

Premessa

Il presente lavoro costituisce la rielaborazione dell'indagine oggetto del volume *“La valutazione di affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici”*, 2017, pubblicato solo in versione *e-book*.

Si trattava di una “primissima” riflessione sul tema delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale, all'indomani dell'emanazione del d.lg. n. 50/2016.

All'epoca, infatti, la scelta di pubblicare il lavoro in modalità *e-book* fu dettata soprattutto dalla convinzione che la questione avrebbe meritato ulteriori approfondimenti.

Si trattava della “prima versione” di una ricerca, alla quale doveva dedicarsi ancora attenzione e, soprattutto, altro tempo.

In effetti, così è stato.

L'art. 80 del Codice si è rivelata una norma complessa, di non facile applicazione.

La giurisprudenza amministrativa presenta orientamenti tra di loro divergenti in merito all'applicazione delle diverse fattispecie escludenti; tra l'altro, il Consiglio di Stato ha già formulato in diverse occasioni domande di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia UE vertenti sull'art. 80 del d.lg. n. 50/2016; il legislatore, dal canto suo, ha modificato e/o integrato a più riprese il quadro normativo nel tentativo di semplificarlo, ma in realtà ha sollevato ogni volta nuovi dubbi (da ultimo, con il d.l. n. 32/2019); l'ANAC, che dovrebbe garantire omogeneità di prassi, ha complicato soltanto con i suoi interventi la vicenda.

Si pubblica il volume nella consapevolezza della fluidità della materia.

Tuttavia, la volontà di pubblicare deriva proprio dalla necessità di mettere in risalto la magmaticità dell'assetto normativo, che rende comples-

XIV *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento*

sa la ricostruzione della decisione amministrativa e pone problemi di (in)certezza del diritto e di (im)prevedibilità della sua applicazione, in un momento così delicato del procedimento di affidamento dei contratti pubblici.

Salerno, 14.7.2019

E.R.

Introduzione

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca. – 2. Considerazioni preliminari alla trattazione del tema e prospettive metodologiche – 3. Rappresentazione sintetica delle linee evolutive dell'indagine.

1. L'oggetto della ricerca

L'oggetto della presente ricerca è il potere valutativo dell'amministrazione di esclusione degli operatori economici da una gara per difetto dei requisiti di ordine generale.

Il tema dei requisiti di ordine generale¹ (anche c.d. di moralità o di

¹In dottrina, sui requisiti di ordine generale prima del Codice dei contratti pubblici del 2016, si vedano F. CARDARELLI, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d.lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; N. TORCHIO, *Requisiti per la qualificazione*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Il regolamento di attuazione*, Milano, 2011, 4597 ss.; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008; S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 423 ss.; R. GRECO, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in P. DE LISE e R. GAROFOLI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; V. CAPUZZA, *L'art. 38 del Codice degli appalti: la natura del divieto di stipulare*, in *Riv. trim. app.*, 3/2010, 952 ss.; ID., *Le dichiarazioni in fase di gara sui provvedimenti di condanna dopo la legge n. 106/2011*, in *www.treccani.it*, 2011; A. CANCRINI-P. PISELLI-V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, IGOP, 2010, 153 ss.; S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007; I. PAGANI, *I soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni "di ordine pubblico" nelle gare d'appalto*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 713 ss.; F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di "moralità professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla*

“ordine pubblico”²) si innesta nel quadro dei requisiti soggettivi di partecipazione per l'ammissione a una procedura di affidamento dei lavori pubblici³.

luce del “decreto sviluppo” n. 70/2011, convertito nella l. n. 106/2011, in *Foro amm. TAR*, 10-2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 333-343. Dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016, si veda M. LASALVIA, *Commentario al nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, Roma, 2016, 357 ss.; S. VINTI, *Motivi di esclusione*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 942 ss.; F. VENTURA, *Commento all'art. 80*, in A. CARULLO-G. IUDICA (diretto da), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, 2018, 725 ss.

² Cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, 1269.

³ Sotto la vigenza del Codice degli appalti del 2006, si distingueva tra criteri di selezione, vale a dire i requisiti che attestano la idoneità dei concorrenti a eseguire l'appalto, e i criteri di aggiudicazione, vale a dire i criteri che servono ad individuare la miglior offerta (Cons. Stato, sez. V, 20.8.2013, n. 4191). La giurisprudenza amministrativa riteneva che “*Nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo; di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare*” (in tal senso si vedano Cons. Stato, sez. V, 20.8.2013, n. 4191; Cons. Stato, 12.11.2015, n. 5181; T.a.r. Lazio, 20.1.2016, n. 19; T.a.r. Veneto, 19.1.2016, n. 30).

Sulla distinzione in parola e sul divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti delle offerte si vedano R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M. A. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. II. L'organizzazione La programmazione I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, 2008, 1268 e 1269, in particolare nota 6; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 300.

Si rinvia anche alle riflessioni di R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, il quale evidenzia che “*la differenza, alquanto chiara in linea teorica, spesso si smarrisce nella realtà pratica, laddove di frequente nei bandi di gara si assiste a forme di sovrapposizione ed ibridazione fra le due fasi, con prescrizioni che consentono anche in sede di aggiudicazione di valutare elementi attinenti ai criteri di selezione*”. Si rinvia, inoltre, alla giurisprudenza richiamata dallo stesso Autore, avente ad oggetto

Il presente lavoro intende soffermarsi sui requisiti di ordine generale, sulla valutazione dell'amministrazione e, quindi, sulle cause di esclusione per difetto della loro sussistenza.

Non costituirà oggetto di analisi l'apprezzamento da parte dell'amministrazione dei requisiti di capacità tecnica, di quelli di capacità economico-finanziaria, dei requisiti di qualificazione⁴.

L'art. 80 del d.lg. n. 50/2016 sancisce le cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di appalto o di concessione per la mancanza dei c.d. requisiti di ordine generale. La predetta norma configura il potere in capo alla amministrazione di escludere un operatore economico dalla procedura in corso nell'ipotesi in cui ricorrano determinate condizioni.

l'illegittimità dei bandi che contemplavano, fra i criteri di valutazione delle offerte, elementi e circostanze afferenti piuttosto alla professionalità e all'affidabilità dell'offerente.

