

LA DISCREZIONALITÀ STRUMENTALE DELLA STAZIONE APPALTANTE E IL MODELLO ORGANIZZATIVO EX D.LGS. N. 231/01^(*)

Pier Luigi Portaluri Ordinario di Diritto amm.vo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento

1.- In linea di principio la p.A., nell'impostare il bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, gode di discrezionalità *strumentale* circa la previsione sia dei requisiti di partecipazione alla gara, sia dei criteri di valutazione delle offerte, i quali risultino essere *ulteriori* rispetto a quelli minimi imposti dalla legge.

Si tratta di un potere di scelta che attiene al merito dell'azione amministrativa ([1]), giustificato dall'esigenza di garantire alla p.A. l'affidabilità tecnica, morale e finanziaria dei partecipanti. Dalla necessità, cioè, di ancorare la valutazione della serietà di un'impresa non solo a elementi definiti dalla normazione generale, ma anche a criteri più aderenti alle esigenze specifiche e concrete sottese alla singola procedura, così da precisare i contorni e quindi tutelare meglio l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile.

La stazione appaltante è tuttavia tenuta a indicare nel bando in modo chiaro i requisiti di partecipazione richiesti e le modalità di redazione delle offerte, al fine di evitare che sia compromesso il principio di massima concorrenza ([2]).

Questa discrezionalità strumentale risponde a una duplice esigenza:

- a) da un lato – come detto – individuare il miglior *partner* contrattuale a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto;
- b) dall'altro, e in ossequio a principi fondamentali del diritto comunitario, rendere più trasparente l'operato della stazione appaltante (cioè il procedimento di scelta).

L'oggetto di un potere siffatto è, sì, ampio: può infatti dispiegarsi dalle minute modalità di confezionamento e di consegna del plico, alle ben più ampie tematiche concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-finanziaria, come pure all'individuazione dei criteri d'attribuzione dei punteggi all'offerta (o di un determinato punteggio a uno specifico elemento di valutazione), *etc.*.

Ma, involgendo profili attinenti alla tutela della concorrenza, incontra un limite sensibile: la fissazione di requisiti e parametri di valutazione *aggiuntivi* rispetto a quelli minimi di legge dev'essere infatti esercitato in modo non discriminatorio, logico, ragionevole e proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto ([3]); in caso contrario, si tradurrebbe in una vieta limitazione all'accesso alla gara.

Perciò, se è vero che la stazione appaltante può calibrare i requisiti di partecipazione a una gara (o gli elementi di valutazione delle offerte) prevedendone di più rigorosi o in numero superiore a quelli di legge (anche) al

(*) Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di A. Loiodice*.

⁽¹⁾ Tar Lazio, I, 1 marzo 2002, n. 1577; III, 27 novembre 2002, n. 10823; III-ter 27 novembre 2003, n. 11966; I-ter, 11 novembre 2004, n. 12914; I-bis, 3 luglio 2006, n. 5360; Cons. Stato, IV 29 ottobre 2002, n. 5942; V, 31 dicembre 2003, n. 9305; V, 5 ottobre 2005, n. 5318; V, ord. 28 ottobre 2005, n. 5240; V, 15 marzo 2006, n. 1387; V, 14 aprile 2006, n. 2959; IV, 9 maggio 2006, n. 2567; IV, 15 settembre 2006, n. 5377; V, 8 settembre 2008, n. 3083; Tar Molise, I, 2 aprile 2008, n. 107; Tar Bologna, I, 11 aprile 2008, n. 1424.

⁽²⁾ Cons. Stato, A.p., ord. 4 dicembre 1998, n. 1.

⁽³⁾ Tar Milano, I, 18 giugno 2007, n. 5269.

dichiarato fine di limitare la platea dei possibili concorrenti o di restringere la partecipazione alla gara a soggetti particolarmente qualificati ([4]), tuttavia una tale scelta dovrà sempre essere condotta nel rispetto del canone di ragionevolezza e in modo non discriminatorio: la condotta sarebbe altrimenti limitativa della concorrenza, rendendo illegittima la *lex specialis* ([5]).

