

**AUTODICHIARAZIONE DEI REQUISITI DI ORDINE GENERALE  
E SOCCORSO ISTRUTTORIO TRA OSCILLAZIONI  
GIURISPRUDENZIALI E NORMATIVE**

*Enrico Attili* \*

**Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2014, n. 3696\*\***

*Autodichiarazione dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. 163/06 – Dichiarazione omessa o incompleta in ragione della non ricorrenza della causa di esclusione – Non determina l'esclusione.*

*Introduzione dei commi 2-bis, art. 38 e 1-ter, art. 46, d.lgs. 163/06 – La dichiarazione omessa o incompleta non conduce necessariamente all'esclusione – Può essere sanata.*

*La concorrente non deve essere esclusa dalla gara pubblica d'appalto qualora non abbia dichiarato l'assenza dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, richiesta dal bando: l'omessa dichiarazione, infatti, deve essere interpretata quale non ricorrenza della clausola di esclusione.*

*Alla luce del disposto dei commi 2-bis, art. 38 e 1-ter, art. 46, d.lgs. 163/06, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio può ormai ritenersi generalizzato.*

(conferma Tar Campania - Salerno, sez. I, 17 aprile 2014, n. 733)

SOMMARIO: 1. La fattispecie in commento. – 2. Requisiti di ordine generale e soccorso istruttorio: inquadramento normativo. – 3. Orientamenti giurisprudenziali in materia di autodichiarazione dei requisiti di ordine generale e soccorso istruttorio. – 4. La sentenza in commento alla luce di una recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni conclusive.

1. – Il presente contributo si focalizza su una delle problematiche tipiche delle procedure di gara pubblica d'appalto: la dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale da parte dei partecipanti e, qualora si riscontrino carenze od omissioni nella documentazione a supporto, la possibilità, per la stazione appaltante, di consentirne l'integrazione.

\* Dottore di ricerca, Università degli Studi di Sassari.

\*\* Per il testo della sentenza v. [www.giureta.unipa.it/Consiglio\\_di\\_Stato\\_3696-2014.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Consiglio_di_Stato_3696-2014.pdf).

Nella vertenza in esame la concorrente era stata estromessa dalla procedura di assegnazione di un appalto di lavori; in particolare, aveva omesso di presentare una delle dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione, concernente l'assenza di soggetti cessati dalla carica nel biennio precedente, qualora interessati dalle fattispecie di rilievo penale specificate dal codice dei contratti pubblici. Era stata dunque calcolata la soglia di anomalia, stilata la graduatoria e disposta l'aggiudicazione provvisoria.

L'amministrazione, peraltro, preso atto delle contestazioni della società esclusa, ha chiesto un parere legale esterno, all'esito del quale ha riammesso l'istante. Si è in particolare ritenuto che l'aver omesso di allegare alla domanda di partecipazione il modulo attestante l'assenza di soggetti interessati da provvedimenti di ordine penale nel biennio antecedente, non configurasse una violazione del bando di gara e del codice dei contratti, in quanto detti soggetti erano assenti nell'organigramma aziendale.

La riammissione della società, peraltro, ha imposto il ricalcolo della soglia di anomalia, con conseguente aggiudicazione della procedura ad altro partecipante. Il precedente aggiudicatario ha dunque agito dinanzi al Tar e, a seguito del rigetto del ricorso, ha impugnato la decisione dinanzi al Consiglio di Stato, che ha confermato quanto disposto dal giudice di primo grado con la sentenza che in questa sede si commenta.

La particolarità della vicenda, ascrivibile al noto dibattito attorno all'applicazione formale, ovvero sostanziale, dell'art. 38 del d.lgs. 163/06 ed alle modalità applicative del successivo art. 46, emerge in quanto il Consiglio di Stato, con sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n. 9, aveva fornito alcuni chiarimenti che invece, la sentenza in esame, sembra disattendere.

Ci si propone, dunque, di inquadrare normativamente la problematica, analizzare gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali succedutisi nel tempo in ordine all'applicazione dei citati artt. 38 e 46 e verificare se il Consiglio di Stato si sia effettivamente discostato dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria.

2. – L'art. 38 del codice dei contratti pubblici identifica i requisiti di ordine generale che devono essere posseduti, a pena di esclusione, dai partecipanti alle procedure di evidenza pubblica in materia di appalti. In particolare, la lettera c) del comma 1 esclude coloro che siano stati colpiti dai provve-

dimenti penali indicati dalla norma<sup>1</sup>. Conducono alla cennata sanzione anche le vicende penali che abbiano interessato i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, sempre che l'impresa non dimostri l'effettiva e completa dissociazione rispetto alla loro condotta.

