri termini, si è trattato di un caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, dal momento che l'articolo 74, comma 5, del codice consente alle stazioni appaltanti di richiedere, in relazione all'offerta, anche altri elementi necessari o utili rispetto a quelli essenziali per l'identificazione dell'offerta.

Camera di commercio. Rientra tra le norme del codice che non prevedono espressamente l'esclusio-

OLTRE L'ART. 38: LE DIECI IPOTESI ANCORA LEGITTIME

Esempi di cause di esclusione ammesse per la presenza di copertura normativa

Caso	Norme
1 Avvalimento dei requisiti della stessa impresa ausiliaria da parte di più concorrenti partecipanti alla stessa gara	art. 49, comma 8, codice appalti
2 Divieto di partecipazione alla medesima gara dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria	art. 49, comma 8, codice appalti
3 Offerta corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario	art. 75, comma 8, codice appalti
4 Iscrizione alla Camera di commercio	art. 39, codice appalti
5 Elementi essenziali dell'offerta: forma scritta, identificazione dell'offerente, indirizzo, caratteristiche tecniche e prezzo	art. 74, codice appalti
6 Comunicazione del domicilio eletto, dell'indirizzo di posta elettronica o del numero di fax da parte del concorrente per l'invio delle comunicazioni	art. 79, ultimo comma, codice appalti
7 Dichiarazione del concorrente di essersi avvalso dei piani individuali di emersione	art. 1-bis, comma 14, legge 383/2001
8 Provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale art. 14 del Dlgs 81/2008, per lavoro sommerso o irregolare o per gravi violazioni delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro	art. 14, Dlgs 81/2008
9 Versamento del contributo all'Autorità per la vigilanza per la partecipazione dei concorrenti alla gara	art. 1, commi 65 e 67, legge 266/2005

ne ma che, in funzione del loro contenuto prescrittivo, si prestano a essere tradotte in clausole ostative all'ammissione alla gara. Il riferimento è all'articolo 39, in base al quale le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a provare la loro iscrizione alla Camera di commercio.

È vero che la norma si esprime in termini di invito da parte dell'amministrazione, ma ciò non toglie che gli operatori economici debbono dimostrare di essere iscritti al registro Cciao, anche per consentire alla stazione appaltante di verificare la dicitura antimafia.

Non a caso, per la dimostrazione di tale requisito, la norma rimanda proprio all'articolo 38, comma 3, del codice, che consente di autodichiarare l'iscrizione, come accade per i requisiti generali, per consentire l'accertamento di eventuali cause ostative all'ammissione alla gara.

Forma dell'offerta. Allo stesso modo, non può non prescrivere a pena di esclusione la mancanza dei requisiti essenziali indicati dall'articolo 74 del codice, in termini di forma e contenuto dell'offerta, co-

me ad esempio la forma cartacea o elettronica, la sottoscrizione con firma manuale o digitale, l'identificazione e l'indirizzo dell'offerente, oltre alle caratteristiche tecniche e al prezzo.

Tuttavia, in relazione all'offerta, non bisogna dimenticare che l'articolo 46, comma 1-bis, circoscrive la tassatività ai casi di incertezza assoluta sulla sua provenienza, per cui appaiono contrarie alla norma le conclusioni del Tar Puglia che, con la sentenza 1007/2011, ha confermato la legittimità dell'esclusione di un'impresa, che non aveva allegato all'offerta cartacea il Cd contenente i relativi files in formato Pdf, come prescritto dal bando. Non sembra infatti che, in simili casi di dimenticanza, si possa mettere in dubbio la certezza assoluta della provenienza dell'offerta.

Domicilio. Anche il contenuto dell'articolo 79, ultimo comma, del codice, si presta poi a essere trasformato in una clausola a pena di esclusione. In questo caso, infatti, la norma dispone che il bando debba fissare l'obbligo per il concorrente di indicare, all'at-

to di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni, oltre a dover obbligare il concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax per l'invio delle comunicazioni.

Subappalto. Certamente, d'ora in avanti, non sarà più possibile richiedere nei bandi, a pena di esclusione, la dichiarazione del concorrente di voler subappaltare parte dell'esecuzione del contratto. La mancata dichiarazione, oltre a non essere legislativamente prevista come causa di esclusione, altro non può comportare se non il diniego, da parte della stazione appaltante, dell'autorizzazione al subappalto.

Piani di emersione. Può essere richiesto a pena di esclusione che il concorrente dichiari se si sia avvalso dei piani individuali di emersione, dal momento che l'articolo 1-bis, comma 14, della legge 383/2001 prevede espressamente che i soggetti che ne usufruiscono sono esclusi dalle gare di appalto pubbliche, fino alla conclusione del periodo di emersione.

Lavoro e sicurezza. Il

bando può prevedere che il partecipante alla gara dichiari che nei suoi confronti non sono stati assunti provvedimenti ai sensi dell'articolo 14 del Dlgs 81/2008, cioè provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale per aver fatto ricorso a lavoro sommerso o irregolare o per aver commesso gravi violazioni delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. In presenza di questi provvedimenti, infatti, la norma dispone che le autorità competenti possono adottare misure interdittive alla contrattazione con la Pa.

Tassa gare. Copertura normativa anche per le clausole del bando, che impongono il versamento del contributo all'Autorità per la vigilanza per la partecipazione dei singoli concorrenti alla gara, in virtù della sua previsione normativa originaria all'interno dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge 266/2005.

Protocolli di legalità. L'interrogativo su quali siano le altre disposizioni di legge vigenti, che possono comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, si è posto poi soprattutto con riferimento ai protocolli di legalità, che sono qualificabili come accordi fra pubbliche amministrazioni sottoscritti in funzione di una collaborazione delle Pa nelle attività di prevenzione antimafia, ma non rientrano nella categoria delle disposizioni di legge, cui fa invece riferimento il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46.

Finora, è sempre stato consentito alla stazione appaltante l'inserimento, nei propri bandi di gara, di clausole che consentivano di escludere il concorrente, che non accettava di rispettare le disposizioni del protocollo di legalità. Oggi, invece, potrebbe essere illegittimo richiedere al concorrente l'assunzione di questo impegno, anche se ciò non impedisce all'amministrazione di inserire il contenuto del protocollo all'interno dello schema di contratto, che il concorrente non può non accettare, se non a pena della sua esclusione dalla gara. ■