

Affidamento dei servizi di assicurazione per responsabilità civile verso terzi e verso prestatori d'opera

Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203

di Virginio Vitullo

Con la sentenza che si annota il Consiglio di Stato ha ancora una volta sottolineato la necessità di affermare il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche di appalto. Nel caso di specie la parte ricorrente lamentava la propria esclusione da una gara, indetta dall'Azienda sanitaria locale di Potenza, per l'affidamento di servizi assicurativi. Le deduzioni prodotte in giudizio riguardavano, in particolare, la violazione e la falsa applicazione degli articoli 75 (Garanzie a corredo dell'offerta) e 49 (Avvalimento) del D.lgs. 163/2006, eccependo che la società aggiudicataria dell'appalto non potesse beneficiare, come in realtà è avvenuto, della riduzione della cauzione provvisoria non avendo dimostrato il requisito del possesso della certificazione di qualità aziendale. Inoltre, la parte ricorrente evidenziava come la stazione appaltante, non avrebbe dovuto accordare il beneficio del dimezzamento della cauzione sopra citato, in quanto, a suo dire, l'assenza di tale documentazione, elemento da produrre a sostegno della legittimità della riduzione ottenuta, sembrava condizione necessaria per l'ammissione alla gara. Allo stesso tempo, tuttavia, non avrebbe potuto aggirare il problema della mancata produzione documentale, sfruttando la certificazione posseduta dalla società che aveva prestato fideiussione per nome e per conto dell'aggiudicataria, poiché, sicuramente, non era configurabile come impre-

sa ausiliaria della concorrente, avendo agito in difetto di un contratto di avvalimento, il quale prevede una responsabilità di carattere solidale tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria¹.

Il Consiglio di Stato riconosce la legittimità dell'operato della Commissione di gara, nonostante l'aggiudicataria avesse prestato la garan-

¹ Cons. Stato Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066: "In materia di gare pubbliche di appalto, ai fini dell'operatività dell'istituto dell'avvalimento è necessaria, alla luce del disposto letterale dell'art. 49, comma 2, lett. d) e g), del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) e dalla ratio che lo permea, la prova che l'impresa ausiliaria non si è impegnata semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma ha assunto l'obbligazione di mettere in concreto a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità" - R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici 2007*: "Il diritto comunitario, in coerenza con il valore liberistico che lo permea, ha da tempo ammesso, anzitutto per via pretoria, che un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto, possa fare riferimento alla capacità di altri soggetti, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti, necessari all'esecuzione del contratto" (in materia di appalti di servizi Corte di Giust. CE, 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, *Holst Italia*; già in precedenza, in materia di appalti di lavori, Corte di Giust. CE, 14 aprile 1994, in causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, nonché id. 18 dicembre 1997, in causa C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*).

zia, di cui all'art. 75 del codice dei contratti, in misura dimezzata anche senza aver dimostrato il possesso della certificazione di qualità. La decisione si fonda su una duplice motivazione: *in primis* la mancanza di un espresso richiamo nel bando di gara circa la previsione, come causa di esclusione, della mancata presentazione della certificazione di qualità, prescrizione, peraltro, non prevista neanche dallo stesso d.lgs. n. 163/2006 all'art. 43 concernente le Norme di garanzia della qualità ("Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici"). *In secundis* l'art. 75, comma 1, non prevede esplicitamente l'esclusione dalla gara nel caso di presentazione della cauzione in misura del 50%, in quanto, concede la possibilità di regolarizzare la provvisoria mancanza in un momento successivo².

² Comma 7, art. 75, d.lgs. n. 163/2006: "L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.". G. FERRARI, *Cauzione dimezzata per possesso del certificato ISO, i Urbanistica e appalti*, 2005, p. 82: "L'agevolazione mira a premiare i concorrenti in possesso di capacità certificata nell'esecuzione dei lavori del-

Pertanto, il Consiglio di Stato ha espresso la propria pronuncia sull'appello affermando che in difetto di esplicite sanzioni di esclusione contenute nella legge e/o nel bando, debba ritenersi che non possa farsi luogo ad esclusioni non tassativamente previste, come peraltro stabilito previsto dall'art. 46³ del codice dei contratti rubricato "*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*"⁴.

la stessa natura di quelli oggetto dell'appalto e che, quindi, offrono maggiori garanzie di affidabilità, con conseguente attenuazione del rischio di inadempimento".

³ Articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006 "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle."