Si richiama ora l'attenzione sul disposto della prima parte del comma 2 della norma, ai sensi del quale il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva di conformità (come da d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445)<sup>2</sup>. Con specifico riferimento alla fattispecie di cui alla lettera

<sup>1</sup>Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. 163/2006: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...) c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima». Per una approfondita disamina dei requisiti di ordine generale e delle principali problematiche sottese all'applicazione della disciplina, si rimanda a F. Caringella - M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo, IV. I contratti pubblici*, Roma, 2014, 502, con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; nonché a R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato dei contratti pubblici*, (diretto da) M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, Milano, 2008, 1267; S. Luce, *I requisiti degli operatori economici*, in *I Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, (a cura di) R. De Nictolis, Milano, 2007, 464.

<sup>2</sup> La prima parte dell'art. 38, co. 2, d.lgs. 163/2006 dispone che «Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

c) del comma 1, tuttavia, ai fini del presente contributo ci si dovrà domandare se l'autodichiarazione debba essere presentata anche qualora manchino, nell'organico aziendale, soggetti interessati dalle cennate vicende penali.

Ancorché in un momento successivo alla definizione giudiziale della controversia che qui interessa, il d.l. n. 90/2014 ha introdotto nell'art. 38 del codice dei contratti il comma 2-*bis*, chiarendo che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbligano il concorrente al pagamento di una sanzione pecuniaria. Al ricorrere di tali ipotesi, la stazione appaltante assegna un termine al fine di regolarizzare o integrare le dichiarazioni offerte: solo in caso di persistente inadempimento viene disposta l'esclusione. Se invece le irregolarità non sono ritenute essenziali, oppure qualora manchino o siano incomplete, ovvero le dichiarazioni siano valutate come non indispensabili, non si applicano sanzioni né viene chiesta alcuna regolarizzazione<sup>3</sup>.

L'art. 38 deve essere letto unitamente all'art. 46 del codice dei contratti, che è stato interessato dalle modifiche apportate con d.l. n. 70/2011 e, successivamente, con il citato dl n. 90/2014<sup>4</sup>. Il primo decreto ha introdotto il

---

<sup>3</sup> Il comma 2-*bis*, d.lgs. 163/2006, distingue tra irregolarità essenziali e non essenziali, prevedendo una diversa disciplina nei due casi: «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, ne applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte».

<sup>4</sup> L'art. 46, d.lgs. 163/2006, come integrato dal dl n. 90/2014, così dispone: «1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-*bis*. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta,

comma 1-*bis*, che integrando il comma 1 – ai sensi del quale i concorrenti possono completare o fornire chiarimenti su certificati, documenti e dichiarazioni – limita l'esclusione alle ipotesi tassativamente elencate dalla norma, tra le quali spicca, ai fini che ci occupano, il mancato rispetto delle prescrizioni del codice, del regolamento di esecuzione o di altra legge vigente<sup>5</sup>. In ragione di ciò, le clausole dei bandi di gara che contemplino cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle enunciate dall'art. 46 sono colpite da nullità<sup>6</sup>.

Si fa dunque riferimento al noto istituto del soccorso istruttorio, attorno

---

per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

1-*ter*. Le disposizioni di cui all' articolo 38, comma 2-*bis*, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Sull'applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione nelle procedure aventi ad oggetto appalti pubblici si rimanda a G. Barzani, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione degli appalti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1, 2012, 5; R. Cobedò, *Tassatività delle clausole di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urb. e app.*, 2012, 797; F.A. Giordanengo, *Sul principio di tassatività delle clausole di esclusione*, in *App. e contr.*, 2012, 66; R. Giani, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. e app.*, 2012, 95; F. Risso, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di «soccorso istruttorio»*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2528; R. Ricci, *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore*, in *Foro amm. CDS*, 79; R. De Nictolis, *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, 1012; C.E. Gallo, *Le prescrizioni a pena esclusione alla luce dell'art. 46, co. 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3735; C. Mucio, *Superabilità della clausola a pena di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2011, 983; M. Francavilla, *Al via il principio di tassatività delle clausole di esclusione*, in *Il corriere del merito*, 2012, 419.

