La valutazione del requisito è fatta al momento dell'aggiudicazione

Maurizio Zoppolato

La legge delega stabilisce (alla lettera r) che il nuovo Codice dovrà fissare i requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, organizzativa e professionale per la partecipazione alle gare pubbliche, attualmente disciplinati agli articoli 41 e seguenti del Codice.

Il principio

Con una previsione di principio, che recepisce testualmente il contenuto dell'articolo 58 della direttiva 24/2014, la lettera r) sancisce che tali requisiti dovranno essere «attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto». Il principio in realtà era già presente nel Codice e risponde, del resto, a costanti indicazioni comunitarie volte ad evitare indebite restrizioni alla concorrenza. Tuttavia, nell'attuazione concreta, l'efficacia del principio è stata largamente sminuita nel nostro ordinamento dalla posizione giurisprudenziale (ampiamente prevalente, se non univoca) propensa alla sostanziale insindacabilità dei requisiti di ammissione.

Infatti, l'individuazione dei requisiti di ammissione alle gare d'appalto è stata costantemente considerata ampiamente discrezionale, concernente il merito dell'azione amministrativa e sottratta al sindacato del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 6967 del 22 ottobre 2004; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 7247 del 19 novembre 2009), salvo che per assoluta illogicità quasi mai riscontrata nei casi giudiziali.

La questione riguarda sia la qualità dei requisiti individuati per l'ammissione, sia - soprattutto - l'entità, ovvero la proporzionalità economica tra il requisito ed il valore dell'appalto. Infatti, la proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto non significa, di per sé, che vi debba essere un rapporto percentuale di qualche tipo tra requisito e valore del contratto e proprio attraverso questa leva si verifica talvolta una restrizione all'accesso, ponendo requisiti economicamente molto elevati.

A parziale rimedio al rischio di arbitrii in questo senso, sono intervenuti da un lato il Dl 95/2012 (cosiddetto "spending review 2"), che ha introdotto all'articolo 41 del Codice il principio per cui sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale; dall'altro lato l'articolo 13, comma 5, dello Statuto imprese (legge 180/2011), che vieta alle stazioni appaltanti di pretendere requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti da affidare.

Peraltro, neanche a seguito di tali innovazioni si è riscontrato un radicale mutamento nell'orientamento giurisprudenziale e nella prassi, tanto che gli atti delle gare d'appalto hanno continuato a pretendere requisiti connessi al fatturato aziendale, senza alcun rispetto di parametri particolari di proporzionalità.

Le novità del Codice

Il quadro appare tuttavia destinato a mutare significativamente nel nuovo Codice, non tanto perchè l'articolo 13 dello Statuto delle imprese è destinato a restare comunque in vigore, siccome contenuto in una legge speciale e neppure perchè la lettera r) della legge delega indica, quale finalità della disciplina al riguardo, l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero possibile di potenziali partecipanti, nonchè la necessità di favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese. Il motivo è piuttosto che il già ricordato articolo 58 della direttiva 2014/24 pone un limite tassativo al fatturato minimo annuo che gli enti appaltanti possono pretendere dai concorrenti, nella misura del doppio del valore stimato dell'appalto, salvo eccezioni particolari e motivate.

Il punto

01 | I COSTI STANDARD
I costi standardizzati servono per individuare l'offerta migliore, insieme al criterio del costo/efficacia e devono tenere presenti elementi quali il ciclo di vita del bene ed il miglior rapporto qualità/prezzo. Servono altresì per il calcolo delle offerte anomale e vengono rilevati annualmente per tipo di lavoro, servizio e fornitura

02 | L'OSSERVATORIO
L'attività farà capo all'Osservatorio, che già determina i costi standard per tipo di lavoro e aree territoriali. Alcuni esempi di calcolo sono pubblicati sul sito dell'Autorità di vigilanza. Il calcolo è sindacabile se illogico: in particolare dai giudizi sui costi standard per disavanzi nel settore della sanità, si desumono criteri e metodi di controllo giudiziario

Il parametro, oltretutto, vale per ciascun lotto in cui è diviso l'appalto, a meno che ad una impresa siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente: la valutazione del requisito deve essere fatta quindi al momento dell'aggiudicazione (e, al più, preclude l'aggiudicazione di più lotti), e non al momento della ammissione di ciascuna domanda per ciascun lotto.

Alla luce di tale precisa ed univoca indicazione, il Codice non potrà che attuare il principio della proporzionalità recependo, per il fatturato annuo, il limite massimo del doppio del valore dell'appalto; sicché il fatturato specifico, nei servizi o nelle forniture oggetto del contratto, dovrà essere chiesto in misura ancora (largamente) inferiore.

Può infine annotarsi come la lettera r) richiami del tutto impropriamente il principio di rotazione che dovrebbe guidare gli estensori del Codice nella definizione dei requisiti. Si tratta infatti del principio per cui, nelle procedure negoziate, le amministrazioni debbano ruotare le imprese invitate, individuando candidati (se possibile) sempre diversi: principio che evidentemente non ha alcuna attinenza con i requisiti di ammissione alle procedure di gara.

© RIPRODUZIONE RISERVATA