

L'esclusione dagli appalti pubblici e la polivalenza del sindacato di proporzionalità

di Maddalena Zinzi

Title: Exclusion from public procurement procedures and the multi-purpose character of proportionality in judicial review

Keywords: Proportionality and Judicial Review; Grounds for Exclusion in Public Procurement; Discretionary Power Conferred on the Member States; Credible Bidders.

1. – Nella sentenza in commento, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal TAR Lazio in tema di motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara per gli appalti pubblici, la Corte di Giustizia, nel confermare la compatibilità della normativa nazionale con quella europea, ribadisce la costante natura polivalente del sindacato di proporzionalità ed evidenzia, al contempo, la debole connotazione autonoma del principio nell'esperienza italiana.

È noto che il principio di proporzionalità si sia originato nell'ordinamento tedesco, e più precisamente nel Polizeirecht prussiano, trovando applicazione, dapprima nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, per poi identificarsi in un modello decisamente più ampio (A. Barak, *Proportionality: Constitutional Right and their Limitations*, Cambridge, 2012, 175-210); così com'è noto che, pur essendo naturalmente collegato ai concetti di merito e discrezionalità amministrativa (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2° ed., Milano, 2000, 508), esso possiede una forza espansiva che gli ha consentito di travalicare la figura interna dell'eccesso di potere ai fini della verifica dell'indispensabile equilibrio tra gli interessi coinvolti nel procedimento amministrativo (sul punto cfr. K. Haibronner, *Il principio di proporzionalità*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, n.1/1979, 557-559). È sempre in Germania che il principio ha quindi acquisito una connotazione autonoma secondo una concezione tripartita che identifica nell'idoneità, adeguatezza e necessarietà, i parametri su cui si fonda il giudizio di proporzionalità. Impostazione questa che, attraverso l'ordinamento comunitario (D.U. Galetta, *Le principe de proportionnalité*, in J.B. Auby & J. Dutheil de la Rochère (a cura di), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, 357-376), è stata recepita dalla gran parte dei Paesi dell'Unione (M. Cohen-Eliya & I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, cap.1). Tuttavia, essendo il principio dotato di una certa flessibilità, nelle pronunce della Corte a volte si legge, come nella sentenza in commento, un sindacato parziale di proporzionalità. Sindacato fondato cioè sull'accertamento e rispetto di una sola delle tre componenti che lo contraddistinguono, in controtendenza rispetto al più forte orientamento del giudice

europeo verso un controllo maggiormente penetrante, finalizzato a garantire l'osservanza di tutti e tre gli elementi costitutivi.

Il caso in questione attiene all'esclusione della Tim SpA da una procedura di gara d'appalto aperta, indetta dalla Consip SpA (la centrale di acquisti dell'amministrazione pubblica italiana) ai fini della fornitura di un sistema di comunicazione ottica ("sistema Wavelength Division Multiplexing"), deputato all'interconnessione del centro di trattamento dei dati di alcuni Dipartimenti del Ministero dell'Economia e delle Finanze. In risposta al bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 3 agosto 2016, Tim SpA presentava un'offerta in cui venivano indicati tre subappaltatori, di cui si sarebbe avvalsa in caso di aggiudicazione.

