

La verifica dei requisiti solo sull'aggiudicatario?

di Vito Quintaliani

Data di pubblicazione: 6-2-2018

Il modificato comma 5 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 nonché l'introdotta comma 6 *bis* da parte dell'art. 25, comma 1, rispettivamente lett. e) e g) del d.lgs.56/2017, impone una riflessione limitatamente al lemma "aggiudicatario" leggibile nei testi di detti commi.

Più in dettaglio il comma 5 dispone: *"Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. [...]".* Mentre l'introdotta comma 6 *bis* dispone che: *"Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5".*

Orbene il lemma "aggiudicatario" potrebbe trarre in inganno ritenendo che lo stesso, nel suo significato semantico, sia la conseguenza di una valutazione comparativa fra più partecipanti alla gara.

Senonché, interpretando in maniera sistematica il testo del novellato comma 5, e in particolare il suo *incipit* in cui si legge: *"Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2[...]".*, si giunge a dare un significato ampliato dello stesso lemma, poiché in tale comma fra le procedure negoziate rientrano, testualmente ai sensi del comma 2 lett.a) anche gli *"affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto ((anche senza previa consultazione di due o più operatori economici)) o per i lavori in amministrazione diretta"* i quali possono essere disposti anche senza ricorrere a una valutazione comparativa di offerte.

Sicché il dato testuale della norma, con riferimento "all'aggiudicatario", indica che il legislatore non ha inteso limitare la verifica solo a questo, ma il lemma vale tanto per l'aggiudicatario che per l'affidatario in conformità ad un approccio sostanzialistico alla disposizione di cui all'art.80 del d.lgs.50/2016 che attribuisce motivo di esclusione degli operatori economici in caso che questi risultino avere i requisiti condizionanti l'esclusione, avvalorando così la scelta ermeneutica teleologica della norma in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, integrità, affidabilità contrattuale.

Del resto questa è l'unica esegesi compatibile e nessuna rilevanza, può acquisire la circostanza che il valore economico dell'affidamento diretto non sia rilevante da non influire, nella sostanza, sulla capacità a contrarre delineato dal legislatore.

Invero orientando l'interpretazione solo nel suo significato lessicale si verrebbe a creare un paradosso normativo fra l'affidamento diretto e l'aggiudicazione. Concretamente s'ipotizza il seguente caso di scuola: all'operatore economico Caio è affidata dalla stazione appaltante Zeta direttamente, ai sensi della lett.a) c.2 dell'art.36 del d.lgs. 50/2016, una fornitura di euro 800,00, senza procedere alla verifica dei requisiti soggettivi non essendo lo stesso aggiudicatario. In seguito, a distanza di pochi mesi, lo stesso operatore Caio, partecipa a una procedura negoziata di cui alla lett.b) del comma 2 dell'art.36 indetta dalla stessa stazione appaltante "Zeta", e a suo favore vi è una proposta di aggiudicazione cui segue la verifica dei requisiti soggettivi. All'esito della quale, la stazione appaltante Zeta non aggiudica a Caio la fornitura avendo accertato la presenza, sin da data antecedente al provvedimento dell'affidamento diretto, di uno dei requisiti impeditivi dell'aggiudicazione.

Il paradosso, quindi, è che, alla presenza di uno stesso requisito soggettivo declinato dal richiamato art.80, la Stazione appaltante Zeta, nel primo caso, affida la fornitura a Caio perché non è aggiudicatario, mentre, nel secondo caso, essendo, sempre Caio, aggiudicatario, non gli affida la fornitura.

Se è lecito dubitare che il criterio letterale, riflettendosi, giustappunto, sul paradosso ipotizzato, sia l'esegesi corretta, il dubbio non può riflettersi, invece, sull'esegesi delle disposizioni, in esame, sorretta dal principio di ragionevolezza orientando, quindi, la verifica anche nei confronti dell'affidatario, di modo che la tesi volta a ritenere il lemma "aggiudicatario" inclusivo anche di quello di "affidatario", non sia un paralogismo rispetto al fine perseguito dalla norma.

Quanto precede, vale anche per la disposizione del comma 6 *bis* riguardante le procedure del mercato elettronico, per l'effetto del rinvio dinamico al comma 5.