<sup>5</sup> Per un più approfondito commento sulle novità apportate dal d.l. n. 70/2011 si vedano A. Massari - M. Greco, *Decreto sviluppo (d.l. 70/2011 convertito in l. 106/2011): le principali innovazioni in fase di gara*, in *App. e contr.*, 2011, 8; F. Aperio Bella, *Riflessioni sul requisito di «moralità professionale»: vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del «Decreto sviluppo» n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 10; A. Graziano, *I requisiti generali di partecipazione alle gare d'appalto nel nuovo art. 38 del Codice dei contratti modificato dal decreto sullo sviluppo n. 70/2011 convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106*, in *www.lexitalia.it*, 12, 2011.

<sup>6</sup> Sul punto si rimanda a G. Virga, *Il divieto di «caccia all'errore» nelle gare, previsto dall'art. 46, c. 1 bis, del codice degli appalti*, in *www.lexitalia.it*, 9, 2011; R. Giani, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione*

alla cui portata dottrina e giurisprudenza si sono interrogate per lungo tempo, dando vita ad un dibattito che ancora oggi non appare interamente sopito<sup>7</sup>. Tra le problematiche affrontate spicca quella concernente la necessità di disporre l'esclusione solo qualora il codice dei contratti, il regolamento o altra legge prescrivano espressamente tale sanzione quale reazione (dell'ordinamento) alla violazione di una norma ivi contemplata. Vi è infatti chi ha sostenuto, avversando tale impostazione, che per l'allontanamento dalla procedura sarebbe sufficiente non tenere una condotta imposta dal legislatore, ancorché non a pena di esclusione. Dalla soluzione della cennata contrapposizione dipende anche la portata precettiva del comma 2 dell'art. 38, che come visto chiede ai concorrenti di autodichiarare i requisiti, senza tuttavia sanzionare con l'esclusione la violazione di tale obbligo.

Il d.l. n. 90/2014 ha invece introdotto nell'art. 46 il comma 1-ter, ove si legge che il comma 2-bis dell'art. 38 si applica a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Stando alle recenti novità normative, sembrerebbe essere stato introdotto un generalizzato potere di soccorso istruttorio, tanto che l'esclusione può essere disposta solo qualora non si integri in termini la documentazione mancante o incompleta. Ancorché al momento della vicenda in commento non fossero ancora intervenute tali modifiche, le considerazioni che ci si appresta a svolgere, come si dirà, non risultano del tutto prive di un carattere di attualità.

3. – Deve premettersi che nel caso di specie la *lex specialis* di gara (nella fattispecie il bando ed il capitolato) imponeva di comprovare il possesso del requisito di cui alla lettera c), co. 1, art. 38 del codice dei contratti dichiarando in apposito modulo, tra le altre cose, l'eventuale non ricorrenza della fattispecie contemplata dalla norma. In sostanza, l'assenza dei soggetti ivi indi-

---

*appaltante*, cit., 98.

<sup>7</sup> Per ulteriori riflessioni sulla natura dell'istituto del soccorso istruttorio, con specifico riferimento alla possibile esplicazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, alla natura rigorosamente formale e procedimentale dello stesso, ai limiti dell'integrazione documentale, si rimanda a P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 15; I. Pagani, *Integrazione documentale e tutela della par condicio* (nota a Cons. St. sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280), in *Urb. e app.*, 2006, 1185.

cati, dunque la materiale impossibilità che fossero stati interessati dalle vicende penali elencate dal codice, doveva essere dichiarata a pena di esclusione (su questo punto il bando era esplicito) in apposito modulo predisposto dalla stazione appaltante. Non era dunque consentito ometterne la presentazione adducendo l'assenza di tali soggetti. Appare una clausola non irragionevole e di agevole applicazione, che esonerava l'amministrazione dall'incumbenza di dover richiedere ai concorrenti di integrare le rispettive domande. La riammissione della società inizialmente esclusa, ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio, ha perciò destato una serie di interrogativi.

In primo luogo, si deve valutare se la comprova di un requisito di ordine generale può spingersi sino ad un onere di autodichiarazione volto a certificare finanche l'assenza della situazione ostativa. Oppure se, in tal caso, l'autodichiarazione possa essere omessa.

Deve inoltre acclararsi se il disposto del comma 2 dell'art. 38, ai sensi del quale i requisiti di ordine generale devono essere autodichiarati, possa ritenersi una norma la cui violazione, in assenza di una specifica comminatoria di esclusione a presidio del suo rispetto, giustifichi comunque un provvedimento espulsivo dalla procedura.

