

**GIOVANNI VIRGA****Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti**

Nel nostro Paese, nel campo legislativo, esistono tanti paradossi, il più evidente dei quali è costituito dai testi unici più recenti.

Tali testi unici, emanati sul modello di quelli precedenti (del 1865) che hanno sfidato i secoli, in teoria sono stati previsti per dare una sistemazione organica e definitiva ad una determinata materia e per sostituire i precedenti, ormai considerati datati. Il paradosso di questi nuovi testi unici, tuttavia, consiste nel fatto che, pur essendo nati per le anzidette finalità, nel volgere di pochi anni sono stati a più riprese interpolati da una congerie di norme, spesso disorganiche.

Così è avvenuto ad es. per il testo unico delle leggi sull'ordinamento enti locali e, in maniera più evidente, con il codice dei contratti pubblici (chiamato altresì come il codice de Lise, usando il cognome dell'attuale Presidente del Consiglio di Stato, che ne è considerato, a giusto titolo, il padre spirituale), che ha subito così tante modifiche nel giro di pochi anni da perdersene il conto (ragion per cui sorge il dubbio se possa ancora chiamarsi con il nome di codice de Lise, dato che esso, con le modifiche apportate, è divenuto per così dire - *absit injura verbis* - un figlio un po' "bastardo").

Molte delle modifiche hanno finito per incidere profondamente sul testo originario e, a causa del loro numero, spesso non sono state neppure notate.

Così è avvenuto con l'art. 46, comma 1-*bis* del D. Lgs n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, 2° comma, n. 2, lett. "d" del D.L. n. 70 del 2011, che ha previsto il principio della tassatività della cause di esclusione dalle gare.

Si tratta di una norma, che, come appena rilevato, finora è rimasta - come spesso accade alle ragazze non belle, anche se intellettualmente dotate - non notata e comunque seminascosta, forse perché sepolta dal diluvio delle norme che si sono succedute negli ultimi tempi in materia di appalti; ma forse anche perché emanata con la usuale (e deprecabile) tecnica dell'interpolazione, che non consente subito di capire appieno la portata della norma stessa, se non dopo averla vista inserita in uno di quei testi coordinati che hanno fatto la fortuna di alcune case editrici specializzate.

Tale norma, tuttavia, se applicata estensivamente, renderà possibile una vera svolta nel campo del contenzioso in materia di appalti pubblici, riducendo grandemente la possibilità di quella "caccia all'errore" alla quale spesso si assiste in materia e, di converso, ampliando notevolmente l'ambito della regolarizzazione delle documentazione di gara.

La norma in questione era sfuggita all'attenzione anche di chi scrive, che non può - per l'attività quotidianamente svolta - essere certo tacciato di non essere aggiornato, così come probabilmente di molti altri, tant'è che non sono riscontrabili ancora contributi significativi sul tema; è stato merito per primo - a quanto è dato di sapere - del T.A.R. Veneto, Sez. I (con la sentenza 13 settembre 2011 n. 1376, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/11/tarveneto\\_2011-09-13.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/tarveneto_2011-09-13.htm)) seguito poi, a breve distanza di tempo, dal T.A.R. Liguria, Sez. II (con sentenza 22 settembre 2011 n. 1396, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/11/tarliguria\\_2011-09-22.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/tarliguria_2011-09-22.htm)), di averla per la prima volta notata ed applicata. Il che dimostra che, grazie a Dio, in Italia non esistono solo magistrati intenti a seguire centinaia di migliaia di intercettazioni telefoniche per verificare se sono stati commessi reati, ma anche magistrati attenti e scrupolosi che leggono puntualmente la *Gazzetta Ufficiale* per verificare quali siano le novità legislative.

Per capire la novità della norma in parola, occorre partire dal suo testo.

Dispone l'art. 46, comma 1-*bis* del D. Lgs n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), aggiunto dall'art. 4, 2° comma, n. 2, lett. "d" del D.L. n. 70 del 2011, che:

"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".

In appena un comma, peraltro - come già notato: v. in tal senso la già citata sentenza del T.A.R. Liguria - dalla formulazione non particolarmente perspicua, è racchiusa una disciplina che avrebbe in verità meritato ben altra articolazione e formulazione.