Peraltro, quando esercita quel potere discrezionale (di fissazione di elementi “aggiuntivi”), la stazione appaltante pone un autolimito al successivo riesercizio del potere medesimo: essa, infatti, si vincola alle indicazioni inserite nella *lex specialis*, almeno di regola privandosi (ai soli fini dell’espletamento della gara) della possibilità di rimodulare gli elementi costitutivi del bando, i quali non potranno essere modificati né ampliati attraverso l’introduzione di prescrizioni ulteriori; sarà soltanto consentito alla commissione di gara introdurre elementi di specificazione o sottovoci delle categorie principali individuate dalla *lex specialis* per quanto concerne i criteri di valutazione delle offerte e solo se ciò sia necessario al fine di consentirne una più adeguata ponderazione.

La delimitazione della discrezionalità strumentale delle stazioni appaltanti compiuta dalla giurisprudenza ha poi trovato sbocco normativo nelle disposizioni del codice degli appalti.

La *ratio* su cui fondano gli artt. 40 ss. del codice, infatti, risiede nell’indicare gli strumenti attraverso i quali le imprese che chiedono di partecipare a una gara devono dimostrare il possesso dei requisiti minimi di capacità, lasciando poi alla singola stazione appaltante il compito sia di fissare volta per volta nel bando di gara quale documentazione dovrà essere effettivamente presentata, sia d’introdurre requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme citate. L’art. 41, comma 2 del codice è, in proposito, chiaro: «*le Amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere*».

Questo potere, insomma, è soggetto ai limiti connaturati alla funzione delle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali: delineare – attraverso l’individuazione di specifici elementi indicatori di capacità economica, finanziaria e tecnica – il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall’Amministrazione e a proseguire nel tempo l’attività appaltata in modo adeguato e flessibile ([6]).

Si tratta, però, sempre di una possibilità riconosciuta solo nel caso in cui gli stessi requisiti *ulteriori* siano giustificati dalla particolare natura del servizio da affidare o dell’opera da realizzare; ammettere che si possa prescindere da questa esigenza comporterebbe infatti riconoscere alla stazione appaltante la possibilità di aumentare o restringere l’ambito dei possibili partecipanti a suo arbitrio e non per un effettivo e giustificato interesse pubblico ([7]).

Questo, dunque, è il limite alla discrezionalità strumentale della stazione appaltante: l’«inasprimento» dei requisiti deve rispondere a un interesse pubblico effettivo e specifico attentamente calibrato sull’oggetto della singola

⁽⁴⁾ Cons. Stato, V, 15 febbraio 2007, n. 647.

⁽⁵⁾ Cons. Stato, V, 2 febbraio 2009, n. 525.

⁽⁶⁾ Tar Ancona, I, 26 settembre 2007, n. 1571.

⁽⁷⁾ Tar Ancona, I, 13 marzo 2008, n. 180.

gara ([8]). Al di fuori di questa ipotesi, ogni previsione sarebbe considerata irragionevole e lesiva della concorrenza ([9]).

2.- La tematica ha interessato la Commissione europea in seguito a numerose segnalazioni concernenti stazioni appaltanti che, nel redigere i bandi di gara, utilizzavano quali criteri d'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa requisiti che riguardavano invece la capacità dell'offerente: donde poi l'intervento della nostra Presidenza del Consiglio ([10]).

⁽⁸⁾ Tar Bologna, I, 11 aprile 2008, n. 1424; nella fattispecie, il Tar ha annullato la clausola del bando che, a fronte di una base d'asta di € 450.000, richiedeva ai concorrenti di dimostrare di aver realizzato, nell'ultimo triennio, un fatturato globale d'impresa pari ad almeno € 7.500.000 (equivalente cioè a oltre 17 volte la base d'asta), ritenendo tale misura eccedente gli usuali limiti di ragionevolezza e confliggente con il principio di proporzionalità; *adde* Tar Salerno, 1 ottobre 2008, n. 3383.