Nel corso del procedimento Consip SpA rilevava che uno degli subappaltatori non era in regola con le norme che disciplinano l'accesso al lavoro dei disabili ed escludeva Tim SpA dalla procedura di gara, in base a quanto disposto dall'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici ed in linea con l'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva europea 2014/24, secondo cui gli Stati membri devono garantire, attraverso l'adozione di misure adeguate, il rispetto da parte degli operatori economici degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dall'Unione. Richiamando la citata direttiva, ed in particolare i motivi non obbligatori di esclusione degli operatori economici ex articolo 57, paragrafo 4, in cui rientra, alla lettera a), la violazione di quanto disposto dall'articolo 18, paragrafo 2, nonché le modalità di esclusione dei medesimi ex articolo 71, paragrafo 6, lettera b), disponente quale sanzione massima irrogabile all'operatore economico offerente, in seguito alla constatazione solo di un motivo obbligatorio di esclusione in capo ad un suo subappaltatore, la mera sostituzione di quest'ultimo, Tim SpA presentava ricorso al giudice del rinvio. Ricorso in cui adduceva che le irregolarità attribuibili ad un suo subappaltatore non avrebbero dovuto determinare l'ingiusta e sproporzionata esclusione automatica dell'operatore economico offerente in regola. Tenuto conto, in particolare, che: secondo l'articolo 57, paragrafo 7, gli Stati membri definiscono sì le condizioni di applicazione del medesimo articolo, e quindi anche dei motivi di esclusione facoltativi previsti al paragrafo 4 dello stesso, ma sono comunque tenuti ad agire in linea con il diritto dell'Unione e quindi in osservanza dei principi europei, tra cui rientra quello di proporzionalità; in base al sopracitato paragrafo 4, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere di escludere dalla gara gli operatori economici, purché siano in grado di dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, che gli stessi abbiano violato l'articolo 18, paragrafo 2; così come, gli operatori economici possono sempre provare, ex paragrafo 6 dello stesso articolo 57, che le misure da loro adottate sono comunque sufficienti a garantirne l'affidabilità ragion per cui, se le prove addotte sono ritenute tali dalle amministrazioni aggiudicatrici, l'operatore stesso non può essere escluso dalla gara.

Il giudice del rinvio, di contro, riteneva legittima l'esclusione di Tim SpA in conformità con l'articolo 80, comma 5, lettera i), secondo cui le stazioni appaltanti sono sempre tenute ad escludere, in via automatica, dalla gara un operatore economico, anche quando un suo subappaltatore non presenti il certificato, ex articolo 17 legge n.68 del 1999 (recante "Norme per il diritto al lavoro dei disabili") in cui si attesta che lo stesso ha ottemperato alle norme poste a tutela del diritto al lavoro dei disabili. Tuttavia lo stesso giudice, chiedendosi se la disciplina italiana fosse conforme alla citata normativa europea, determinava la sospensione del procedimento da parte del TAR Lazio. TAR che sottoponeva quindi alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: se l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), e l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b) ostassero o meno alla normativa italiana ex articolo 80, comma 5, lettera i) che, a differenza della disciplina europea, rinviene nell'inosservanza degli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, un motivo obbligatorio di esclusione anche dello stesso operatore economico offerente, qualora la violazione sia stata commessa da un suo subappaltatore indicato in sede di

offerta, anziché la sostituzione del subappaltatore disegnato; e, nel caso di risposta affermativa, se il carattere automatico dell'esclusione fosse conforme al principio di proporzionalità, di fatto richiamato dall'articolo 57, paragrafo 7.

Il giudice europeo riconosce la compatibilità della normativa nazionale con quella sovranazionale, ma lo stesso condanna il carattere automatico dell'esclusione dell'offerente in luogo della sostituzione del subappaltatore previsto dalla disciplina italiana, poiché contrario al principio di proporzionalità. L'automaticità infatti eccede il margine di discrezionalità, riconosciuto agli Stati membri ex articolo 57, paragrafo 7 e fondato sull'osservanza dei principi europei, circa la determinazione delle condizioni di applicazione dei motivi di esclusione facoltativi previsti dal paragrafo 4 dell'articolo 57. In tal modo la Corte conferma il carattere non univoco del giudizio di proporzionalità che, in quanto tale, rispecchia il diverso recepimento del principio nei singoli ordinamenti.