In generale, il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta derivava da quella giurisprudenza comunitaria che aveva sottolineato la necessità di operare un'adeguata separazione tra fase di selezione dell'offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell'offerta, fondata sui criteri di aggiudicazione (cfr. Corte Giust., 24.1.2008, C-532/06; 19.6.2003, C-315/01).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva recepito dette indicazioni, adeguandole a situazioni specifiche nelle quali veniva comunque ammessa la possibilità di considerare, in fase di valutazione dell'offerta, elementi che rientravano nei requisiti di partecipazione.

Il divieto di commistione tra criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione è stato progressivamente mitigato, ma solo ed esclusivamente con riferimento al requisito di partecipazione relativo alla pregressa esperienza dell'offerente nel settore oggetto della specifica commessa (Cons. Stato, sez. V, 3.10.2012, n. 5197).

A tal proposito, si consideri che, l'art. 95, sesto comma, del d.lg. n. 50/2016 prevede espressamente, tra i criteri di aggiudicazione delle offerte utilizzabili, "*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto*".

In dottrina, si rinvia alle riflessioni di A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, A. GIUSTI, *Commento all'art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 1046 ss.

Sulla relazione tra i requisiti di partecipazione e quelli di aggiudicazione, dopo l'emanazione del d.lg. n. 50/2016, si vedano, *ex multis*, T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 19.3.2018, n. 80; Cons. Stato, sez. V, 22.10.2018, n. 6026; in senso difforme, Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 279.

Cfr. anche delibera ANAC n. 70 del 24.1.2018 e delibera ANAC n. 472 del 23.5.2018.

⁴Su questa tematica si rinvia a A. GIANNELLI-P. PROVENZANO-A. GIUSTI, *Commento all'art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 1040 ss.

I motivi di esclusione si presentano eterogenei e diversamente conformati per quanto riguarda il potere dell'amministrazione di apprezzarne la sussistenza e, talvolta, la rilevanza. In altri termini, in alcuni casi l'amministrazione deve escludere dalla gara l'operatore economico limitandosi a verificare la ricorrenza in concreto delle condizioni previste specificamente dalla legge; altre volte, invece, non solo deve "verificare" se la condizione descritta in termini ampi e generali dall'art. 80 ricorra effettivamente nel caso concreto, ma deve "valutare" se essa assuma rilievo.

A ciò si aggiunga che l'amministrazione può evitare l'esclusione dell'operatore economico, in alcune ipotesi, qualora l'operatore dimostri che vi sia stato un "ravvedimento" per la condotta sanzionabile, in altri casi, invece, se ritenga che l'operatore economico abbia adeguatamente posto in essere misure di risarcimento o di prevenzione di illeciti o di reati "escludenti".

Il tema è interessante dal momento che la configurazione legislativa del potere valutativo dell'amministrazione in sede di ammissione delle imprese alla gara incide sulla determinazione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale rispetto ai provvedimenti di esclusione dalle gare pubbliche.

2. Considerazioni preliminari alla trattazione del tema e prospettive metodologiche

Gli atti amministrativi della procedura di affidamento dei contratti pubblici si inseriscono in una fase della regolamentazione dei rapporti giuridici tra soggetti tradizionalmente connotata dal diritto civile e dall'autonomia negoziale⁵.

⁵ Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo, Lezioni*, Milano, 2013, 170. Secondo E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 39, il contratto pubblico sarebbe "una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla dal bozzolo"; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 4, invece, parla di un istituto "in bilico tra diritto comune e diritto speciale". Si veda anche E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, 10 ss.

La letteratura sui contratti pubblici è vastissima. In questa sede ci si limita a richiamare *ex multis* soltanto alcune tra le opere più recenti. In tal senso, si vedano F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano,

Vi è un intreccio tra diritto amministrativo e diritto civile⁶.

A ciò si aggiunga che i lavori, i servizi e le forniture affidati dall'amministrazione comportano l'impiego di risorse pubbliche e il sostenimento di costi al fine di garantire l'erogazione di prestazioni alla collettività⁷.

Il provvedimento di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale va inquadrato in siffatto sistema.

Nell'ambito dei rapporti di diritto privato ciascun soggetto è libero nell'individuazione e nella scelta del contraente⁸: è libero di contrattare, ad esempio, con un soggetto che non è in grado di offrirgli garanzie di "moralità"; l'amministrazione, invece, non può determinarsi in tal senso.

È fin troppo noto che la formazione procedimentalizzata della volontà dell'amministrazione derivi dalla necessità di tutelare l'interesse pubblico al buon andamento e alla imparzialità dell'attività amministrativa, da tradursi nella stipulazione del "miglior" contratto e nell'individuazione del "miglior contraente".

Allo stesso tempo, tuttavia, i meccanismi che presiedono alla partecipazione alla gara delle imprese devono garantire anche la più ampia par-

2008; M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFALI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; S. ALBERTO ROMANO, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011; M. ANDREIS, *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali: mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2012; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive*, Torino, 2014; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013; R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, 2014; F. ASTONE, *Dalla direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, Milano, 2015; S. BACCARINI-G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; F. SAIITA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milano, 2016; S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici: aggiornato allo schema del decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017; M. CORRADINO-D. GALLI-D. GENTILE-M.C. LENOCI-C. MALINCONICO, *I contratti pubblici*, Milano, 2017.

⁶ Cfr. A. SANDULLI, *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, 217 ss.

⁷ M. BERTOLISSI, *I contratti pubblici. Discorso introduttivo intorno ad un sistema che non è ordinamento*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 23-24. In giurisprudenza, si veda anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 26.1.2017, n. 1345.

⁸ R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 6, evidenza che "il diritto dei privati sostanzialmente si disinteressa dei modi impiegati per individuare il partner contrattuale (...) di norma, non impone procedimenti, forme, l'assunzione di pareri, non organizza sistemi di controllo".

tecipazione agli operatori economici, in ossequio agli artt. 41 e 3 Cost. e, in misura ancora più esplicita, sulla scorta della legislazione europea⁹.

Sulle specifiche questioni si tornerà più innanzi.

Tuttavia, ciò che si vuole evidenziare sin da ora è che la selezione del contraente sulla scorta delle caratteristiche soggettive incide sull'autonomia della determinazione contrattuale più di quanto non accada con i meccanismi di selezione basati sulle caratteristiche dell'offerta.