⁽⁹⁾ Cfr., ad esempio, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - AVCP, deliberazione 24 gennaio 2007, n. 20, in *www.avcp.it*: «Ai sensi dell'articolo 41, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 le Amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti di capacità economica e finanziaria che devono essere posseduti dal concorrente, la cui dimostrazione può essere fornita mediante idonee dichiarazioni bancarie, bilanci, fatturato globale d'impresa nonché l'importo relativo ai servizi realizzati negli ultimi tre esercizi nel settore oggetto della gara. La giurisprudenza amministrativa, con orientamento univoco, è dell'avviso che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, "anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge essendo coesistente il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare" (*ex multis* Cons. Stato 10 gennaio 2007, n. 37). Unico limite a detta insindacabilità della scelta, si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7460; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7081; Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967). La ragionevolezza dei requisiti non viene valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto: al riguardo, ad esempio, il giudice amministrativo ha ritenuto immotivata la fissazione, per un appalto di pulizie, dell'iscrizione al registro delle imprese per un importo superiore a cinque volte il valore dell'appalto, ovvero, in relazione al fatturato, per un importo nove volte superiore al valore dell'appalto.»

⁽¹⁰⁾ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee 1° marzo 2007, in G.u. n. 111 del 15 maggio 2007: la circolare riguarda in modo specifico gli appalti di servizi e forniture, ma le considerazioni ivi racchiuse esprimono principi generali.

Secondo la circolare, «Per giurisprudenza costante della Corte di giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa. Benché non sia escluso che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse. L'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 47 a 52 della stessa direttiva. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta dalla partecipazione alle varie gare d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica dei fornitori.

Per quanto riguarda, invece, i criteri che possono essere utilizzati per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'art. 53 della direttiva 2004/18 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere tra il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore (Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 1988 in causa 31/87 Beentjes; sentenza 19 giugno 2003 in causa C-315/01 GAT).

Per quanto riguarda, in particolare, l'aggiudicazione degli appalti di servizi, si è posto il problema dell'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. *curriculum*, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza).

Tali elementi, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti.

È nella fase di selezione, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice include i criteri che ritiene necessari al fine di accertare la capacità dell'offerente a provvedere al servizio in questione. Quindi, l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta.

L'offerta deve, invece, essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurare il valore, ciò che esclude che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente.

Pertanto, se l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si possono determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione elementi come il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del team proposto per lo svolgimento del servizio.

A questo stadio della procedura, invece, non è più possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solamente le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio.»

Prendendo spunto dall'art. 44, comma 1, della direttiva 2004/18/CE ([11]), e dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla necessità di distinguere nettamente e rigorosamente tra criteri di *idoneità* (ovvero di qualificazione degli operatori economici interessati alle procedure di gara) e criteri di *aggiudicazione* (ovvero d'individuazione dell'offerta migliore e più conveniente), la Presidenza del Consiglio ha sostanzialmente chiarito che non si può confondere quanto previsto dagli artt. 40-50 del codice degli appalti (relativi, appunto, ai criteri *idoneativi della partecipazione*) con quello che stabilisce invece l'art. 83 del codice, riguardante gli elementi di *valutazione dell'offerta*, invitando tutte le amministrazioni a conformarsi con effetto immediato a queste prescrizioni in sede di redazione dei bandi di gara.

Pertanto, il *principio di separazione* vieta la commistione fra i criteri *soggettivi* di qualificazione e quelli *oggettivi* di valutazione dell'offerta ([12]).

Allo stesso modo, costituisce erronea applicazione dell'art. 83 del codice, dunque causa d'illegittimità della *lex specialis*, utilizzare come requisiti di *valutazione* elementi che riguardano caratteristiche organizzative e/o soggettive del concorrente e/o il suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale: aspetti che possono rilevare soltanto in sede di qualificazione, dunque di *ammissione* alla gara ([13]).

È invero preclusa la possibilità di utilizzare elementi afferenti la soggettività del partecipante e non direttamente influenti sulla qualità del servizio al fine di valutare l'offerta da questi presentata: il punteggio dev'essere attribuito in rapporto e in funzione della valutazione dell'offerta. Diversamente, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore di quei concorrenti che presentano requisiti di ammissione «maggiori» rispetto ad altri, restando secondaria la qualità dell'offerta formulata ([14]).