2. – Com'è noto il 26 febbraio 2014 Parlamento e Consiglio Europeo hanno adottato la direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici che, unitamente alle direttive 2014/25/UE (in tema di contratti pubblici) e 2014/23/UE (relativa alle concessioni pubbliche), ha dato luogo ad un'ampia riforma del settore (R. Caranta, D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n.5/2014, 493 ss.) in linea con la "Strategia Europa 2020", tesa al maggiore coinvolgimento delle piccole e medie imprese, alla più forte tutela della concorrenza, dell'ambiente e delle garanzie sociali e sul lavoro nonché alla promozione dell'innovazione (H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in A.A. V.V., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.12/2014, 1136-1141); così com'è noto che il legislatore italiano ha deciso di attuare con un'unica legge delega (n.11/2016) le tre citate direttive, attualmente recepite nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016) (per un'analisi critica cfr. ex multis M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.4/2016, 436-443; M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2019, Torino). Tra le finalità perseguite dal legislatore europeo, come si evince dalla direttiva 2014/24/UE, rientra quella di rendere più flessibili le procedure ed i criteri di selezione del contraente, attribuendo alle amministrazioni aggiudicatrici maggiori poteri discrezionali ai fini della negoziazione e modulazione dei criteri di aggiudicazione. E tale intento, cui si rifà la stessa legislazione italiana, rileva, come precisato dal paragrafo 7 dell'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE, anche in relazione ai motivi di esclusione facoltativi previsti dal paragrafo 4 del medesimo articolo tra cui rientra, alla lettera a), l'inosservanza degli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, richiamata nel caso di specie. Ed invero il recepimento del principio della "libera amministrazione" nell'ambito del Codice dei contratti pubblici ha mostrato la chiara volontà del legislatore nazionale di coniugare l'approccio interno, fondato sulla visione contabilistica della disciplina e sull'imposizione di uno schema rigido di regole, con quello europeo, finalizzato, invece, all'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza (M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 119 ss.).

Partendo da simile impostazione la Corte di Giustizia rinviene, quindi, nella sentenza in commento, la compatibilità tra la normativa nazionale e quella europea. Laddove l'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici dispone che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute in via obbligatoria ad escludere dalla procedura di appalto l'operatore economico offerente, anche qualora sia uno dei suoi subappaltatori a non essere in regola con quanto disposto dall'articolo 18, paragrafo 2; mentre, di contro, l'inosservanza degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, costituisce, ex articolo 57, paragrafo, 4 lettera a), un mero motivo facoltativo di esclusione che, in quanto tale, può determinare, ex articolo 71, paragrafo

6, lettera b) della direttiva stessa, solo in via eventuale, la sostituzione dei subappaltatori non in regola, da parte dell'operatore economico offerente. È proprio per contribuire a garantire in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nazionali un reale potere discrezionale, non esercitato però nel caso di specie conformemente al principio di proporzionalità disponendo la disciplina italiana l'esclusione automatica dell'offerente in luogo del subappaltatore, che la formulazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera a) risulta infatti volutamente generica (cfr. punto 32, conclusioni Avvocato Generale). Essa si limita cioè a menzionare, in maniera del tutto impersonale, la "violazione degli obblighi", con riferimento all'articolo 18, paragrafo 2, senza individuarne i potenziali autori. Ciò significa non solo che può essere considerato responsabile della violazione il subappaltatore, che utilizzando lavoratori nell'ambito dell'appalto pubblico è tenuto all'osservanza degli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, ma che può anche rispondere di simile violazione, persino in via obbligatoria (ex articolo 57, paragrafo 7), come nel caso di specie, lo stesso offerente. Ed invero se si fa riferimento al criterio di interpretazione sistematico, l'estensione all'operatore economico offerente della violazione commessa dal subappaltatore, nella fase iniziale di selezione, è in linea con il considerando 40 della direttiva 214/04/UE, secondo cui la vigilanza circa l'osservanza delle disposizioni in materia ambientale, sociale e del lavoro andrebbe effettuata "nelle fasi pertinenti della procedura di appalto". Così come lo stesso articolo 71, paragrafo 6, lettera a), menziona espressamente, sempre in relazione all'applicazione dell'articolo 18, paragrafo 2, la responsabilità solidale tra subappaltatore e contraente principale, già catalogata, al considerando 105, tra i meccanismi di cui possono avvalersi gli Stati membri. Ed ancora l'articolo 57, paragrafo 5, conferma che qualsiasi operatore economico, e dunque anche l'offerente, può essere escluso a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, poiché, come sottolineato dall'Avvocato Generale (cfr. punto 35, conclusioni), l'assenza di controllo sui propri subappaltatori, in occasione della presentazione dell'offerta, rappresenta essa stessa un'omissione negligente.