La ragione di ciò va ricercata anche tenendo in considerazione la prospettiva funzionale sottesa alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La sussistenza dei requisiti soggettivi (tradizionalmente suddivisi in requisiti morali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari) è richiesta affinché si pongano dapprima le basi del rapporto fiduciario tra amministrazione e contraente e, solo in un secondo momento, quelle del rapporto contrattuale vero e proprio.

L'instaurazione del rapporto fiduciario tra l'amministrazione e l'eventuale aggiudicatario viene fissata sulla scorta di parametri individuati dalla legge.

Il difetto dei requisiti soggettivi, dunque, si traduce in una mancanza di affidabilità soggettiva dell'operatore economico ostativa alla stipulazione di un contratto pubblico, prima ancora che venga presa in considerazione l'offerta.

Si consideri, infatti, che la stipulazione di un contratto pubblico da parte dell'amministrazione involge la funzione prestazionale dei suoi provvedimenti¹⁰ e l'erogazione di servizi ai cittadini¹¹.

⁹G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 299, osserva che “in sede di ammissione dei candidati a concorrere alle procedura di affidamento dei contratti pubblici coesistono esigenze potenzialmente contrapposte, ma che vanno ben coordinate per raggiungere il miglior bilanciamento di interessi pubblici e privati

¹⁰Sulla funzione prestazionale del provvedimento amministrativo, in generale, si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 362 ss., secondo il quale “dall'intreccio fra il dovere di assicurare e promuovere l'uguaglianza sostanziale, che grava su ogni potere, sul potere legislativo, non meno che su quello amministrativo, e il dovere di garantire e promuovere i diritti fondamentali, discende il conferimento all'amministrazione della funzione promozionale volta alla tutela e all'attuazione dei predetti valori, agendo anche per mezzo dei provvedimenti

Dunque, nel corso della trattazione si cercherà di assumere una prospettiva di analisi che vada oltre il dettato normativo “particolare” e che provi a cogliere le ragioni delle scelte amministrative da farsi e le finalità che queste ultime devono perseguire¹².

amministrativi. I valori di cui la legge costituisce esplicitazione diventano il fulcro sul quale si regge l'intera impalcatura della funzione prestazionale del provvedimento amministrativo”.

¹¹ L'indicazione di prospettiva, in termini chiari sebbene generali, è di M. BERTOLISSI, *I contratti pubblici. Discorso introduttivo intorno ad un sistema che non è ordinamento*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 22 ss., nel momento in cui si occupa di “dire quale è l'articolazione della materia dei contratti pubblici e per ribadire la sua rilevanza, ove si guardi ad una società politicamente organizzata e alle componenti che la rinsaldano”.

¹² Autorevole dottrina ha spiegato come la fisionomia di ciascun istituto giuridico è delineata dalla concorrenza di diversi elementi, correlati tra di loro: l'elemento finalistico (o teleologico o funzionale) e l'elemento strutturale (o morfologico). In tal senso si veda F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 53 ss.

L'elemento finalistico spiega le ragioni della previsione di un certo istituto all'interno dell'ordinamento: “*spiega perché il dato istituto giuridico esista e quale meta l'ordinamento giuridico si proponga di conseguire, mediante esso. (...) L'elemento finalistico può anche essere designato come elemento funzionale, per indicare che ogni istituto giuridico adempie ad una sua funzione pratica, in quanto consente al soggetto che ne faccia impiego di conseguire un determinato risultato, ossia lo scopo che egli si prefigge*” L'elemento strutturale, invece, è “*essenzialmente tecnico e formale, in quanto si concreti nel modo in cui l'istituto è congegnato e articolato*” (così F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 1957, 53-54).

Il tema della struttura e della funzione del diritto e dei singoli istituti giuridici non potrebbe essere compiutamente affrontato in questa sede, né la trattazione intende farvi diretto riferimento. Tuttavia, la conoscenza del dibattito a livello di teoria generale del diritto tra strutturalismo e funzionalismo, con il superamento del primo a favore del secondo, nonché la cognizione della crescente importanza dell'analisi funzionale del diritto offrono indicazioni essenziali rispetto all'approccio metodologico in questione. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 3, evidenzia che “*non può ignorarsi che in seguito alla profonda trasformazione che ha dato ovunque origine al Welfare State, gli organi pubblici perseguono i nuovi fini proposti all'azione dello stato mediante nuove tecniche di controllo sociale, diverse da quelle tradizionali*”. L'Autore sostiene che “*l'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un vero e proprio mutamento nella funzione del sistema normativo nel suo complesso, nel modo di attivare il controllo sociale; segue il passaggio da un controllo passivo, che si preoccupa più di sfavorire le azioni nocive che di favorire le azioni vantaggiose, e un controllo attivo, che si preoccupa di favorire le azioni vantaggiose più che di sfavorire le azioni nocive*” (15). Parla di “*insofferenza al furore antiteleologico di Kelsen e dei kelseniani*”, che tuttavia ha trovato spazio perché ha consentito l'elaborazione della teoria del diritto senza contaminazioni ideologiche (50).

Occorre partire da una siffatta premessa per inquadrare il problema del rapporto tra i requisiti di ordine generale di partecipazione alla gara, la valutazione dell'amministrazione e il relativo sindacato del giudice amministrativo.

Si tratta di ricostruire la decisione amministrativa disciplinata dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, mettendo a fuoco se e quando la indeterminatezza di taluni concetti sia espressione di scelta amministrativa e quando, invece, essa sia piuttosto sintomo di incertezza del sistema delle cause di esclusione degli operatori economici.

3. Rappresentazione sintetica delle linee evolutive dell'indagine

Analizzando il potere valutativo dell'amministrazione nelle ipotesi di cui all'art. 80 del d.lg. n. 50/2016 s.m.i., la ricostruzione del rapporto tra legge e amministrazione si rivela essenziale ai fini della determinazione del contenuto precettivo del provvedimento.

Come qualsivoglia potere amministrativo, anche quello dell'amministrazione di escludere un operatore economico dalla gara trova fondamento giuridico nella legge, che ne prescrive le forme e i presupposti.

Le decisioni che assume l'amministrazione si articolano attraverso attività che hanno contenuti differenti: la questione è mettere a fuoco il tipo di valutazione vale a dire l'attività intellettuale che l'amministrazione deve compiere e i criteri in base ai quali deve essere effettuata.