Il principio enunciato - sia pur *in nuce* - è comunque notevole: solo le violazioni della disciplina generale prevista dal codice degli appalti nonché "dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti" possono dare luogo (tranne i 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") ad esclusione dalle gare di appalto; di contro, "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Il principio in precedenza vigente, affermato ripetute volte dalla giurisprudenza, era ben diverso: la disciplina della gara era costituita da una "combinazione", per così dire un "*mix*", tra le norme generali previste dalla legge e dai regolamenti generali, da un lato e le norme previste dalla c.d. *lex specialis* della gara (bando, lettera di invito e disciplinare di gara), dall'altro; in tale combinazione di regole, anzi, il bando finiva per avere la prevalenza, dato che le disposizioni speciali in esso contenute, finivano per prevalere addirittura sulla legge.

Una prevalenza questa che aveva indotto la giurisprudenza ad affermare che, nel caso di contrasto tra legge e bando (ed atti allo stesso equiparabili), quest'ultimo finiva per prevalere, non essendo consentito alla P.A. appaltante disapplicarlo, potendo solo rimuovere le eventuali disposizioni illegittime esercitando, nella ricorrenza dei presupposti, i poteri di autotutela. La prevalenza del bando rispetto alla legge era stata affermata, sotto altro profilo, ritenendo che era onere dell'interessato impugnare espressamente il bando al fine di ottenere l'annullamento in sede giudiziale dell'eventuale atto illegittimo emesso dalla P.A. in sua applicazione.

La regola ora viene, per così, dire ribaltata, nel senso di prevedere la prevalenza della legge ed addirittura dei regolamenti generali (tranne i casi espressamente previsti dalla disposizione in esame), sulle disposizioni specifiche del bando (od atti equiparati), al punto che è stato stabilito che le eventuali sanzioni espulsive previste da quest'ultimo in contrasto con la legge ed i regolamenti sono addirittura "nulle".

La previsione della sanzione di nullità, per la verità, sotto il profilo prettamente sistematico, suscita qualche perplessità, dato che tale tipo di invalidità, nel quadro della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla L. n. 10 del 2005, è prevista solo in determinate ipotesi (nella quali non è da ricomprendere certo l'eventuale contrasto tra cause di esclusione previste dal bando di gara e legge o regolamenti vigenti).

La previsione stessa, tuttavia, al di là della eterogeneità dell'espressione utilizzata dal legislatore, sta soprattutto ad indicare che l'eventuale contrasto tra bando e legge può essere rilevato direttamente dalla stessa p.a. appaltante o dal giudice, senza bisogno di espresso provvedimento di autotutela o di altrettanto espressa impugnazione in s.g. della relativa clausola della *lex specialis*. Il che non so se costituisca un miglioramento (dato che sono personalmente contrario a prevedere cause di invalidità rilevabili direttamente dall'amministrazione o dal giudice, i quali, in tal modo, possono essere tentati di dare un "aiutino" all'impresa debole, ma amica).

Di fronte alla norma in discorso, comunque, si pongono tre distinte questioni (anzi, magari, qualcuna in più, che tuttavia allo stato mi sfugge):

1) la prima riguarda la portata delle eccezioni previste dalla norma stessa (che esclude dalla sanzione di nullità i 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");

2) la seconda riguarda gli adempimenti che la P.A. appaltante è tenuta ad osservare nel caso in cui si accorga che una clausola del bando sia da ritenere "nulla" nel senso di cui si è prima detto;

3) la terza, di carattere temporale, concerne il quesito se la norma in discorso sia applicabile anche ai bandi emanati prima dell'entrata in vigore della norma stessa.

*Sub 1:*

Per quanto riguarda la prima questione, le eccezioni previste, a mio sommo avviso, sono da ritenere tassative, onde non è possibile evitare di applicare la sanzione di nullità nei casi non espressamente previsti.

Quanto appena detto non risolve tuttavia completamente la questione, dato che le eccezioni previste dalla norma in discorso, per la loro genericità, possono dare luogo a problemi applicativi.

In particolare, il riferimento al "contenuto" dell'offerta è del tutto evanescente, dato che non consente di comprendere a che cosa esattamente si riferisca tale parola. Più diretto ed intuitivo è il riferimento alla "provenienza" dell'offerta od a quelli della sottoscrizione dell'offerta e della integrità del plico contenente la stessa.

Se si esaminano tutte le eccezioni previste confusamente dalla disposizione in parola, ci si accorge che esse tendono a tutelare essenzialmente la identità e la genuinità dell'offerta, essendo dirette ad evitare che venga esaminata una offerta di cui non sia certa né la provenienza né la sua integrità e comunque (come prevede espressamente la norma in questione) che sia "violato il principio di segretezza delle offerte".