2958

Del resto, secondo la Corte, la stessa necessità di garantire il rispetto degli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, eretti dal legislatore europeo a principi generali essendo il suddetto articolo intitolato "Principi per l'aggiudicazione degli appalti", fa sì che le amministrazioni aggiudicatrici nazionali, in sede di determinazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione ex articolo 57, paragrafo 4, lettera a), possano legittimamente individuare nell'operatore economico offerente l'autore della violazione, in luogo del subappaltatore, ed escluderlo dalla gara d'appalto persino in via obbligatoria. Ed invero è lo stesso paragrafo 7 dell'articolo 57 a disporre in capo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione del suddetto articolo e quindi, come sottolineato, anche dei motivi di esclusione ex paragrafo 4 del medesimo. Gli Stati membri pertanto non solo possono decidere di applicare o meno i motivi di esclusioni facoltativi indicati dalla disciplina europea, ma possono altresì interpretarli, come nel caso in analisi, con maggior rigore, trasformandoli così in obbligatori, come disposto dall'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici, in base a valutazioni di carattere giuridico, economico o sociale che si mostrino prevalenti sul piano nazionale (cfr. sentenza del 20 dicembre 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani e Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punti 31 e 32). Tuttavia la regolazione pro concorrenziale di derivazione europea, pur riconoscendo alle amministrazioni nazionali maggiore spazio di valutazione e flessibilità ai fini di un confronto competitivo con le imprese (L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in F. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 119 ss.), non può prescindere, come ben evidenziato dallo stesso paragrafo 7 dell'articolo 57, dall'osservanza dei principi europei, e quindi del principio di proporzionalità. Principio che, invece, risulta violato nel caso in questione disponendo la disciplina nazionale di fatto l'automaticità dell'esclusione dell'offerente, nella misura in cui non consente allo stesso di provare la

propria credibilità ed all'amministrazione di valutare le prove addotte ex articolo 57, paragrafo 6. D'altronde la discrezionalità permette di individuare la migliore soluzione contrattuale, in linea con le circostanze del caso concreto, a patto che sia posta in essere correttamente. L'esercizio del potere discrezionale non può così prescindere dalla verifica della ragionevolezza della scelta amministrativa. Verifica che si attua attraverso il sindacato giurisdizionale di proporzionalità che, quando completo, mira ad accertare: se il mezzo prescelto sia idoneo o meno al raggiungimento dell'obiettivo prefissato; se nel caso di più mezzi idonei venga scelta la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi opposti coinvolti; e se, infine, si raggiunga l'equità sostanziale tra gli interessi in gioco mediante un'analisi comparativa degli stessi. Mentre nella sentenza in commento la Corte si limita ad accertare l'osservanza del solo parametro della necessità.

3. – Anche la forte tutela accordata dal giudice e legislatore europeo al rispetto degli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, si ricollega ad un concetto cardine delle procedure di appalto. Si tratta dell'affidabilità dell'operatore economico (D. Albonetti, S. Degli Espositi, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'analisi multicriteri*, Maggioli Editore Ravenna, 2012, 84 ss.), la cui centralità è ribadita, nella sentenza in oggetto, quale elemento fondante del rapporto tra aggiudicatario ed amministrazione giudicatrice (sentenza del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punto 26; sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 29 e 30). Tant'è che il considerando 101, paragrafo 1, specifica che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili. La credibilità dell'offerente rileva, quindi, in via ulteriore, ai fini della compatibilità tra normativa europea e disciplina nazionale in tema di motivi di esclusione dalla procedura di gara, ma anche in relazione al principio di proporzionalità.