La dottrina si è occupata di ricostruire le caratteristiche delle strategie legislative di configurazione del potere dell'amministrazione e, quindi, la natura delle disposizioni in esecuzione delle quali viene elaborata la prescrizione provvedimentale¹³. Si è distinto, da una parte, tra strategie deci-

Sulla contrapposizione tra strutturalismo e funzionalismo si vedano anche le indicazioni bibliografiche di L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 57, in particolare nota 10.

Sull'emersione del profilo funzionale degli istituti giuridici, sul problema della collocazione della funzione nell'ambito della fenomenologia giuridica e sul rapporto tra analisi strutturale e analisi funzionale si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 343 ss.

¹³ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.

sionali fondate su regole e, dall'altra, tra strategie decisionali fondate su principi, sui concetti giuridici indeterminati e su clausole generali.

Invero, il potere di esclusione *ex art. 80 del d.lg. n. 50/2016* è diversamente articolato e presenta caratteristiche differenti a seconda della fattispecie individuata.

Occorre muovere dal presupposto che, nella realtà concreta dell'azione amministrativa, la decisione sia il frutto di una pluralità di tipi di valutazione, che si intrecciano, e che sia necessario sezionare le diverse attività per rendere chiare le diverse figure¹⁴.

Dunque, si procederà ad analizzare i motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del d.lg. n. 50/2016, evidenziando i caratteri dell'attività intellettuale che deve compiere l'amministrazione nell'esercizio del potere valutativo a lei ascrivito dalla legge.

Verranno ricostruite le differenti modalità di esercizio del potere e di determinazione del contenuto del provvedimento a seconda dei presupposti.

La trattazione del tema richiederà, inoltre, l'individuazione dell'ambito soggettivo di operatività delle suddette cause di esclusione.

Non potrà trascurarsi che l'apprezzamento delle cause di esclusione da parte dell'amministrazione non è prescritto soltanto dalla legge, ma – allo stato attuale – è condizionato anche dalle Linee guide dell'ANAC.

Tale ricostruzione costituisce la premessa per la delimitazione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di esclusione dalla gara.

Dopo aver ricostruito e rimeditato il rapporto tra legge, potere amministrativo e provvedimento nel quadro dell'esclusione degli operatori economici da una procedura di affidamento per difetto dei requisiti di ordine generale, potrà indagarsi l'intensità del controllo giurisdizionale.

¹⁴ Cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.

Capitolo Primo

L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici per difetto dei requisiti generali: profili ricostruttivi e cenni di diritto comparato

SOMMARIO: 1. Profili storici della disciplina dei requisiti di ordine generale. Dall'insindacabile scelta dell'amministrazione alla tipizzazione dei motivi di esclusione dalla gara. – 2. L'art. 57 della direttiva 2014/24. – 3. L'assetto normativo del provvedimento di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti generali: a) l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici; b) le Linee guida dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, tredicesimo comma. – 4. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale nell'ottica della tassatività delle cause di esclusione. – 5. Valutazione dei requisiti di moralità, *rating di impresa* e affidabilità dell'operatore economico. – 6. Ambito di applicazione: tipologie di contratti e soggetti partecipanti alla "gara". – 7. Finalità delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale: affidabilità morale e professionale dell'operatore e tutela dell'ordine pubblico economico. – 8. Cenni di diritto comparato: i motivi di esclusione per difetto dei requisiti generali in Francia. – 9. *Segue*: i motivi di esclusione per difetto dei requisiti generali in Germania. – 10. *Segue*: le cause di esclusione nella Ley n. 9/2017 in Spagna.

1. Profili storici della disciplina dei requisiti di ordine generale. Dall'insindacabile scelta dell'amministrazione alla tipizzazione dei motivi di esclusione dalla gara

I requisiti di ordine generale rappresentano situazioni o condizioni soggettive dell'operatore economico, la cui mancanza determina l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di affidamento¹.

¹ Cfr. R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI (diretto da), *Tratta-*

Una sintetica ricostruzione dei profili storici dell'istituto consentirà di mettere a fuoco in che modo la disciplina attuale degli istituti in esame sia profondamente cambiata rispetto al passato.

Tale processo è stato catalizzato dall'intervento del legislatore comunitario, che ha imposto agli Stati membri di adeguare la legislazione interna alla predeterminazione europea dei criteri di partecipazione al fine di garantire l'effettiva concorrenza degli operatori economici².

L'ottica comunitaria ha profondamente modificato le ragioni dell'evidenza pubblica, traghettandola da strumento di perseguimento di interessi pubblici dell'amministrazione a mezzo per rimuovere gli ostacoli alla libera concorrenza nel mercato.

Tutto ciò ha inciso anche sull'apprezzamento da parte dell'amministrazione della affidabilità dell'impresa che partecipa alla gara: da momento riservato all'insindacabile giudizio della stazione appaltante, è diventato un "luogo" nel quale tutelare l'apertura al mercato e la *par condicio participantum*, nel rispetto dell'ambiente e nell'ottica di garanzia della sicurezza sul lavoro³.

Nel Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici (d.m. 28.5.1865), da una parte, si prevedevano, tra le condizioni di partecipazione delle imprese, la presentazione dell'attestato penale e del certificato di moralità di data non anteriore di quattro

to sui contratti pubblici. II. L'organizzazione La programmazione I soggetti ammessi alle procedure di affidamento, 2008, 1267 ss.; F. CARDARELLI, *Art. 38*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 418 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI, V. DOMINICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 305 ss.; R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI-G. CHINÉ-R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, 2015, 480 ss.

² Così osserva R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 1268.

³ Cfr. E. FOLLIERI, *Introduzione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 2-3, il quale mette in evidenza che "sul piano del procedimento amministrativo, in particolare, si assiste ad una compresenza di interessi pubblici che fanno capo non solo al soggetto titolare del potere di decidere dell'aggiudicazione, ma anche ai destinatari della decisione amministrativa. nel concreto significa che se la stazione appaltante si trova di fronte all'offerta particolarmente favorevole di un concorrente, ma vi è stata la violazione di una regola comportante l'esclusione, non può, in considerazione del vantaggio che ne deriverebbe all'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione ammettere l'impresa che non ha rispettato la prescrizione perché si andrebbe a ledere l'interesse pubblico, tutelato dalla normativa, allo svolgimento della selezione nel rispetto della *par condicio* tra i partecipanti alla gara".

mesi a quella fissata per l'asta, rilasciati dalle competenti autorità, nonché la produzione del certificato di idoneità, rilasciato dal Prefetto (Sezione I, art. 2); dall'altra, tuttavia, l'art. 4 stabiliva che “*non ostando la presentazione dei documenti indicati nel precedente art. 2, l'Amministrazione si riserva la piena e insindacabile libertà di escludere dall'asta qualunque dei concorrenti, senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni del provvedimento*”.