Infine, si deve verificare se la clausola del bando che preveda detto adempimento a pena di esclusione debba ritenersi nulla per contrarietà all'ultima parte del comma 1-*bis* dell'art. 46 del codice.

Ci si sente di dare al primo quesito una risposta affermativa. Come ampiamente spiegato, la lett. *c*), co. 1, art. 38, esclude dalla procedura i concorrenti rispetto ai quali ricorrano le situazioni specificate dalla norma. In ragione di ciò, qualora si debba dimostrare l'insussistenza della situazione ostativa, si dovrà autodichiarare che i soggetti in carica non sono stati interessati da specifici provvedimenti di rilievo penalistico; ovvero che detti soggetti non sono presenti, in tutto o in parte, nell'organico aziendale; ovvero ancora che nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando non vi sono stati soggetti cessati dalla carica che fossero interessati da dette situazioni. Nel caso che ci occupa il bando chiedeva, per l'appunto, di compilare un modulo teso ad attestare (anche) l'assenza di soggetti cessati dalla carica. Averne omesso la presentazione, sostenendo che non fossero rinvenibili in organico, all'evidenza ha integrato l'omessa autodichiarazione di un requisito previsto dal codice, in aperta violazione del comma 2 dell'art. 38, che invece impone detta in-

combenza (ancorché non a pena di esclusione).

Sostenere il contrario significa elevare a regola un precetto di cui non vi è traccia nel codice degli appalti, ove non si legge che l'assenza di situazioni ostative legittima il concorrente ad omettere le relative autodichiarazioni, con ciò imponendo alla stazione appaltante di considerare come posseduti i requisiti non dichiarati.

La risposta al secondo ed al terzo quesito impone una preventiva disamina degli orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo in materia di dimostrazione dei requisiti di ordine generale e di soccorso istruttorio, nonché della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014 n. 9, giunta al termine di tale dibattito<sup>8</sup>. Quest'ultima, in particolare, prima delle recenti modifiche agli artt. 38 (con l'introduzione del comma 1-*bis*) e 46 (integrato con il comma 1-*ter*) del codice degli appalti, sembrava aver riportato chiarezza in materia di cause di esclusione e soccorso istruttorio.

L'impostazione tradizionale accordava la sua preferenza ad una rigida procedimentalizzazione delle gare pubbliche, in quanto posta a garanzia non solo dell'imparzialità e della celerità dell'azione amministrativa, ma anche della *par condicio* dei concorrenti<sup>9</sup>: poter imporre a pena di esclusione la

<sup>8</sup> Per un'analisi della disamina degli orientamenti in ordine alla possibilità di integrare la documentazione di gara mancata o incompleta, si rimanda a P. Cavarero, *L'ultravigenza dell'attestazione SOA scaduta in caso di richiesta tempestiva di rinnovo: verso un approccio di tipo sostanzialistico alla normativa in materia di appalti pubblici?*, in *Giur. merito*, fascicolo 11, 2013, 2481; R. Cobedò, *Tassatività delle clausole di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, cit. 799; B. Giliberti, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46 comma 1 bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 1057; L. Bertonazzi, *Le sentenze della plenaria, nn. 10 e 21 del 2012: alcune perplessità a prima lettura*, in *www.giustamm.it*, 7, 2012; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 104; F. Bertini, *Partecipazione alle gare e pregiudizi dei cessati dalle cariche: punti critici e ipotesi compositive*, in *Urbanistica e app.*, 2011, 1253; P. Chirulli, *L'omessa dichiarazione del grave inadempimento è sempre causa di esclusione*, in *Corr. Merito*, 2012, 849.

<sup>9</sup> Le decisioni rese sul punto dalla giurisprudenza, a sostegno dell'approccio formalistico che doveva permeare le procedure di gara, sono innumerevoli. Senza pretesa di esaustività si richiama: Cons. St. 21-4-2009, n. 2435; Cons. St. 5-9-2007, n. 4644; Cons. St. 5-12-2012, n. 6223; Cons. St. 16-5-2012, n. 2946; Cons. St. 16-3-2012, n. 1471; Cons. St. 27-6-2011, n. 3862; Cons. St. 1-4-2011, n. 2066; Cons. St. 3-4-2011, n. 1371; Cons. St. 22-2-2010, n. 1017; Cons. St. 9-11-2010, n. 7973; Cons. St. 13-2-2009, n. 829; Cons. St. 12-6-2009, n. 3742; Cons. St. 4-8-2009, n. 4906; Cons. St. 15-5-2008, n. 36; Cons. giust. amm. 4-2-2010, n. 117; Tar Sicilia-Catania 7-4-2011, n. 854; Tar Molise-Campobasso 7-10-2009, n. 669; Tar

completezza della documentazione atta a comprovare il rispetto dei requisiti di ordine generale, infatti, consentiva alla stazione appaltante di non dover «rincorrere» i concorrenti ed escludeva la possibilità di trattamenti differenziati tra gli stessi<sup>10</sup>.

