

Una dichiarazione sul proprio onore può soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria nell'ambito di un appalto pubblico?

di Francesco Campodonico

Title: Can a sworn statement fulfil the criterion regarding economic and financial standing indicated in the contract notice of a tendering procedure?

Keywords: Economic and financial standing; Judicial review of a decision to exclude a tenderer; Sworn statement.

1. – Secondo la Direttiva 2004/18/CE – oggi la Direttiva 2014/24/UE – un'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a escludere un offerente da un appalto pubblico se non rispetta i requisiti di capacità economico/finanziaria stabiliti dal bando di gara. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 46, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE (e oggi dell'articolo 60, comma 3, cpv. della Direttiva 2014/24/UE) è concesso a qualsiasi operatore economico, in presenza di «fondati motivi», «provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice».

Il tema dei “mezzi di prova” del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria è uno dei più ricorrenti nell'ambito della contrattualistica pubblica, sul quale non solo il nostro legislatore è intervenuto – da ultimo in sede di recepimento delle Direttive europee del 2014 – ma anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha voluto esprimersi (vedi le Deliberazioni n. 350/2017 e n. 518/2017).

Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti la CGUE) ha avuto modo di portare un proprio contributo non solo all'identificazione dei principi generali che vengono in rilievo in questi casi così importanti da un punto di vista pratico-operativo ma anche a una prima (e per molti versi ancora tutta da definire) indicazione sul ruolo del giudice nazionale a presidio del diritto degli operatori economici a far ricorso ad altri mezzi di prova, diversi da quelli richiesti dall'amministrazione.

2. – Il caso dal quale ha avuto origine il rinvio pregiudiziale alla CGUE riguardava il ricorso proposto da un operatore economico avverso il provvedimento di esclusione da una gara indetta da una pubblica amministrazione slovacca per l'affidamento di un contratto di lavori da più di 25 milioni di euro. L'ente pubblico aveva deciso di escludere l'offerente in quanto questi non era riuscito a produrre la dichiarazione di un istituto bancario che attestasse che gli veniva concesso un credito del valore minimo di 3 milioni di euro. Tuttavia l'escluso aveva prodotto, al posto della dichiarazione necessaria, un'altra dichiarazione di un istituto bancario che «conteneva informazioni relative all'apertura di un credito in conto corrente di importo superiore a EUR 5.000.000» (la Corte ne deduce che «era un credito in conto corrente che non era destinato all'esecuzione dell'appalto») e, insieme a questa, una propria

«dichiarazione sull'onore attestante che, nel caso in cui la sua offerta fosse stata scelta, sul suo conto sarebbe stato accreditato un importo minimo di EUR 3.000.000 (...)» (v. punti 17 e 18 della sentenza). L'offerente escluso, nel suo ricorso, lamentava l'impossibilità oggettiva di soddisfare altrimenti i requisiti previsti dal bando, in quanto – a suo dire – nessuno degli istituti di credito contattati si sarebbe dimostrato disposto a concedere un credito così elevato se non subordinatamente all'aggiudicazione, in favore dell'operatore economico istante, dell'appalto stesso.

Il giudice slovacco riteneva quindi di dover sottoporre alla CGUE, tra gli altri, due quesiti relativi, il primo, alla legittimità dell'esclusione, comminata dall'ente pubblico, nei confronti di un soggetto che pure aveva presentato una dichiarazione sul suo onore che un istituto bancario gli avrebbe messo a disposizione l'ingente somma di denaro richiesta dal bando, e, il secondo, alla possibilità di qualificazione della condizione imposta dalla banca per la concessione del credito come un «fondato motivo» (ai sensi dell'articolo 46, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE) per cui l'offerente non può fornire i documenti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

3. – La Corte, nel prendere in considerazione il primo quesito posto dal giudice del rinvio, mette in luce come l'art. 47 della Direttiva 2004/18, a differenza dell'articolo successivo, conceda alle stazioni appaltanti un più ampio margine di discrezionalità nella valutazione delle «referenze probanti», ossia dei mezzi di prova, che devono essere presentati dagli offerenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando. Inoltre, come del resto recepito anche all'interno del nostro ordinamento con l'art. 85, comma 3, del d.lgs. 50 del 2016, esiste un principio generale di proporzionalità tra i livelli minimi di capacità (economico-finanziaria) richiesti per un determinato appalto e il valore dello stesso. Tale principio, dunque, impedisce alle stazioni appaltanti di porre “troppo in alto” l'asticella per la partecipazione, assicurando, in tal modo, un confronto competitivo sempre proporzionale al valore dell'affidamento che si intende operare. Tuttavia, è in capo al giudice nazionale che permane il dovere di verificare che, in concreto, l'importo stabilito nel bando di gara sia proporzionato al suo oggetto.

Analogamente sembrerebbe possibile argomentare che anche i mezzi di prova richiesti dalla stazione appaltante debbano essere «oggettivamente idonei» al loro scopo e non del tutto irragionevoli o “sproporzionati”. La Corte, infatti, afferma che «il requisito di ottenere un credito destinato all'esecuzione di un appalto (è) oggettivamente idoneo a fornire informazioni sulla capacità economica dell'offerente di portare a termine l'esecuzione dell'appalto» (v. punto 36).