La stessa Corte di Giustizia ha chiarito che se è vero che i criteri che possono essere applicati dalle stazioni appaltanti non sono tassativamente indicati nelle direttive, lasciando così alle Amministrazioni la possibilità d'individuare i parametri di aggiudicazione dell'appalto, è comunque esclusa la possibilità di utilizzare, quali criteri di aggiudicazione, «*criteri che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti a eseguire l'appalto. Nel caso di specie, i criteri di aggiudicazione riguardano essenzialmente l'esperienza, le qualifiche, i mezzi che possono garantire la corretta esecuzione dell'appalto: si tratta di criteri che attengono all'idoneità degli offerenti a eseguire tale appalto e che non costituiscono, quindi, criteri di aggiudicazione*» ([15]).

V'è un solo caso in cui il principio di separazione non risulta violato: si tratta dell'ipotesi in cui la rilevanza attribuita, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, al profilo organizzativo dell'offerente (cioè alla struttura aziendale, alla struttura organizzativa, logistica, ai processi produttivi, *etc.*) trova

^{[11][11]} Secondo la norma, infatti, «*l'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli artt. 53 e 55, tenuto conto dell'art. 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli artt. 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3*» (analoga disposizione per i settori speciali è data dall'art. 51 della direttiva 2004/17/CE).

^{[12][12]} Cons. Stato, VI, 4 ottobre 2011, n. 5434.

^{[13][13]} Tar Lazio, III-quater, 27 dicembre 2010, n. 38724.

^{[14][14]} Cons. Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3740; V, 28 agosto 2009, n. 5105.

^{[15][15]} Corte di Giustizia, I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06.

giustificazione nella necessità di «*verificare il grado di affidabilità della parte aggiudicataria al fine di garantire l'efficienza del servizio*», vale a dire quando gli aspetti organizzativi non sono considerati in quanto tali, ma come strumenti di prestazione del servizio, direttamente incidenti cioè sulle modalità di erogazione (e dunque sulla qualità) della prestazione indicata nell'offerta ([16]).

3.- Chiariti, nei termini generali che precedono, i limiti del potere discrezionale della p.A. nella fissazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di valutazione delle offerte, ci si può ora soffermare sulla questione specifica: relativa alla possibilità di attribuire rilevanza, nella costruzione del bando di gara, al possesso del «modello organizzativo» previsto dalla normazione introdotta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (più volte modificato), recante – com'è noto – «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*» ([17]).

L'art. 6, d.lgs. n. 231/01 cit. (rubricato «Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente») stabilisce che «l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

È allora possibile per le stazioni appaltanti introdurre nel bando di gara, come «fattore» condizionante l'aggiudicazione, l'adeguamento dell'assetto aziendale al «modello 231»?

Il tema non appare molto esplorato, per cui è necessario rifarsi a scarni dati rivenienti dal formante giurisprudenziale e da quello pratico.

Occorre preliminarmente risolvere la questione della «natura» di quel modello, una volta che lo si ritenga inseribile nella logica delle procedure selettive in esame: si tratta cioè di requisito (soggettivo) di partecipazione alla gara ovvero di elemento (oggettivo) dell'offerta (dunque suscettibile di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio)?

Non risultano disposizioni di legge, comunitaria o nazionale, in materia di appalti che qualifichino il «modello 231» in un senso o nell'altro; indicazioni,

^[16] Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3716: «tanto in omaggio al condivisibile orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale il rischio di commistione non deve essere enfatizzato sulla base di formulazioni astratte ma valutato in concreto tenendo conto di come, nell'ambito di appalti, quali quello oggetto del giudizio, avente ad oggetto non un progetto od un prodotto ma un *facere*, determinate caratteristiche dell'impresa possono fatalmente proiettarsi sulla consistenza dell'offerta»; V, 4 marzo 2008, n. 912 che ha ritenuto illegittime le clausole del bando che qualificavano come elementi oggettivi di valutazione delle offerte parametri che, in realtà, erano espressione della capacità (tecnica, finanziaria) dell'offerente, quali il possesso di certificazione di qualità, la progressiva esperienza nel settore *etc.*.