Dunque, l'ammissione delle imprese alla gara era rimessa all'esclusivo e insindacabile giudizio dell'amministrazione.

La valutazione sottesa all'esclusione dalla gara di un concorrente non doveva neppure essere comunicata all'interessato, in linea con l'imperscrutabilità che all'epoca contraddistingueva l'attività dell'amministrazione (ancor di più, quella negoziale).

D'altronde, siffatta impostazione si giustificava perché gli unici interessi da tutelare in quella fase pre-negoziale venivano considerati quelli pubblici, propri dell'amministrazione (nel senso della contabilità pubblica)⁴.

Successivamente la disciplina della fase di ammissione alla gara nelle procedure di evidenza pubblica si è evoluta nel senso della tipizzazione dei motivi di esclusione dalla gara, che nel tempo ha progressivamente indirizzato l'amministrazione nelle scelte.

La questione mai sopita, invece, è sempre stata quella concernente l'ampiezza dei margini di apprezzamento nella valutazione della sussistenza e della rilevanza delle fattispecie escludenti previste dalla legge, diversamente conformata dal legislatore interno e da quello comunitario.

Per quanto riguarda le cause di esclusione negli appalti di lavori pubblici si faceva riferimento all'art. 75 del d.p.r. n. 554/1999, per quelle negli appalti servizi all'art. 12 del d.lg. n. 157/1995 e per quelle negli appalti di forniture all'art. 11 del d.lg. n. 358/1992⁵.

Intervenire in materia il legislatore comunitario con l'art. 45 della direttiva comunitaria 2004/18/CE, avente ad oggetto la “*situazione personale del candidato e dell'offerente*”, che individuava alcune cause obbligatorie

⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *Introduzione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 1 ss.

⁵ Sulla evoluzione normativa delle cause di esclusione si vedano R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 1269 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 305 ss.

di esclusione dalla gara, conseguenti a responsabilità penali accertate con sentenze passate in giudicato, e altre cause di esclusione, meramente facoltative, legate a situazioni di inaffidabilità economica e professionale.

L'art. 38 del codice degli appalti pubblici d.lg. n. 163/2006 recepi la norma comunitaria in maniera decisamente rigorosa, qualificando come obbligatorie tutte le cause di esclusione previste, “*evidentemente in nome dell'interesse pubblico alla massima – per quanto possibile – affidabilità dei potenziali contraenti dell'amministrazione*”⁶, addirittura aggiungendone alcune⁷.

Le cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale venivano disciplinate in maniera unitaria per i contratti di lavori, di servizi e di forniture nei settori ordinari⁸.

I motivi di esclusione erano applicabili anche per i contratti nei settori speciali in virtù del rinvio effettuato dagli artt. 206, primo comma, 230, primo comma, e 238, primo comma del d.lg. n. 163/2006 ed erano richiesti sia per gli appalti sopra soglia sia per quelli sotto soglia comunitaria.

Sulle singole cause di esclusione si tornerà nei capitoli successivi.

Ciò che vale la pena evidenziare, ai fini della nostra indagine, è che, salvo le ipotesi escludenti derivanti da accertamenti penali definitivi per alcune categorie di reati, l'ordinamento comunitario tendeva a evitare “*automatismi*” nell'esclusione degli operatori economici dalla gara, soprattutto per quanto riguarda le fattispecie escludenti collegate a gravi errori professionali, richiamando la stazione appaltante alla valutazione del caso concreto e alla “*proporzionalità della scelta*”.

⁶ In tal senso, G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 307.

⁷ Si è discusso sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario della previsione di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle elencate nell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. Sul tema, alcune pronunce della Corte di Giustizia sembrano aver legittimato l'operato del legislatore nazionale in tal senso, sostenendo che sia possibile introdurre altre cause di esclusione, dirette a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché tali misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo. Si veda sul tema G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 307 ss.

⁸ Sul commento all'art. 38 del d.lg. n. 163/2006 si vedano R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, cit., 1267 ss.; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 299 ss.; R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, cit., 479 ss.

Si è assistito ad un processo europeo di tipizzazione delle circostanze escludenti per difetto dei requisiti di ordine generale, senza obliterare gli spazi valutativi dell'amministrazione nella verifica in concreto della rilevanza o meno della fattispecie escludente.

Il legislatore europeo ha sempre riposto grande fiducia nella capacità delle amministrazioni di scegliere il contraente.

2. L'art. 57 della direttiva 2014/24

L'art. 57 della direttiva 2014/24 ha previsto cause di esclusione obbligatorie dalle procedure di affidamento (paragrafi 1 e 2) e cause di esclusione facoltative (paragrafo 4)⁹.

In particolare, *“le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere oppure gli Stati membri possono esigere che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al paragrafo 4”*.

Un aspetto da segnalare rispetto alla normativa comunitaria previgente è rappresentato dall'ampliamento delle categorie dei reati “escludenti” rilevanti, dal momento che l'esclusione è prevista anche per i reati legati

⁹ Cfr. A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.; E. FOLLIERI, *Introduzione*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 4 ss.; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 329 ss., il quale evidenzia che *“nella disciplina comunitaria si distinguono due categorie di requisiti di ordine generale: quelli obbligatori la cui assenza deve necessariamente portare all'esclusione della procedura e quelli facoltativi per i quali la scelta di imporne o meno il rispetto è lasciata ai singoli Stati”*.

ad attività terroristiche, allo sfruttamento del lavoro minorile e alla tratta degli esseri umani¹⁰.

La novità di maggiore rilievo, inoltre, è rappresentata dall'introduzione della possibilità per l'operatore economico di *“fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto”*.

Trova così conferma l'atteggiamento (generale) di fiducia del legislatore europeo nei confronti dell'amministrazione nel settore dei contratti pubblici; da una parte, vengono predeterminati i motivi di esclusione – onde garantire la libera concorrenza, la *par condicio* tra i concorrenti e la certezza del diritto; dall'altra, viene riservato all'amministrazione uno spazio di valutazione nell'ipotesi in cui il concorrente abbia “sanato” la sua posizione, in un sistema nel quale la *“verifica in concreto è preferita alle presunzioni generali”*¹¹.

