Applicabilità dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione dei settori ordinari ai sistemi di qualificazione - Articolo 136 del nuovo codice dei contratti pubblici

di Francesco Caringella, Mariano Protto

Data di pubblicazione: 18-12-2018

pillole di dottrina

I COSA CAMBIA: 1. La questione dell'applicabilità della disciplina relativa ai criteri di selezione qualitativa dei settori ordinari anche agli enti aggiudicatori. II INDICAZIONI OPERATIVE: 1. Una flessibilità strettamente normata.

I COSA CAMBIA:

1. La questione dell'applicabilità della disciplina relativa ai criteri di selezione qualitativa dei settori ordinari anche agli enti aggiudicatori.
L'art. 136 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recepisce l'art. 80 della Dir. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, di cui riproduce il contenuto adeguandolo al contesto normativo nazionale, e sostituisce l'art. 230 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Esso è stato, inoltre, oggetto dell'intervento correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017. In sintesi, la disciplina in esame – quale risulta dalle modifiche introdotte dall'art. 84 del D.Lgs. n. 56/2017 – mentre obbliga gli enti aggiudicatori, siano o meno amministrazioni aggiudicatrici, all'applicazione dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, dà invece loro facoltà di ricorrere ai requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica previsti per i settori ordinari nell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016.
Va premesso che l'art. 136 si pone in un rapporto di specialità rispetto all'art. 133 e di alternatività rispetto all'art. 135 del medesimo D.Lgs. n. 50/2016. Di specialità rispetto all'art. 133, dal momento che quest'ultimo, ancorché enunci l'applicabilità ai settori speciali degli artt. 80 e 83, lo fa, tuttavia, nei limiti di compatibilità "con le norme di cui alla presente sezione". Di alternatività rispetto all'art. 135 (al cui commento si rinvia), dal momento che l'art. 133, comma 2, prevede espressamente che gli enti aggiudicatori possano stabilire "norme e criteri di esclusione degli offerenti o dei candidati ai sensi dell'art. 135 o dell'articolo 136" e che "selezionano gli offerenti e i candidati secondo le norme e i criteri oggettivi stabiliti in base agli articoli 135 e 136". L'ente aggiudicatore è pertanto libero di optare per i criteri di cui all'art. 135 o per i criteri valevoli nei settori ordinari richiamati nell'art. 136. Quanto ai requisiti di ordine generale, il previgente art. 230, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 statuiva che "gli enti aggiudicatori applicano l'articolo 38 per l'accertamento dei requisiti di carattere generale dei candidati e degli offerenti". Del pari, l'art. 232, comma 5, prevedeva che i sistemi

di qualificazione dovessero “includere i criteri di esclusione di cui all’articolo 38” e l’art. 233, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 163/2006 ribadiva, in tema di criteri alternativi di selezione, che “si applica in ogni caso l’articolo 38”. In altri termini, qualunque fosse la natura dell’ente aggiudicatore ed il criterio di selezione prescelto, era doveroso applicare la disciplina dei requisiti di ordine generale dettata nei settori ordinari. L’art. 136, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 – nella versione antecedente alle modifiche del D.Lgs. n. 56/207 – contemplava, invece, una disciplina parzialmente diversa dal momento che prevedeva che “le norme e i criteri oggettivi per l’esclusione e la selezione degli operatori economici (…) possono includere i motivi di esclusione di cui all’articolo 80 alle condizioni stabilite in detto articolo” e, di seguito, che “se l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice, tali criteri e norme comprendono i criteri di esclusione di cui all’articolo 80 alle condizioni stabilite in detto articolo”. Sulla scorta del dato letterale, pertanto, la doverosità della disciplina dei requisiti di ordine generale dettata per i settori ordinari era configurabile soltanto in capo all’ente aggiudicatore che è un’amministrazione aggiudicatrice. Di conseguenza, l’impresa pubblica ed il soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi erano liberi di prescindere, ai fini della selezione dei candidati e degli offerenti, dai motivi di esclusione di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016. L’art. 84 del D.Lgs. n. 56/2017 ha corretto tale disomogeneità prevedendo – attraverso la sostituzione nel comma 1, primo periodo, delle parole “possono includere” con la parola “includono” – l’assimilazione del regime dell’impresa pubblica e del soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi a quello dell’amministrazione aggiudicatrice. Quanto ai requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica, l’art. 230 prescriveva nel comma 2 che “per l’accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi dell’articolo 232, applicano gli articoli da 39 a 48”. E ciò a differenza di quanto previsto per gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, ai quali il successivo comma 3 riconosceva la facoltà, ai fini dell’accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria, di “istituire propri sistemi di qualifica
zione ai sensi dell’articolo 232, ovvero applicare gli articoli da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria ai sensi dell’articolo 233”. In sintesi, nell’ordinamento previgente l’applicazione dei criteri di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica dettati per i settori ordinari si connotava: i) come un obbligo, rectius una scelta obbligata, in capo all’ente aggiudicatore costituente amministrazione aggiudicatrice, laddove lo stesso non avesse istituito un proprio sistema di qualificazione; ii) come, invece, una facoltà in capo all’impresa pubblica e al soggetto titolare di diritti speciali ed esclusivi, potendo scegliere anche tra l’istituzione di un sistema di qualificazione o la predeterminazione di criteri autonomi. Tale impostazione, ancorché sottoposta a critica (F. CARINGELLA - M. PROTTO, (1), 1466), ha però trovato recente conferma nella giurisprudenza amministrativa. «L’art. 230, comma 1, del Codice rinvia - per i requisiti di carattere generale - alle disposizioni dell’art. 38, mentre - per l’accertamento dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria - dispone che gli enti aggiudicatori possono, alternativamente, (1) istituire e gestire propri sistemi di qualificazione ai sensi del successivo art. 232 ovvero (2) applicare gli articoli da 39 a 48 del Codice. Gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici possono, inoltre, (3) accertare i requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria mediante un procedimento autonomo ai sensi dell’art. 233 che richiama il rispetto dei principi di cui agli artt.