^[17] Il d.lgs. n. 231/01 cit. ha appunto previsto l'istituto della responsabilità amministrativa di tali figure soggettive per reati commessi da loro amministratori o dipendenti, facendone discendere sanzioni pecuniarie o interdittive. Fra questi reati spiccano – ai nostri fini – quelli commessi nei confronti delle pubbliche Amministrazioni (per esempio, corruzione, concussione, truffa, illecita percezione di finanziamenti pubblici).

tuttavia, si possono trarre dalla stessa disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/01 e da alcune norme regionali che hanno previsto l'adozione di quel modello come obbligatoria per coloro che intendono intrattenere rapporti contrattuali con l'ente regionale.

Quanto al primo aspetto, l'art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/01 prevede – come appena visto – l'esonero da responsabilità penale per l'ente che abbia adottato modelli gestionali «*idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*», abbia vigilato sul corretto funzionamento di tali modelli e dimostri che coloro che hanno violato quei modelli lo hanno fatto in modo fraudolento, senza che vi sia stata insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza previsto dal medesimo articolo.

La norma prefigura dunque un modello gestionale – un insieme di procedure interne – che incide sull'organizzazione della società, sulla sua struttura (come, per esempio, le certificazioni della serie UNI EN ISO).

Queste indicazioni sembrerebbero costruire il «modello 231» quale requisito soggettivo dell'ente, dunque quale elemento indicativo della «qualità» della persona giuridica.

E infatti alcune Regioni italiane hanno dimostrato d'intendere il «modello 231» proprio in questo senso, imponendo agli operatori economici che intendano partecipare ad appalti (o, comunque, sottoscrivere convenzioni) regionali, di dotarsene al fine di essere ammessi a contrattare con quell'ente.

Con l'art. 54, l.r. n. 15/08, invero, la Regione Calabria ha introdotto l'obbligo per le imprese operanti in regime di convenzionamento con la stessa Regione di adeguare i propri modelli organizzativi alle disposizioni del d.lgs. n. 231/01, subordinando a tale conformazione la possibilità di rinnovare le convenzioni o di stipularne di nuove.

La Regione Lombardia, a sua volta, ha stabilito ([18]) che coloro i quali intendano stipulare contratti d'erogazione di servizi di formazione devono dotarsi del «modello 231», precisando che tale obbligo viene inteso come «*ulteriore garanzia dell'efficienza e trasparenza dell'operato sia della Regione che dell'ente accreditato*».

La Regione Sicilia, ancora, ha adottato una normazione regolamentare a contenuto premiale ([19]) con cui si accorda un incremento del *budget* alle strutture accreditate all'erogazione di prestazioni sanitarie che si dotino del modello organizzativo *de quo*: è evidente il collegamento fra l'elevazione della soglia attesa di legalità delle condotte poste in essere da tali soggetti privati e il miglioramento del livello di appropriatezza delle relative prestazioni ([20]).

Infine, la Regione Abruzzo con la l.r. n. 15/11 ha introdotto l'obbligo, per gli enti dipendenti e/o strumentali della Regione, le aziende e agenzie regionali, e

(18)[18] Con decreto dirigenziale n. 5808 dell'8 giugno 2010, rubricato «*Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro in attuazione della D.G.R. N. VIII del 23 dicembre 2009*» (in B.u. Regione Lombardia 14 giugno 2010, n. 24 – suppl. spec. 17 giugno 2010, n. 2).

(19)[19] La previsione è racchiusa nei decreti dell'Assessore per la salute nn. 1179 e 1180 del 22 giugno 2011, rubricati rispettivamente «*Determinazione dell'aggregato di spesa regionale delle case di cura accreditate di media e alta specialità per l'anno 2011*» e «*Determinazione dell'aggregato di spesa regionale per l'assistenza specialistica convenzionata da privato per l'anno 2011*» (entrambi in G.u. Regione Sicilia n. 31 del 22 luglio 2011).