*Sub 2:*

Nel caso in cui la commissione di gara rilevi una causa di nullità concernente il bando, tale questione andrebbe rimessa agli organi competenti che hanno approvato il bando, affinché ne prendano atto, dichiarando la nullità stessa; questa soluzione, anche se da taluno potrà essere considerata formalistica (si dirà: non si comprende perché una "nullità" non possa essere direttamente dichiarata dalla commissione di gara), è tuttavia maggiormente garantistica, dato che consente di instaurare un contraddittorio con l'organo che ha adottato l'atto parzialmente nullo, in modo di conoscere il suo pensiero in merito e di provocare una presa d'atto.

D'altra parte, come già osservato, qualora la nullità non fosse dichiarata dalla stessa p.a. appaltante, sussiste in ogni caso il potere del giudice amministrativo, investito della questione con apposito ricorso, di dichiararla anche d'ufficio, senza pretendere che la questione sia stata preceduta dall'espressa impugnativa del bando di gara.

*Sub 3:*

In materia di atti di gara così come per gli atti del procedimento, com'è noto, vige il principio secondo cui "tempus regit actum", per cui la legittimità del provvedimento va verificata con riferimento alla data in cui il provvedimento è stato adottato. In applicazione di tale regola, dovrebbe conseguentemente ritenersi che la legittimità di clausola del bando (o degli atti ad esso equiparabili, come la lettera d'invito od il capitolato speciale d'appalto) vada verificata con riferimento alla situazione normativa esistente alla data di approvazione dei predetti atti, con la ulteriore conseguenza che, nel caso in cui il bando sia stato emanato in data anteriore alla entrata in vigore della norma in questione, i casi di nullità da quest'ultima previsti non possono trovare applicazione.

Rimane comunque al fondo la constatazione che la norma in discorso, pur con tutte le imperfezioni nella sua formulazione concreta, finirà per rivoluzionare la causa di esclusione dalla gara e, correlativamente, per ampliare gli spazi della regolarizzazione documentale.

Tuttavia, anche dopo le due sentenze di cui si è detto, che hanno, sia pure senza particolari approfondimenti, applicato la norma in discorso, non sono mancate sentenze che, facendo leva sull'orientamento tradizionale fin qui seguito (che ha affermato la presunta "sacralità" della *lex specialis* di gara) hanno ritenuto legittime esclusioni dalle gare per inadempimenti sia pur minimi, quali ad es. l'omessa indicazione del prezzo anche in lettere - oltre che in cifre - sanzionata con l'esclusione dal bando di gara (v. in tal senso da ult. la sentenza del T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 19 settembre 2011 n. 1370, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/11/tarpugliaba\\_2011-09-19-1.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/tarpugliaba_2011-09-19-1.htm) secondo cui: "E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che, in contrasto con quanto espressamente previsto dal bando di gara, ha omesso di formulare l'offerta economica con la indicazione dei prezzi unitari anche in lettere e non soltanto in cifre, e non ha impugnato la relativa clausola del disciplinare di gara, che richiedeva tale adempimento a pena d'esclusione, ove detta indicazione sia elemento essenziale dell'offerta economica, tesa preservarne la chiarezza per il caso di eventuali equivocità nell'indicazione dei prezzi unitari in cifre").

Va comunque constatato che, anche nel campo dei procedimenti di gara, si fa strada quel fenomeno, già verificatosi nell'ambito dei procedimenti amministrativi, di "dequotazione" delle irregolarità formali, sub specie di cause formali di esclusione, che ha finito per trasformare le gare stesse in una specie di "caccia all'errore", con grave nocumento al principio della massima partecipazione.

Rimane tuttavia aperto il problema della concreta applicabilità della norma in discorso, problema dovuto non soltanto alla già rilevata non perspicua formulazione della stessa, ma anche - e direi soprattutto - al fatto che, mentre i bandi di gara, sia pure in maniera talvolta generalizzata ed indiscriminata, prevedono la sanzione dell'esclusione nel caso di violazione, sia pur minima, delle regole procedurali dagli stessi previste, la legge ed i regolamenti, quasi sempre, non si preoccupano di precisare in alcun modo le conseguenze che derivano dall'inosservanza delle norme nelle stesse contenute. Il che, finisce per rimettere all'interprete (e dunque, in ultima istanza, al giudice) l'individuazione della sanzione applicabile.

E' questo, a ben vedere, il destino che perseguita l'interesse legittimo, il quale - com'è stato argutamente notato dal Prof. Giuseppe Guarino - sorge in relazione a norme che, per definizione, non si occupano di esso e delle conseguenze che derivano dalla sua inosservanza.

Palermo, 26 settembre 2011.



[\\* Inizio pagina](#)