3. L'assetto normativo del provvedimento di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti generali: a) L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici; b) Le Linee guida dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, tredicesimo comma

a) L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici

L'assetto normativo¹² per l'elaborazione del provvedimento di esclu-

¹⁰Viene evidenziato da R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, cit., 483.

¹¹L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss., osserva che *“nella disciplina europea prevale la fiducia tanto nei confronti delle amministrazioni, quanto nei confronti delle imprese. Se la ragione giustificativa principale della disciplina dei contratti pubblici sta, per l'ordinamento europeo, nella necessità di determinare anche per i soggetti pubblici un sistema di incentivi simile a quello operante per i soggetti di mercato, una volta definito questo sistema le amministrazioni devono essere libere di muoversi all'interno di esso facendo ampio uso della loro capacità di scelta o, come noi preferiamo chiamarla, della loro discrezionalità”*.

¹²L'espressione “assetto normativo” viene utilizzata con riferimento al complesso di norme e di principi, di rango legislativo, costituzionale e comunitario, che concorrono a disciplinare l'azione amministrativa, il potere e il provvedimento amministrativo. In tal

sione per difetto dei requisiti di ordine generale (o morali) è costituito, innanzitutto, dall'art. 80 del d.lg. n. 50/2016.

Detta norma ha dato attuazione dell'art. 57 "*Motivi di esclusione*" della direttiva 2014/24/UE, recependo *in toto* i motivi di esclusione individuati dal legislatore europeo, anche quelli facoltativi (rendendoli obbligatori).

Il legislatore nazionale e quello europeo non hanno individuato in positivo i requisiti generali di partecipazione alla pubblica gara, ma hanno stabilito le circostanze che comportano l'esclusione per difetto di siffatti requisiti¹³.

L'art. 80 del Codice dei contratti pubblici configura il potere dell'amministrazione di esclusione e delinea o, per meglio dire, concorre a delimitare il precetto provvedimentale, talvolta anche attraverso il richiamo espresso a norme penali o di altro tipo¹⁴.

L'art. 80, quinto comma, inoltre va integrato con le Linee guida ANAC previste dall'art. 80, tredicesimo comma del d.lg. n. 50/2016, in base al quale l'ANAC ha il compito di precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, "*quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)*".

L'ANAC ha adottato le Linee guida n. 6, aggiornate a seguito dell'emanazione del decreto correttivo al Codice del 2017¹⁵.

senso, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 269, in particolare nt. 81.

¹³ Si conferma una tecnica già utilizzata in passato. Si veda S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 423 ss.

¹⁴ L'assetto normativo delle cause di esclusione per difetto dei requisiti generali non si esaurisce nelle norme contenute nel Codice dei contratti e negli atti attuativi. Occorre considerare che vi sono norme direttamente applicabili *ab esterno* in virtù del meccanismo di eterointegrazione del bando; in altri casi, invece, l'art. 80 richiama espressamente altre norme di tipo penale o di altro genere che trovano applicazione nella disciplina dell'esclusione degli operatori economici dalla gara. Sul tema si vedano le riflessioni di V. CAPUZZA, *Le esclusioni dalle gare per appalti e concessioni non codificate dal d.lg. n. 50/2016*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 188 ss.

¹⁵ Le Linee guida n. 6 sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16.11.2016; esse sono state aggiornate al d.lg. 19.4.2017, n. 56 con deliberazio-

b) *Le Linee guida dell'ANAC ai sensi dell'art. 80, tredicesimo comma*

Il sistema delle Linee guida ANAC ha rappresentato una delle maggiori novità in materia di contratti pubblici¹⁶.

Il d.lg. n. 50/2016, all'indomani della sua emanazione, ha abrogato il sistema di regolamentazione esecutivo e attuativo imperniato sul Regolamento di esecuzione¹⁷, in favore di un sistema basato una serie di atti di regolazione adottati dai Ministeri e dall'Autorità nazionale anticorruzione (c.d. Linee guida)¹⁸.

Orbene, il sistema di attuazione introdotto dal Codice dei contratti pub-

ne del Consiglio n. 1008 dell'11.10.2017, e sono state oggetto di una ulteriore revisione, previo parere del Consiglio di Stato del 23.10.2018.

¹⁶La dottrina ha riservato attenzione alle Linee guida ANAC. Sul tema si vedano G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22-24 settembre 2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in italiappalti.it; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷Riporta C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss., che "con l'eccezione dei bandi e dei contratti tipo approvati dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, l'assetto relativo dei contratti pubblici restava, quindi, perlomeno compreso ed esaurito nello schema classico della fonte legislativa primaria e di un solo regolamento di attuazione (con il completamento e l'integrazione di circolari ed istruzioni operative di carattere amministrativo diramate dall'Autorità di vigilanza)".

¹⁸Si tratta di un aspetto fondamentale della riforma in materia di contratti pubblici, dal momento che, come ha osservato il Consiglio di Stato nel parere del 1.4.2017, "una riforma, per quanto ben costruita, è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia in grado di incidere 'in concreto' su cittadini e imprese, migliorandone il rapporto con il pubblico potere, semplificando l'esercizio delle attività private, modificando positivamente gli indicatori dell'economia e della qualità della vita. Rispetto alla redazione del codice, non è di minore importanza la successiva fase di implementazione: l'esperienza internazionale (soprattutto in sede OCSE) insegna che il successo (o il fallimento) di una riforma dipende soprattutto dalla sua attuazione successiva, tramite la normativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni".

Osserva N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 26, che "l'opzione del legislatore per un codice "snello" ha lasciato aperto un campo assai ampio agli atti attuativi, che vengono conseguentemente ad assumere un'importanza decisiva". Sul tema anche C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss.

blici ha sollevato perplessità¹⁹: sia per l'eterogenità degli strumenti sia per la difficoltà della qualificazione giuridica degli atti attuativi e, di conseguenza, per l'identificazione del regime giuridico²⁰ e della loro efficacia.

Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, espresso in sede di parere allo schema del nuovo Codice²¹, gli strumenti attuativi del Codice erano distinti in tre tipologie: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le Linee guida vincolanti; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Il sistema delle Linee guida ha posto da subito diverse questioni: quella della distinzione tra Linee guida vincolanti e Linee guida non vincolanti; quella relativa alla qualificazione e alla natura giuridica; quella relativa agli effetti condizionanti rispetto all'operato delle pubbliche amministrazioni.