(20)[20] Resta tuttavia una non lieve perplessità: questi meccanismi premiali, in quanto fondati sull'adozione *sic et simpliciter* – da parte delle strutture private – del «modello 231» (senza cioè congrui processi di valutazione pubblica dell'attendibilità e dell'effettivo rispetto del singolo modello), espongono la p.A. a un rischio grave e paradossale: quello del proliferare di modelli organizzativi poco o punto efficaci, in quanto costruiti unicamente per drenare siffatte risorse aggiuntive.

per tutti coloro che intendano operare in regime di convenzione con la Regione stessa, di adottare il «modello 231» entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge medesima.

In molte normazioni regionali, quindi, l'adozione del modello in esame non ha una valenza semplicemente premiale, ma è condizione per essere ammessi a uno specifico mercato, per intrattenere cioè rapporti contrattuali con l'ente pubblico: l'adozione del modello garantisce all'operatore economico la possibilità di sottoscrivere o rinnovare rapporti contrattuali (d'appalto) con l'ente regionale.

Il «modello 231», allora, sembrerebbe rientrare tra i requisiti idoneativi, attinenti cioè ad aspetti *soggettivi* del concorrente.

E in tal senso ha mostrato d'intenderlo una stazione appaltante che ha subordinato la partecipazione alla gara alla dimostrazione del possesso, tra gli altri requisiti, del «modello 231», restringendo in tal modo l'accesso alle sole imprese in possesso di quello specifico sistema organizzativo.

Il Giudice territoriale ([21]), però, ha ritenuto illegittima la previsione, sostenendo che «la legge individua dei principi in materia di requisiti di ordine generale, in particolare di requisiti di carattere morale, necessari per la partecipazione alle gare strumentali alla stipula di contratti con la p.A.: detti principi sono contenuti nell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. Il rispetto dei precetti richiamati appare, ad avviso del Collegio, sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non essendo ragionevole imporre agli offerenti – quale sostanziale requisito di partecipazione – l'adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Detto modello, infatti, ha il diverso e particolare fine di escludere la responsabilità dell'ente per i reati commessi da persone che rivestono funzioni di rappresentanza», non rispondendo la sua adozione ad alcuno specifico interesse pubblico e anzi risolvendosi in un'illegittima compressione della *par condicio*.

Un'altra stazione appaltante ([22]), invece, ha inserito il «modello 231» tra gli aspetti dell'offerta oggetto di valutazione, prevedendo l'attribuzione di punteggio ai concorrenti in possesso di quel sistema organizzativo: un'impostazione che non pare condivisibile.

Esso, infatti, consiste nella regolazione d'assetto che riguardano l'organizzazione interna della struttura e l'attività di *decision making*; certo non le modalità d'erogazione delle prestazioni che saranno effettuate in sede d'esecuzione dell'appalto.

L'attribuzione di un punteggio al fatto che il concorrente abbia adottato procedure interne finalizzate a escludere la responsabilità della società in caso di reato commesso da uno dei soggetti che operano al suo interno non trova agevole giustificazione, poiché:

- a) non si comprende come quelle procedure possano tradursi in elementi qualitativi delle modalità d'erogazione della prestazione;
- b) è difficile identificare in capo alla stazione appaltante un interesse pubblico idoneo a giustificare una tale limitazione all'accesso alla gara, la quale sembra violare i principi comunitari di concorrenza e non discriminazione.

⁽²¹⁾[21] Tar Palermo, III, 4 febbraio 2011, n. 227: si trattava di un bando per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale.

⁽²²⁾[22] È il Comune di Taranto, che ciò ha previsto in un bando dell'aprile 2011.

Insomma, il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta (che aveva indotto la Presidenza del Consiglio all'emanazione della citata circolare del 2007), come declinato dalla giurisprudenza citata più sopra, parrebbe rendere illegittima una regola siffatta.

4.- In attesa di più specifiche indicazioni ordinamentali, alcune osservazioni.

Sebbene – come detto – non via siano esplicite previsioni di diritto positivo generale che rendano obbligatoria l'adozione del «modello 231», annoverandolo tra i requisiti d'ingresso (*lato sensu*) nel mercato pubblico, questa è la linea di tendenza che s'intravede abbastanza chiaramente.