La concorrenza risulterebbe falsata, e così lo spirito della disciplina europea in tema di appalti pubblici, se l'operatore economico presentasse l'offerta nella consapevolezza che uno dei suoi subappaltatori, nel violare l'articolo 18, paragrafo 2, è partito da una situazione di vantaggio sotto il profilo dei costi. Appare infatti evidente che l'idoneità dell'offerente (cfr. punto 39, conclusioni Avvocato Generale), ad aggiudicarsi l'appalto possa essere compromessa dallo stesso subappaltatore, poiché è l'offerente a poter scegliere, o meno, di ricorrere al meccanismo del subappalto. Per logica, quindi, ed anche al fine di assicurare in modo adeguato il rispetto dell'articolo 18, paragrafo 2, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), va necessariamente interpretato in senso estensivo circa l'individuazione dell'autore della violazione, potendo quindi riferirsi tanto all'offerente quanto al subappaltatore. Tuttavia l'offerente deve poter sempre dimostrare la propria affidabilità anche quando chiamato a rispondere in via obbligatoria, così come disposto dall'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei Contratti, della violazione, ex articolo 18, paragrafo 2, posta in essere dal subappaltatore. Vale a dire che l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto in capo agli Stati membri, ex articolo 57, paragrafo 7, circa l'estensione all'offerente del motivo di esclusione ex art. 57, paragrafo 4, lettera a), non può prescindere dal principio di proporzionalità (cfr. punto 48, conclusioni Avvocato Generale). Ed invero sia la genesi quanto l'analisi di tale principio sono inevitabilmente collegate ai concetti di discrezionalità e merito amministrativi, risultando gli atti discrezionali dalla ponderazione e comparazione dell'interesse primario con gli altri interessi rilevanti nella vicenda effettuata secondo il principio della ragionevolezza, di cui la proporzionalità costituisce uno strumento di verifica. Proporzionalità che ha ottenuto la sua massima espansione nel sistema comunitario dove, da mero principio interno è divenuta, prima, un vero e proprio principio comunitario di rango costituzionale, e poi principio generale di derivazione sovranazionale di non pochi ordinamenti nazionali

attraverso il cd. “effetto di ritorno”.

Ripresa anche dall'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, la proporzionalità va quindi osservata nella materia trattata come evidenziato dall'articolo 57, paragrafo 7, laddove sancisce il rispetto del diritto dell'Unione. Ed invero già in base al citato considerando 101, paragrafo 2, della suddetta direttiva le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero tener conto di tale principio nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi. L'esclusione obbligatoria dell'offerente in luogo della sostituzione del subappaltatore non in regola non può quindi, secondo la Corte, risultare automatica, come invece previsto dall'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici. Nel caso di specie il giudice europeo riprende, infatti, un orientamento giurisprudenziale che riconosce il carattere indispensabile della “valutazione specifica e concreta dell'atteggiamento dell'operatore economico interessato”, ai fini dell'accertamento dell'affidabilità dello stesso, che si ricava ex paragrafo 6 dell'articolo 57 (sentenza 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801). E si tratta di una valutazione che, nella sentenza in commento, la Corte pone ancora una volta in essere attraverso un sindacato non completo di proporzionalità.

4. – In base all'articolo 57, paragrafo 7, gli Stati membri “specificano le condizioni di applicazione del presente articolo...nel rispetto del diritto dell'Unione...” e dunque del principio di proporzionalità. Vale a dire che gli ordinamenti nazionali hanno un reale margine di discrezionalità nella definizione dei motivi facoltativi di esclusione ex articolo 57, paragrafo 4, tanto da poterli tramutare in obbligatori come nel caso di specie, da esercitarsi però nel rispetto del suddetto principio. Simile necessità, non ottemperata nella vicenda trattata, si evince infatti dal paragrafo 6 dell'articolo 57 secondo cui gli operatori economici possono sempre provare, anche quando la violazione ex articolo 18, paragrafo 2, ripresa alla lettera a) del paragrafo 4 dello stesso articolo 57 sia contestata nei confronti di un subappaltatore, che le misure da loro adottate sono sufficienti a garantirne l'affidabilità; e, qualora le prove fornite siano ritenute tali dall'amministrazione aggiudicatrice, l'offerente non può essere escluso dalla gara.