Col tempo si è peraltro affermato un orientamento che, facendo leva sui limiti di una applicazione eccessivamente rigorosa della tesi «formalistica», tendeva a privilegiare la sostanza sulla forma<sup>11</sup>. Al fine di evitare la «caccia all'errore» che spesso caratterizzava le procedure di gara, si sono dunque proposte linee interpretative finalizzate a decidere dell'esclusione o meno di un concorrente sulla base dell'effettiva situazione giuridica sottesa alla comprova documentale<sup>12</sup>. Un discostamento delle certificazioni rispetto allo status del concorrente verificato, dunque della forma rispetto alla sostanza, avrebbe giustificato un intervento riparatore, di cui il soccorso istruttorio rappresentava l'istituto cardine.

Tale orientamento è stato interessato da una significativa evoluzione. In un primo momento, quando ancora si era restii ad abbandonare l'approccio formalistico, si è ritenuto che il principio del *favor participationis* potesse operare solo in via residuale, qualora si fosse riscontrata una equivoca formulazione della normativa di gara, che non consentisse ai concorrenti di individuare con precisione gli adempimenti da porre in essere ai fini della comprova del possesso dei requisiti, ovvero configurasse adempimenti eccessivamen-

---

Campania-Napoli 23-4-2009, n. 2147; Tar Sicilia-Palermo 17-10-2012, n. 2050; Tar Lazio-Roma 15-7-2009, n. 8304; Tar Lazio-Roma 10-10-2007, n. 9925; Tar Sicilia-Palermo 24-10-2011, n. 1871; Tar Lombardia, Brescia 9-6-2011, n. 888.

<sup>10</sup> Sul rilievo della *par condicio* nelle procedure di gara d'appalto pubblico, tra i tanti si veda C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 305.

<sup>11</sup> Sulla prevalenza del criterio sostanziale, rispetto a quello formale, al fine di valutare le autocertificazioni dei concorrenti in sede di gara, si rimanda a: Cons. St. 16-12-2010, n. 8946; Cons. St. 28-2-2011, n. 1247; Tar Lazio-Roma 7-10-2011 n. 7785; Cons. St. 21-10-2011 n. 5639; Cons. 13-3-2013; Cons. St. 22-10-2012, n. 5393; Cons. St. 8-7-2010, n. 4436; Cons. St. 22-2-2010, n. 1017; Cons. St. 9-11-2010, n. 7967; Cons. St. 4-8-2009, n. 4907; Cons. St. 12-2-2009, n. 892; Tar Campania-Salerno 28-6-2012, n. 1321; Tar Sardegna-Cagliari 20-3-2012, n. 298; Tar Piemonte-Torino 17-6-2010, n. 1926; Tar Piemonte-Torino 22-10-2010, n. 3736; Tar Umbria-Perugia 1-4-2011, n. 103; Tar Lazio-Roma 20-4-2009, n. 3984.

<sup>12</sup> Sul punto si rimanda a G. Virga, *Il divieto di «caccia all'errore» nelle gare, previsto dall'art. 46, c. 1 bis, del codice degli appalti, cit.*; G. Barzani, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione degli appalti pubblici, cit.*, 5; F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 684.

te onerosi ed ingiustificati<sup>13</sup>. Successivamente si sono rotti gli indugi e si è deciso di far prevalere la sostanza sulla forma, ogni qual volta la violazione degli adempimenti prescritti dalla legge di gara non comporti la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante<sup>14</sup>.

Nel delineato contesto il d.l. n. 70/2011 ha inteso ovviare all'assenza di un criterio certo ed univoco, al fine di stabilire quando ci si trovi al cospetto di un interesse pubblico effettivo e rilevante. Ha dunque introdotto nell'art. 46 del codice dei contratti il comma 1-*bis*, ai sensi del quale la cause di esclusione sono solo quelle indicate dalla norma: rileva in particolare, in questa sede, la violazione delle norme del codice dei contratti pubblici, del regolamento di attuazione e delle altre leggi vigenti.