Le normazioni regionali citate; la previsione dell'art. 38, lett. m), codice degli appalti (che considera causa di esclusione dalla gara l'aver subito la sanzione interdittiva prevista dall'art. 9, d.lgs. n. 231/01); i primi tentativi della prassi di inserirlo tra i requisiti (di ammissione e/o di valutazione) in sede di gara; sono elementi che indicano la direzione intrapresa.

Il Giudice amministrativo, sulla scorta dei principi elaborati in materia di requisiti di partecipazione, s'è finora opposto, ritenendo irragionevole l'inserimento del «modello 231» tra i requisiti di partecipazione alle gare, perché lesivo della concorrenza e dunque assolutamente ingiustificata.

E qualche perplessità destano anche le normazioni regionali più sopra richiamate, specie se lette alla luce dell'art. 117, lett. e), Cost.: al di là del pur commendevole intento perseguito, esse – restringendo la platea degli operatori economici ammessi a contrattare con la p.A. – sembrano invadere un campo (la tutela della concorrenza) riservato alla potestà esclusiva statale.

La preoccupazione della giurisprudenza (che ha poi trovato riconoscimento nelle norme codicistiche) è stata quella di evitare – sulla scorta delle indicazioni comunitarie – che la prescrizione di specifiche modalità di attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione si risolvesse in strumenti discriminatori degli operatori economici, violando i principi di concorrenza e del *favor concursus*. Tanto più che la validazione di quel modello e la sorveglianza sulla relativa attuazione sono affidati non già – com'è nel caso della qualificazione – a organismi a loro volta soggetti alla vigilanza di autorità pubbliche (l'AVCP per le SOA), ma a collegi «domestici», non di rado composti da soggetti che rivestono ruoli di rilievo all'interno delle stesse figure che devono controllare.

È evidente lo stridìo che previsioni siffatte generano se rapportate all'imponente coacervo di normazione di varia origine e natura che connota il mercato degli appalti pubblici allo scopo di garantirne la massima trasparenza e concorrenzialità.

Una più strutturata e dunque matura evoluzione normativa, che sottragga il «modello 231» alle troppe incertezze derivanti dalla scarsa attendibilità dell'intero schema di funzionamento([23]), in quanto privo – come si diceva – di una fase di sua validazione pubblicistica: questa parrebbe la preconditione per poter avviare su basi meglio infulcrate una riflessione sul ruolo che (il possesso di) quel modello – sicuramente da incoraggiare – può svolgere nell'agone delle gare pubbliche.

(23[23]) Come dimostrato dalla scarsa fortuna del modello al cospetto del Giudice penale.

Di qui un'ultima considerazione, più di sistema.

La disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/01 s'inscrive nel ben più ampio fenomeno della *capture* che il diritto amministrativo va dispiegando nei confronti del diritto delle imprese.

Percepibile è la diffusione, nel diritto societario, di logiche, meccanismi e istituti tipici del diritto amministrativo: fra questi, la tendenza a «procedimentalizzare» l'attività della società (come accade per l'ente pubblico), funzionalizzandone gli schemi gestionali interni allo scopo di renderli trasparenti e dunque sindacabili dall'esterno.

Si tratta di un'impostazione tradizionalmente estranea al diritto societario, in cui l'organizzazione interna, le modalità di pianificazione dell'attività, i processi decisionali e quelli attuativi delle decisioni non sono di regola rilevanti nei rapporti esterni.

La moneta di scambio che l'ordinamento utilizza per far metabolizzare questa penetrante intrusione è sempre – *lato sensu* – un premio.

Dapprima incentivi fiscali, finanziamenti agevolati, contributi a fondo perduto, *etc.*; oggi, col d.lgs. n. 231/01, è la stessa organizzazione – l'articolazione interna e le modalità di funzionamento dell'impresa – che dev'essere visibile: il «premio» qui è l'esimente della società dalla responsabilità per il reato commesso dall'amministratore.

Non troppo diverso lo schema tipico dello Stato amministrativo del secolo scorso: diversi gli strumenti utilizzati (allora avevano preminenza programmazioni, concessioni, controlli e decisioni sovraordinate; adesso prevalgono logiche di mera regolazione, più o meno penetranti), ma molto simili le finalità: garantirsi un buon controllo sui processi reali dell'economia.