Nel riprendere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le norme nazionali di attuazione della direttiva 2014/24/UE, come quella deputata a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57, devono risultare conformi al principio di proporzionalità (cfr. sentenze del 7 luglio 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, punto 40, e dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32), la Corte dichiara quindi l'incompatibilità dell'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici con la normativa europea di settore. Incompatibilità che tocca non l'esclusione obbligatoria in sé dell'offerente dalla gara d'appalto in luogo del subappaltatore, che abbia trasgredito gli obblighi ex articolo 18, paragrafo 2, ma l'automaticità della medesima poiché si tratta di una misura con tutta evidenza sproporzionata. Ed invero, come già sottolineato dalla Corte, il Codice dei contratti pubblici, eccede il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri in ordine alla precisazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a) poiché viola il paragrafo 6 del medesimo articolo (nello stesso senso cfr. sentenza del 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 30; sentenza del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, punti 34 e 35, nonché sentenza del 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, punti 40 e 41).

Disponendo ancora una volta che le norme nazionali, e nella specie quelle deputate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 della direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti dalla direttiva 2014/24/UE, la Corte sottopone di fatto l'articolo 80, comma 5, lettera i) del

Codice dei Contratti pubblici ad un sindacato di proporzionalità parziale e conferma il carattere polivalente del giudizio stesso. E' possibile suddividere infatti, sia da un punto di vista cronologico che contenutistico, l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria sul principio in due ampie sezioni: una prima, in cui la Corte, tra gli anni '50 e '90 del secolo scorso, ha esercitato un sindacato di proporzionalità esclusivamente parziale; ed una successiva in cui è prevalsa, invece, la tendenza verso un sindacato completo (sul punto cfr. M. Zinzi, *Principio di proporzionalità e criteri per il calcolo delle sanzioni per violazione della concorrenza*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.4/2006, 1981-1984).

In ogni caso, l'indiscusso orientamento della Corte verso un sindacato atto a garantire l'osservanza di tutti e tre gli elementi costitutivi del principio, risulta costantemente segnato da tendenze opposte, come provato dalla sentenza in commento. È il contenuto eterogeneo del principio, da cui deriva la sua natura flessibile, a giustificare non solo un simile effetto, ma anche il diverso recepimento dello stesso da parte degli ordinamenti nazionali (cfr. D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 73 ss.). La condanna da parte del giudice europeo dell'automaticità dell'esclusione dell'offerente, disposta dall'articolo 80, comma 5, lettera i) del Codice dei contratti pubblici, dimostra infatti la debole affermazione della proporzionalità nell'esperienza italiana, dove il principio è stato inizialmente interpretato come una variante della ragionevolezza, per poi assumere qualche forma di autonoma configurazione solo a partire dalla metà degli anni '90. Tant'è che molte pronunce non si fondano sulla ricerca dei tre parametri dell'agire proporzionale, consentendo così all'azione amministrativa una certa flessibilità ai fini della ricerca del minor sacrificio possibile. E lo stesso dicasi del Regno Unito dove, è solo a partire dal 2001, che si registra l'accettazione del principio attraverso due casi giudiziari, in cui l'idea della proporzionalità assume però una connotazione limitata all'applicazione del diritto europeo e delle ipotesi che possono rientrare nell'ambito dell'Human Right Act. Mentre diverso è il caso francese dove la proporzionalità si è affermata in maniera molto forte attraverso la teoria del bilan coût-avantages, che ha posto le basi del plein contrôle de proportionnalité. Contrôle che, sempre sotto l'influenza comunitaria, ha indirizzato il giudice d'oltralpe verso un sindacato giurisdizionale totale andando ben oltre i parametri dell'erreur manifeste d'appréciation (per un'approfondita analisi comparatistica cfr. V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Trattato di Diritto Pubblico Comparato, Milano, 2018, 261-278).