Tale formulazione, peraltro, ha prestato il fianco a numerose critiche. Ci si è in particolare chiesti se l'esclusione potesse (dovesse) essere comminata non solo quando la sanzione fosse espressamente prevista dalla norma violata, ma ogni qualvolta si fosse disatteso il disposto di una norma che si limitava ad imporre un dovere di condotta. A questo e ad altri interrogativi ha risposto la citata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, della quale si riportano le massime maggiormente significative ai fini del presente contributo.

Il par. 6.1.5 definisce, innanzi tutto, quella che nell'intenzione del Collegio doveva essere la corretta esegesi del novellato comma 1-*bis*, art. 46 del codice dei contratti. In particolare, l'esclusione dalla gara deve essere disposta tanto nel caso in cui il codice dei contratti, il regolamento attuativo e la legge statale la comminino espressamente, quanto nell'ipotesi in cui impongano «adempimenti doverosi» o introducano, comunque, «norme di divieto», senza prevedere una sanzione di tal genere<sup>15</sup>. Così facendo, argomenta la senten-

<sup>13</sup> Così, tra i tanti, Cons. St. 22-12-2008, n. 6498; Cons. St. 19-2-2008, n. 567; Cons. St. 10-5-2007, n. 2254. Sulla necessità che le procedure di gara siano caratterizzate da oneri di produzione documentale proporzionati e ragionevoli, si veda S. Ponzio, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la ragionevolezza documentale*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2464; P. Ielo-C. Catarisano, *Art. 46*, (a cura di) F. Caringella-M. Protto, *La riforma dei contratti pubblici*, Roma, 2011, 32.

<sup>14</sup> Sull'applicazione del principio del *favor participationis* e le implicazioni pratiche in ordine alla selezione delle offerte in gara si rimanda a S. Ponzio, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la ragionevolezza documentale*, *cit.*, 2464; R. Cavallo Perin-G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325.

<sup>15</sup> In tal senso si era già espressa l'Adunanza Plenaria, nella sentenza 7 giugno 2012 n. 21.

za, si garantisce un bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, di cui all'orientamento giurisprudenziale «sostanziale» di cui si è dato conto, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, di cui all'orientamento «formale».

Conseguentemente, chiariscono i successivi par. 7.1 e 7.2, il perimetro del soccorso istruttorio deve essere tracciato «in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione»: chiaramente secondo l'accezione spiegata nel par. 6.1.5, per la quale, in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione, si deve comunque valorizzare la mera imposizione di un dato comportamento.

In presenza di tali condizioni non potrà ricorrersi al soccorso istruttorio ogni qualvolta vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione ed univocamente dalla legge di gara. È invece consentita la mera regolarizzazione «che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi».

In presenza di una convergenza delle citate condizioni, ritiene l'Adunanza Plenaria, «l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara».

La formulazione chiara e (sembrerebbe) inequivoca della sentenza, fornisce una valida risposta al primo dei quesiti proposti, che conforta le conclusioni cui si è giunti in precedenza: considerato che il codice non concede alternative alla presentazione dell'autodichiarazione, la mancata previsione nell'art. 38 di una specifica comminatoria di esclusione non consente di ritenere che la sua omissione possa essere colmata tramite il soccorso istruttorio. Ne precipita che la clausola del bando che imponga di certificare un requisito di ordine generale presentando apposita dichiarazione a pena di esclusio-

---

Conformi Tar Puglia-Lecce 6-5-2014, n. 1141; Tar Lazio-Roma 12-3-2014, n. 2783. In senso contrario Tar Toscana-Firenze 6-9-2012 n. 1536; Tar Valle d'Aosta-Aosta 23-1-2012, n. 6; Tar Basilicata-Potenza 11-8-2012, n. 393.

ne, non può considerarsi nulla per contrarietà a norme imperative.

La sentenza da ultimo esaminata sembrava aver fornito elementi utili a sopire il dibattito giurisprudenziale che aveva visto contrapporsi, per la verità con argomentazioni ugualmente valide, «formalisti» e «sostanzialisti». La decisione in commento invece, giunta a pochi mesi di distanza, appare disattendere le indicazioni dell'Adunanza Plenaria.