D'altro canto, in accordo con quanto già affermato dall'Avvocato generale al paragrafo 46 delle Conclusioni, anche secondo la CGUE risulta parimenti coerente con i principi posti dalla Direttiva che la stazione appaltante richieda all'offerente la dimostrazione del mantenimento della capacità economico-finanziaria per tutta la durata dell'affidamento. Nel caso di specie ciò era stato fatto imponendo ai concorrenti di dimostrare la disponibilità dei fondi richiesti in sede di offerta anche nella fase di esecuzione del contratto. Definitivamente pronunciandosi sul punto, il giudice europeo ritiene quindi di non poter censurare la condotta di una pubblica amministrazione che ha ritenuto non idoneo un mezzo di prova della capacità economico-finanziaria diverso (la dichiarazione sul proprio onore) da quello espressamente richiesto (la dichiarazione dell'istituto di credito).

4. – Con riferimento al secondo quesito posto dalla corte slovacca, la CGUE si dimostra più “sensibile” alle difficoltà incontrate dagli offerenti in sede di “ricerca del finanziatore”. La materiale impossibilità di procurarsi la dichiarazione di un istituto di credito, lamentata dall'offerente sia in sede di giudizio nazionale sia in sede europea, è tenuta in conto dalla Corte, che, infatti, considera tale fattispecie riconducibile, almeno in astratto, tra quei «fondati motivi» evocati dall'art. 47, comma 5 della Direttiva 2004/18.

Naturalmente, nel caso di specie, tale verifica è demandata anch'essa al giudice nazionale, il quale, solo qualora ravvisasse un'«impossibilità oggettiva» a procurarsi la dichiarazione richiesta dall'amministrazione, dovrebbe procedere ad accertare se la «dichiarazione sostitutiva» prodotta dall'operatore economico possa essere considerata – dall'amministrazione procedente – documento idoneo a dimostrare la sua capacità economico-finanziaria. Si tratta, in concreto, di un accertamento bifasico, in cui il giudice nazionale prima «verifica» l'oggettiva impossibilità dichiarata dall'offerente e, poi, provvede a sindacare la legittimità dell'esclusione eventualmente comminata dall'amministrazione.

5. – La sentenza in analisi offre, nel complesso, pochi elementi concreti per indirizzare l'attività del giudice nazionale. Già il primo dei due accertamenti demandatigli dalla CGUE appare piuttosto generico, salvo il riferimento agli «istituti bancari ai quali l'offerente si è rivolto», che farebbe pensare a un'indicazione di massima circa i soggetti da consultare. Per il resto, sembra di poter ritenere che la corte nazionale goda di una notevole discrezionalità nelle modalità dell'istruttoria, potendo ricorrere agli strumenti più vari (interrogazioni, analisi di mercato, testimonianze, ecc.), purché gli consentano di giungere all'accertamento dell'«oggettiva impossibilità» (o meno) per l'offerente di procurarsi i mezzi di prova richiesti dall'amministrazione.

Quanto alla seconda fase, quella di verifica della legittimità dell'esclusione eventualmente comminata dalla stazione appaltante, la posizione della Corte non pare del tutto condivisibile.

Amnesso che l'amministrazione debba comunque rispettare un generale principio di proporzionalità dei mezzi di prova ammissibili, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e del suo valore, la verifica sull'«idoneità» del mezzo dedotto in concreto costituisce una valutazione di merito dell'amministrazione e non del giudice. Questi potrà, al massimo, procedere alla verifica, *ab extrinseco*, della coerenza della motivazione stessa ma non sarà mai legittimato (salvi i casi del giudizio di ottemperanza) a sostituirsi ad essa.

Sebbene la Corte si sia limitata ad affermare che il controllo del giudice *a quo* si deve «limitare» ad accertare che «l'amministrazione fosse legittimata a ritenere che la dichiarazione sull'onore prodotta dall'offerente non costituisse un documento idoneo ai fini di dimostrare la sua capacità economica e finanziaria» (v. par. 47), è altresì vero che tale legittimazione debba necessariamente sussistere in ogni caso in cui l'amministrazione motivi espressamente questa sua scelta. Diversamente opinando, infatti, si dovrebbe ammettere che l'art. 47, comma 5 della Direttiva 2004/18 (e oggi l'art. 60, comma 3, cpv. della Direttiva 2014/24/UE) costituisca un vero e proprio *passerpartout* per qualsiasi mezzo di prova presentato dall'offerente che si dimostri impossibilitato a produrre il mezzo richiesto dall'amministrazione.

In conclusione, questa sentenza della CGUE, che pure ha il merito di strutturare – seppur a grandi linee e con tutti i limiti che si sono visti – un vero e proprio *iter* nell'analisi dei singoli casi da parte dei giudici nazionali, dall'altro corre il rischio di prospettare un sindacato troppo ampio sull'azione dell'amministrazione, arrivando quasi a contraddire la norma (l'art. 47, comma 5). Al contrario, la verifica dell'idoneità dei mezzi di prova è attività giustamente demandata, e riservata dal testo stesso della Direttiva, all'amministrazione. Solo quest'ultima, infatti, a differenza del giudice, che è organo per natura estraneo alla gestione, conosce e può valutare i pregi o i difetti dei diversi mezzi che i diversi operatori economici intendono presentare a dimostrazione della propria capacità economica e finanziaria ad adempiere la prestazione oggetto dell'appalto.