⁴ Cons. Stato Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4986: "Le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione. Questo orientamento ha trovato una puntuale traduzione normativa con il nuovo comma 1-bis dell'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dall'art. 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70"; T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 19 giugno 2012, n. 1088; "Con l'entrata in vigore dell'art. 46 c.1-bis del d.lgs. n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4 c. 2 lett. d) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. in L. 12 luglio 2011, n. 106, è stato introdotto il principio di *tassatività* delle cause di esclusione dalle gare d'appalto: in base alla novella legislativa, deve ritenersi illegittima la mancata ammissione di una ditta da una procedura selettiva per una circostanza che non costituisce motivo di esclusione in virtù di una precisa disposizione di legge. Più precisamente secondo il nuovo testo del citato art. 46 la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di: - mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (d.P.R. n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti; - incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o

Questa tesi, ormai, può considerarsi costantemente sostenuta sia dalla dottrina, la quale ribadisce in maniera secca che: “il nuovo comma 1-bis dell'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, dopo aver indicato quali sono le ipotesi nelle quali le stazioni appaltanti possono legittimamente escludere i candidati dalle gare, aggiunge che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che dette prescrizioni sono comunque nulle”⁵ sia da larga parte della giurisprudenza. In particolare, quest'ultima si è espressa in tal senso, per la prima volta, con una sentenza del T.A.R. Veneto 2011, il quale nel pronunciarsi circa la possibilità che il valore della cauzione provvisoria fosse inferiore a quello previsto nel bando, ha sancito che: “il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali” non annovera, tra le suddette cause, la prestazione di una cauzione provvisoria in importo deficitario.

di altri elementi essenziali; - non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Queste cause di esclusione sono tassative ed ogni altra prescrizione prevista dagli atti di gara deve considerarsi nulla”. T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, 11 agosto 2012, n. 392: “L'art. 46 bis d.lgs. n. 163/2006 ha reso tassative le cause di esclusione dalle gare di appalto, limitandole a quelle previste espressamente dalla legge, con dichiarazione *ex lege* di nullità di tutte le altre eventualmente inserite nella *lex specialis*”.

⁵ G. RICCARDO, *Urbanistica e appalti*, 2012, 1, p. 95: “L'art. 4, comma 1, lett. n) del decreto-legge n. 70 del 2011 impone l'obiettivo normativo di “tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”. Il senso della previsione, pur nella carenza della medesima sotto il profilo tecnico-giuridico, è chiaro: le cause di esclusione sono solo quelle tipiche *ex lege* (Codice e regolamento), le stazioni appaltanti non possono creare ulteriori fattispecie escludenti (“clausole addizionali”), le clausole espulsive eventualmente introdotte dai bandi sono “irrilevanti”.

Quindi, nel caso di specie il giudice amministrativo ha ritenuto legittima la pretesa della ricorrente *con* l'effetto che quest'ultima non sarebbe dovuta essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto⁶.

Dunque, la decisione in commento ribadisce ciò che la giurisprudenza⁷, già prima della novella apportata al d.lgs. 163/2006, con l'art. 46, comma 1 bis, inserito con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, aveva portato all'attenzione degli operatori del diritto. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che non possa farsi luogo a cause di esclusione non tassativamente previste dalla normativa di settore, in-

⁶ T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376: “Il disposto normativo di cui all'art. 46, comma primo bis del d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, comma secondo, n. 2, lett. d) del d.l. n. 70 del 2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario. In circostanze siffatte, pertanto, qualora disposta, l'esclusione è illegittima”.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696: “Si deve ritenere che, nelle gare pubbliche, le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, siano tassative e non possano essere interpretate analogicamente” - TAR Lazio, sez. I, 21 luglio 1997, n. 1157; T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 2 novembre 2009, n. 1825: “L'esclusione delle offerte deve essere espressamente comminata da una puntuale statuizione della *lex specialis* di gara e non può dipendere genericamente dalla violazione di una qualsiasi prescrizione del bando: in difetto di una specifica disposizione in tal senso, è ben possibile un'interpretazione sostanzialista della fattispecie in ossequio al principio del “*favor participationis*”; in effetti la tassatività delle clausole di esclusione e la massima partecipazione costituiscono principi giurisprudenziali pacifici nelle procedure concorsuali, ispirati ai valori comunitari di concorrenza e trasparenza; peraltro l'indagine deve investire l'interesse che la clausola violata è destinata a presidiare, per stabilire se lo stesso sia effettivo e rilevante.”.

troducendo così un principio generale, già elaborato in passato, che rappresenta un'espressione del principio del "*favor participationis*".

Proprio sulla base di ciò, la stessa giurisprudenza ha osservato come nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, debbano essere di stretta interpretazione e non possano essere oggetto di interpretazione estensiva o analogica, cosicché anche quando manchi una chiara disposizione, che imponga l'esclusione, prevale il più ampio principio della partecipazione al fine di garantire il miglior risultato per l'amministrazione.