4. – Nel caso di specie, come anticipato, si doveva decidere della legittimità della riammissione di una concorrente, inizialmente esclusa per aver omesso di presentare la dichiarazione atta a certificare l'inesistenza di soggetti interessati dalle vicende penali di cui all'art. 38, co. 1, lett. c) del codice, cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando. L'assenza di tali soggetti, a dire della stazione appaltante, avrebbe giustificato l'omissione. Nel corso del giudizio di primo grado era stata anche eccepita la nullità della clausola del bando che prevedeva detto adempimento a pena di esclusione.

Qualora si fosse applicato l'orientamento emerso dalla esaminata decisione dell'Adunanza Plenaria, si sarebbe dovuto ritenere violato l'art. 38, co. 2, del codice dei contratti. La comprova del requisito di cui alla seconda parte della lett. c), in particolare, imponeva di autocertificare (dunque di dichiarare) l'inesistenza di soggetti cessati dalla carica ed interessati dalle vicende penali individuate dal legislatore. Poiché l'autodichiarazione è espressamente prevista dal d.lgs. 163/2006 (senza poter ricorrere a forme alternative), l'esclusione, non prevista dalla norma ma dalla *lex specialis* di gara, sarebbe stata doverosa, non residuando alcuno spazio per il soccorso istruttorio.

Il Consiglio di Stato, invece, ha deciso diversamente, confermando la sentenza di rigetto già resa dal Tar. In particolare, ha ritenuto che nessun obbligo di legge o regolamento, ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, poteva imporre alla concorrente di presentare una dichiarazione in ordine all'assenza di precedenti penali dei propri amministratori e direttori tecnici cessati.

L'iter motivazionale, sul quale vale la pena soffermarsi, è stato introdotto dalla condivisibile affermazione per la quale il disposto di cui all'art. 38, co. 1, lett. c) del codice è correlato all'obbligo di cui al comma 2 della norma. Così facendo, in linea con le esigenze di speditezza che caratterizzano la gara pubblica, si garantisce all'amministrazione la possibilità di verificare celer-

mente il possesso del requisito (dei requisiti) in parola in capo ai partecipanti, agevolandone la dimostrazione.

Nella fattispecie considerata, peraltro, anche ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici ed ai fini della dichiarazione di nullità delle contrastanti norme di gara, a dire del collegio non poteva ritenersi sussistente alcun obbligo, a carico della società inizialmente esclusa e poi riammessa, di autodichiarare l'assenza di precedenti penali dei propri amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica. Ciò in quanto «di tale obbligo mancava il necessario substrato materiale, consistente nel fatto che vi fossero state cessazioni di amministratori o direttori tecnici nell'arco di tempo considerato dal sopra citato art. 38, comma 1, lett. *c*)». In particolare, «In tanto (...) vi è un obbligo dichiarativo, in quanto vi sia la necessità di comprovare un requisito di partecipazione alla gara».

In sostanza, la stazione appaltante avrebbe dovuto desumere dalla mancata autodichiarazione il possesso del requisito. Ed infatti, prosegue il giudicante, «il non dichiarare nulla sugli amministratori o direttori tecnici cessati, malgrado l'obbligo di legge, altro non può significare, ai fini dell'ammissione alla gara, che nessuna cessazione di cariche prevista dall'art. 38, comma 1, lett. *c*), d.lgs. n. 163/2006 si è verificata nel caso di specie». Il che, come evidente, apre le porte ad una valutazione discrezionale della concorrente sulla modulistica da presentare; la stazione appaltante, dal canto suo, viene legittimata a desumere che l'omessa dichiarazione equivalga all'insussistenza della causa di esclusione.

I giudici concludono che non dichiarare ciò che si è tenuti a fare equivale a dire il falso e, poiché la falsa dichiarazione viene sanzionata dall'ordinamento, l'assunzione di responsabilità del concorrente al momento di operare la scelta su cosa dichiarare, gli permette di omettere le circostanze che, a suo giudizio, possono non essere comunicate.

Detto principio, seppure suscettibile di essere applicato al caso di specie, qualora venga imposto come regola generale presta il fianco ad alcune obiezioni. Procedendo come suggerito dai giudici di Palazzo Spada, si contrasta recisamente con il principio più volte espresso dalla giurisprudenza, per il quale una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati, a prescindere dal fatto che la concorrente meriti o no di partecipare alla procedura competitiva. L'omessa o in-

completa dichiarazione, in particolare, produce il grave effetto di non consentire alla stazione appaltante una valutazione a priori in ordine all'affidabilità del concorrente: valutazione, questa, che deve poter prescindere dal «sostrato materiale» di cui si parla in sentenza, dunque dall'effettiva ricorrenza di cause di esclusione. Lo scopo cui risponde l'esigenza della completezza delle dichiarazioni – in piena aderenza ai principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – si identifica nella celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. La stazione appaltante deve essere messa in condizione di agire efficacemente, potendo fare affidamento, in tale ottica, su una dichiarazione idonea a farle assumere tempestivamente le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione alla procedura dell'operatore economico, ovvero alla sua esclusione<sup>16</sup>.