Innanzitutto, la distinzione tra Linee guida vincolanti e Linee guida non vincolanti crea non poche difficoltà²².

La criticità di detta distinzione consiste nel fatto che non vi è un criterio certo in base al quale si possa effettivamente stabilire quali siano le Linee guida vincolanti e quali, invece, quelle non vincolanti.

¹⁹ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, ha evidenziato che “*si tratta di una novità assoluta (perlomeno nei termini in cui è stata concepita e prevista) per l'ordinamento giuridico italiano, che merita di essere esaminata e scrutinata in tutte le sue implicazioni dogmatiche e operative e che rivela, fin da un primo approccio interpretativo, difficoltà ricostruttive del tutto peculiari e inesplorate*”.

²⁰ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

²¹ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1.4.2016, n. 855.

²² Sulla distinzione in parola si veda C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss., il quale esclude la valenza di criteri meramente formali o nominalistici, e ricorre ai tradizionali criteri di distinzione degli atti normativi da quelli amministrativi generali, elaborati dalla dottrina pur nella consapevolezza del carattere mobile e incerto del confine tra le due categorie. L'Autore conclude sostenendo che “*vanno qualificate come linee guide vincolanti quelle che introducono regole di azione dirette a integrare, con valenza generale e astratta, il precetto consacrato nella disposizione legislativa primaria di cui costituiscono attuazione, e senza le quali quest'ultimo resterebbe sostanzialmente monco e inapplicabile, e come non vincolanti quelle che, al contrario, si risolvono in indirizzi, interpretazioni, istruzioni o raccomandazioni che, lungi dall'integrare il comando contenuto nella legge, ne costituiscono mera, e non cogente, direttiva operativa*”.

L'espressione "vincolanti" rischia di rivelarsi fuorviante, lasciando intendere – erroneamente – che le Linee guida "non vincolanti" non abbiano alcuna efficacia rispetto alle pubbliche amministrazioni.

Così non può essere.

Se il legislatore ha avvertito l'esigenze di devolvere all'ANAC il compito di "precisare" alcune fattispecie, appare difficilmente comprensibile che le determinazioni dell'ANAC in alcuni casi siano "vincolanti" per le pubbliche amministrazioni, mentre, in altri casi, non lo siano.

La seconda questione investe la natura giuridica delle Linee guida, a seconda della diversa tipologia, e la riconducibilità di queste ultime alle fonti del diritto o, piuttosto, alla categoria degli atti amministrativi.

Nel parere innanzi richiamato del Consiglio di Stato, non vi è dubbio circa la natura regolamentare dei decreti (lett. a).

Diverso discorso, invece, viene fatto per le Linee guida dell'ANAC. In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, le Linee guida a carattere "non vincolante" appaiono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi, "mentre qualche considerazione in più richiedono le linee guida a carattere vincolante".

Viene precisato che "il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* – pure proposta da taluno – suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti. Questo Consiglio di Stato ritiene, invece, preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di regolazione'. Tale ricostruzione consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo. In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. v), che come si è detto parla di 'strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante'. In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per que-

sti provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura 'non politica', ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del 'principio di legalità sostanziale' con un più forte rispetto di criteri di 'legalità procedimentale'".

In sintesi, il Consiglio di Stato nega la natura normativa delle Linee guida vincolanti, che non sarebbero regolamenti, ma atti amministrativi generali e, più precisamente, atti “di regolazione”.

Tuttavia, la dottrina ha osservato che la tesi del Consiglio di Stato in base alla quale l'ANAC non ha potestà normativa “è smentita dal diritto positivo, risulta sconfessata dallo stesso Consiglio di Stato” che, in altre occasioni, invece ha sostenuto una cosa diversa²³: invero, “è stata pienamente ammessa la configurabilità di funzioni normative in capo alle autorità amministrative indipendenti. La Sezione ha in merito sottolineato il policentricismo ed il carattere complesso del sistema delle fonti, nel quale criterio di gerarchia e di competenza si sostituiscono e si sovrappongono ripetutamente” (...) “Il fondamento del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti – ha osservato ancora la Sezione – può derivare dall'attuazione di precetti costituzionali o essere rinvenuto nell'ordinamento comunitario” invocando il criterio di competenza²⁴.

Il problema di legittimità costituzionale dell'esercizio della potestà normativa da parte dell'ANAC si pone comunque, dal momento che le Linee guida non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità né intervengono in un mercato che esige regolazione autonoma²⁵; invece, esse si applicano “a un mercato tutt'altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori”²⁶.

Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, anche altra dottrina sostiene che l'uso dell'espressione “linee guida” disveli un con-

²³ N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 32 ss.

²⁴ N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 36.

²⁵ Sul concetto di regolazione, si veda L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 19 ss., 157 ss., 263 ss., 300 ss.

²⁶ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

tenuto diverso, che non è quello di “atti di indirizzo”, ma di veri e propri atti normativi²⁷.

Secondo la tesi in esame, il sistema della “linee guida” in alcuni casi individua una strategia legislativa di configurazione della determinazione provvedimentale indiretta²⁸, che presenta alcune criticità.

L'ANAC è un soggetto facente parte dell'amministrazione pubblica²⁹. La peculiarità della strategia legislativa in esame risiede nel fatto che il legislatore non ha stabilito una disarticolazione della stessa funzione amministrativa, prevedendo diverse amministrazioni coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa, ma ha devoluto la configurazione della determinazione provvedimentale ad una amministrazione diversa da quella che deve provvedere (e non al legislatore).

Dunque, la criticità di maggiore evidenza emerge allorché il contenuto delle Linee guida si rivela non quello tipico di atto di indirizzo, ma quando rivela natura normativa, stabilendo una disciplina generale e astratta, valida nei confronti di una pluralità indefinita di soggetti e di situazioni. Secondo la tesi in esame, appare difficilmente giustificabile, alla luce dell'impianto costituzionale, il fatto che l'ANAC abbia il potere di adottare atti di regolazione, di natura normativa, di tal genere nel settore dei contratti pubblici.

Nondimeno sembra appropriata la qualificazione delle Linee guida in termini di “soft law”³⁰.