da 39 a 50 (ferma sempre restando l'applicazione dell'art. 38). Va posto l'accento sulla previsione del comma 2 a mente del quale "Per l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'articolo 232, applicano gli articoli da 39 a 48". Poiché nella specie la stazione appaltante non ha dedotto né documentato di avere istituito un proprio sistema di qualificazione, né di aver attivato un procedimento autonomo, ai sensi dell'art. 233, ne discende la applicabilità dell'art. 48 codice appalti» (Tar Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1848). "Per l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, possono, alternativamente, istituire propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'articolo 232, ovvero applicare gli articoli da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria ai sensi dell'articolo 233. Nel caso di specie, Cotral SpA, non avendo istituito un proprio sistema di qualificazione ai sensi dell'articolo 232 ed essendo (come detto) un'amministrazione aggiudicatrice, non avrebbe potuto accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziari ai sensi dell'articolo 233" (Tar Lazio, Roma, sez. I ter, 14 febbraio 2104, n. 1835). L'art. 136, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 muta il quadro normativo previgente rendendo facoltativa l'adozione dei criteri di selezione di cui all'articolo 83 per tutti gli enti aggiudicatori, a prescindere che siano o meno amministrazioni aggiudicatrici oppure che abbiano istituito o meno un sistema di qualificazione ai sensi dell'art. 134 del medesimo D.Lgs. n. 50/2016.

II INDICAZIONI OPERATIVE: 1. Una flessibilità strettamente normata.

Come già evidenziato, la disciplina in esame, se da un lato obbliga all'osservanza dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, dall'altro lato facoltizza il ricorso ai requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica di cui all'art. 83 del medesimo D.Lgs. alle condizioni ivi stabilite. Si rinvia, pertanto, al commento dei relativi articoli.
Preme, tuttavia, evidenziare che la scelta di optare per i motivi di esclusione e per i criteri di selezione dei settori ordinari - della quale dovrà darsi adeguata evidenza negli atti di gara - deve essere esercitata alle condizioni stabilite nella disciplina di riferimento, evitandone qualsiasi manipolazione da parte dell'ente aggiudicatore in sede di confezionamento della legge di gara. Tale scelta trascina dietro di sé anche gli istituti regolamentati negli artt. 85 (documento di gara unico europeo), 86 (mezzi di prova), 87 (certificazione della qualità) – quest'ultimo inserito dall'art. 84 del D.Lgs. n. 56/2017 – e 88 (registro on line dei certificati e - Certis) che, pertanto, troveranno applicazione in blocco, ai sensi di quanto previsto nell'art. 136, comma 3. La circostanza è confermata anche nel considerando n. 92 della Dir. 2014/25/UE in cui si rimarca che "sempreché sia compatibile con la necessità di assicurare la realizzazione dell'obiettivo di pratiche commerciali leali pur permettendo la massima flessibilità, è opportuno prevedere l'applicazione della direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle prove documentali. Agli enti aggiudicatori dovrebbe essere pertanto consentito di applicare i criteri di selezione di cui a tale direttiva e, qualora essi lo facciano, dovrebbero avere l'obbligo di applicare determinate altre disposizioni che riguardano, in particolare, il massimale relativo ai requisiti sul fatturato minimo nonché in materia di utilizzo del documento di gara unico europeo".

BIBLIOGRAFIA: (1) F. CARINGELLA - M. PROTTO, Codice dei contratti pubblici, Roma, 2012.