Nella vertenza in parola, la mancata produzione del modulo atto a certificare l'assenza di soggetti cessati dalla carica – dovendosi comprendere in tale locuzione anche la loro assenza nell'organico aziendale – ha nell'ordine causato: l'esclusione iniziale della concorrente e le sue contestazioni; le concomitanti contestazioni dei partecipanti, interessati alla sua riammissione ai fini del ricalcolo dei punteggi e della formazione di una nuova graduatoria finale; la richiesta di un parere esterno al fine di verificare la bontà dell'operato della stazione appaltante; la riammissione della concorrente alla procedura; la formazione di una nuova graduatoria e l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione; il ricorso al Tar ed al Consiglio di Stato da cui promana la sentenza in commento. Se invece il descritto adempimento fosse stato espletato si sarebbero rispettati quei principi di celerità e buon andamento che devono permeare l'azione amministrativa e che invece, nel caso di specie, sono stati palesemente violati e anzi giustificati dalla giustizia amministrativa. Dell'aggravamento procedurale seguito alla dichiarazione incompleta si è certi; sull'opportunità di considerare detta condotta irrilevante, invocando la non ricorrenza della causa di esclusione, si nutre qualche perplessità<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> In tal senso si è espresso di recente il Tar Abruzzo-Pescara 19-3-2014, n. 126, con una sentenza ben edotta della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, dunque, del dibattito sorto attorno ai principi ivi espressi. Conformi Cons. St. 11-6-2013, n. 3214; Cons. St. 16-3-2012, n. 1471; Cons. St. 26-1-2012 n. 334; Tar Sicilia-Catania 11-7-2013, n. 2052.

<sup>17</sup> Sull'aggravamento procedurale connesso all'alleggerimento dell'onere di produzione documentale ed ai subprocedimenti di verifica delle autodichiarazioni che ne conseguono, si espri-

5. – Quanto sin qui esposto attiene ad una situazione, come detto, antecedente alle modifiche normative recentemente apportate agli artt. 38 e 46 del codice dei contratti pubblici. La rilevanza pratica del presente commento dovrebbe dunque essere limitata, *ratione temporis*, al perimetro delle procedure di gara precedenti all'intervento del legislatore. In realtà, come si dirà appresso, presenta ancora qualche profilo di attualità.

Il comma 2-*bis*, che oggi correda l'art. 38, come detto distingue tra irregolarità essenziali e non essenziali degli elementi e delle dichiarazioni inerenti i requisiti di ordine generale. Nel primo caso, oltre all'applicazione di una sanzione pecuniaria, il concorrente viene rimesso in termini affinché vengano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni: (solo) se non adempie viene escluso.

Qualora, invece, ricorrano irregolarità non essenziali, ovvero nelle ipotesi di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, non si dà corso ad alcuna sanzione o regolarizzazione postuma ed il concorrente mantiene la sua posizione nella procedura.

Di rimando, il comma 1-*ter* con cui è stato integrato l'art. 46, stabilisce che «Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-*bis*, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Acclarato un ricorso oramai generalizzato al soccorso istruttorio, si tratta di capire quali adempimenti, in sede di autodichiarazione dei requisiti di ordine generale, siano essenziali ed indispensabili. Nel far ciò, ci si potrebbe riferire alla decisione dell'Adunanza Plenaria esaminata nel presente contributo, dovendosi ritenere essenziali ed indispensabili gli adempimenti imposti, a prescindere da una comminatoria di esclusione, da norme del codice, del regolamento attuativo o di altre leggi vigenti: solo in tali ipotesi le omissioni o irregolarità potrebbero condurre ad una sanzione pecuniaria ovvero, nel caso di un persistente inadempimento, all'esclusione. Rivive dunque, almeno in parte e fatti salvi eventuali ripensamenti del legislatore, l'utilità del presente contributo.

---

me S. Vinti, *L'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, in *Trattato dei Contratti*, diretto da P. Rescigno - E. Gabrielli, vol. VIII, Torino, 2007, 257.