²⁷ Così il prof. Sergio Perongini nella relazione al convegno “*Εκλέγειν. La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà*”, svoltosi ad Urbino il 9 febbraio 2017. In tal senso, anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

²⁸ Nella relazione innanzi richiamata, il prof. Sergio Perongini ha distinto tra strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale dirette e indirette. Le strategie dirette sono quelle contraddistinte dal fatto che, il legislatore, con principi e norme, configura il potere conferito all'amministrazione e, in definitiva, delinea il precepto provvedimentale, o concorre alla sua delineazione. Invece, le strategie legislative indirette sono quelle che si concretano nella devoluzione a un altro soggetto pubblico del potere di configurazione della determinazione provvedimentale. Più ampiamente sulle strategie legislative di configurazione del potere legislativo, si veda S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 268 ss.

²⁹ Si tenga conto che si tratta di un'autorità amministrativa indipendente. Sulle caratteristiche si veda N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 21 ss.

³⁰ Sul tema si rinvia a G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*,

La tormentata ricostruzione del sistema delle Linee guida dell'ANAC, in ogni caso, è il sintomo di una problematica che investe l'applicazione delle norme del Codice³¹.

Se il legislatore ha avvertito l'esigenza di affidare ad un altro soggetto dell'amministrazione il compito di precisare alcune norme, potrebbe significare che tali norme non abbiano un contenuto sufficientemente specifico circa le prescrizioni in esse contenute.

Tuttavia, anziché risolvere la questione, il legislatore l'ha complicata.

Si è scaricata sull'ANAC “*un'amplissima responsabilità di tipo politico*” in una materia di “*preminente responsabilità governativa*”.

Dalla qualificazione giuridica delle Linee guida discendono conseguenze inevitabili circa il regime giuridico e l'efficacia condizionante dei relativi precetti rispetto alle decisioni amministrative.

Un discorso unitario o comune a tutte le Linee guida sarebbe impossibile e poco utile ai fini della nostra indagine.

Il sistema di attuazione del Codice dei contratti pubblici è stato oggetto di una profonda rivisitazione ad opera del d.l. 18.4.2019, n. 32, convertito in legge.

La riforma “perpetua” del Codice dei contratti pubblici si è orientata verso l'abrogazione delle Linee guida vincolanti ANAC, a favore di un Regolamento Unico di attuazione e di esecuzione; mentre “resistono”, in ogni caso, le Linee guida non vincolanti.

Le disposizioni contenute nell'art. 1 del suddetto decreto, lettera gg) del ventesimo comma, modificano ed integrano le norme transitorie previste nell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici e disciplinano, altresì, l'emanazione di un nuovo regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice³².

in *Dir. amm.*, 2016, 275 ss.; C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss., parla di “*inappropriatezza del richiamo alla nozione, invero molto incerta, di soft law*”.

³¹ La questione in esame viene collocata nel quadro della destrutturazione dell'assetto delle fonti del diritto, ed in particolare della crisi che ha colpito la normazione secondaria da C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, 1559 ss.

³² Le disposizioni del d.l. n. 32/2019 specificano anche i contenuti del Regolamento in questione, che avrà ad oggetto: “*a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) si-*

Il quadro di attuazione del Codice dei contratti pubblici, dunque, allo stato è ancora di più ardua ricostruzione, in un groviglio di norme transitorie, sospensioni e futuri provvedimenti.

In questa sede, l'attenzione viene focalizzata sulle Linee guida n. 6 concernenti “*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*” onde verificarne i contenuti e il regime giuridico.

Le Linee guida n. 6 sono ritenute “linee guida non vincolanti”³³ e non risultano interessate dalla riforma del sistema di attuazione del Codice.

Il punto è che, pur aderendo alla tesi della non vincolatività delle Linee guida n. 6 e a quella della relativa qualificazione in termini di atto amministrativo, resta il problema – più complesso – concernente l'efficacia delle previsioni in esse contenute rispetto alle scelte amministrative, e, di conseguenza, e quello della sorte delle decisioni assunte dalle pubbliche amministrazioni in contrasto con il contenuto delle Linee guida.

Nel prosieguo della trattazione si indagheranno, in particolare, le Linee guida di cui all'art. 80, tredicesimo comma³⁴, e le caratteristiche, ve-

stema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali”.

³³ Il Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016, reso il 3 novembre 2016 dall'Audanza della Commissione speciale ha precisato: “avuto riguardo alla tipologia di Linee guida previste dal citato art. 80, tredicesimo comma, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti” (nello stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 2.3.2018, n. 1299).

Invece, sostiene il carattere vincolante delle Linee guida ANAC n. 6, A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 del d.lg. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 2017, 764, sia a tutela dei principi costituzionali (in particolare artt. 3, 41, 117, secondo comma, lett. e), Cost.) sia per garantire maggiore omogeneità di prassi delle stazioni appaltanti e certezza per gli operatori economici.

³⁴ Cfr. L. MAZZEO-L. DE PAULI, *Le Linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, 155 ss.

rificando in che modo le determinazioni dell'ANAC condizionano la valutazione di esclusione dell'operatore economico dalla gara ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c)³⁵.

In sede applicativa, si tratta di verificare se la stazione appaltante può orientarsi in misura diversa rispetto a quanto stabilito dalle Linee guida.

4. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti di ordine generale nell'ottica della tassatività delle cause di esclusione

La ricostruzione dei motivi di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale deve tener conto del carattere "chiuso" delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici³⁶.

In particolare, ai sensi della novella dell'art. 4, secondo comma, lett. d), del d.l. 13.5.2011, n. 70, veniva introdotto il comma primo *bis* all'art. 46 del vecchio codice degli appalti, secondo il quale *"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 con-*

³⁵ Sulla questione N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 30, secondo il quale l'art. 80, tredicesimo comma, è *"una disposizione che si presta alla compressione della discrezionalità delle stazioni appaltanti"*.

³⁶ Sul tema si vedano S. Ponzio, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la ragionevolezza documentale*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 7 ss.; C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, co. 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 3735 ss.; R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2012, 95 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2011, 2012 ss.; M. FRANCAVILLA, *Al via il principio di tassatività delle cause di esclusione*, in *Il corriere del merito*, 2012, 419 ss.; B. GILIBERTI, *La tassatività delle cause di esclusione nell'art. 46 comma 1 bis del d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 1057 ss.; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 2528 ss.; L. DE GREGORIIS, *"A lo parlare agi misura": potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gare di appalto*, in *Foro amm.*, 2014, 2268.