

## Brevi riflessioni sull'istituto del soccorso istruttorio alla luce dell'art. 39, D.L. n. 90/2014.

Sommario: 1. Il soccorso istruttorio; 2. Il soccorso istruttorio alla luce del D.L. 90/2014; 3. Il soccorso istruttorio secondo la giurisprudenza; 4. Il soccorso istruttorio e i principi comunitari; 5. Il soccorso istruttorio e il principio di trasparenza; 6. Riflessioni finali.

### 1. Il soccorso istruttorio.

Nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio viene introdotto formalmente con l'articolo 27 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971<sup>1</sup> e, dopo vari passaggi intermedi, approda all'articolo 46, comma 1, del Codice dei Contratti<sup>2</sup>.

Dal punto di vista sistematico, l'istituto in parola rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di verificare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara.

Infatti, la norma da ultimo citata prevede che le stazioni appaltanti invitino i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine a documenti, certificati, dichiarazioni<sup>3</sup> prodotti ai fini della partecipazione alla pubblica competizione, in ossequio ai dettami degli artt. 38 e ss., D.Lgs. 163/2006. La disposizione, secondo giurisprudenza consolidata<sup>4</sup>, introduce non una mera facoltà, ma un obbligo in capo alla parte pubblica. In altre parole, prevede un doveroso *modus operandi* in capo alla stazione appaltante volto a superare i formalismi, al fine di promuovere il principio di *favor participationis* e di semplificazione<sup>5</sup>.

Tuttavia, l'istituto in parola spesso ha determinato un contrasto tra i principi di *par condicio*<sup>6</sup> e *favor participationis*, giacché, da un lato, vi è la necessità di garantire la maggior partecipazione alla gara e, dell'altro, la necessità di evitare favoritismi<sup>7</sup> tra gli operatori economici.

Invero, soprattutto in passato, in assenza di una precipua disposizione di legge, nell'applicazione dell'istituto in parola, i Giudici Amministrativi erano chiamati a comporre il suddetto precario equilibrio per arginare arbitrarietà tra i competitors. In particolare, per cercare di ovviare alla potenziale violazione della *par condicio*, la giurisprudenza, nel declinare il potere istruttorio

<sup>1</sup> Art. 27, Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971: «Entro i limiti degli articoli da 23 a 26, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli».

<sup>2</sup> Art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006: «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». Cfr., «Una legislazione da Paperopoli, atto secondo. Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio», <http://www.bosettiegatti.eu>.

<sup>3</sup> ANAC, Deliberazione n. 7 del 30/09/2014 - Fascicolo n. 3325/2013.

<sup>4</sup> Cons. Stato, A. P., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>5</sup> S. Foà, «Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (Commento a d.l. 24 giugno 2014, n. 90; l. 11 agosto 2014, n. 114)» in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 11 pag. 1147 – 1157.

<sup>6</sup> ANAC, Deliberazione n. 9 del 14/10/2014 - Fascicolo 1940/2013.

<sup>7</sup> P. Patrito, «Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta collettivamente ed impersonalmente», in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 8-9, pp. 917 – 927; M. Occhiena, «Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile», in *Dir. Economia*, 2013, p. 527.

suppletivo riconosciuto alle stazioni appaltanti, distingueva tra integrazione e regolarizzazione documentale, giungendo, così, ad offrire una definizione, per certi versi più nitida, del perimetro dell'istituto in esame<sup>8</sup>.

Secondo la suddetta giurisprudenza, l'integrazione documentale non era ammessa. Non era consentito introdurre documenti nuovi, pena la lesione della *par condicio* fra i concorrenti. Era, invece, ammessa la regolarizzazione documentale in quanto nulla aggiungeva alla documentazione già prodotta, limitandosi a sanare elementi estrinseci al contenuto della documentazione. In altre parole, il "soccorso istruttorio" ricomprendeva la possibilità di chiedere precisazioni, purché il possesso del requisito fosse comunque individuabile dagli atti depositati e occorresse, pertanto, una semplice delucidazione o un mero aggiornamento. In tal caso non si discuteva della esistenza del requisito, ma, soltanto, di un chiarimento che non innovava e non alterava la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita.

Sul punto, però, la giurisprudenza non era univoca in quanto la distinzione, sotto il profilo della prassi applicativa, non era di così agevole individuazione. All'uopo, pensiamo ai contrasti scaturiti relativamente all'istituto del falso innocuo<sup>9</sup>. Col tempo i Tar si sono pronunciati nei modi più vari sull'applicazione del soccorso istruttorio, estendendone o restringendone la portata, creando un "conflitto" giurisprudenziale. Ma sul punto non occorre soffermarsi, in quanto nel luglio del 2011 il legislatore ha riformato l'intero sistema. Infatti, è stato introdotto il comma 1-*bis* all'art. 46 del D.Lsg. 163/2006, allo scopo di ampliare il *favor participationis* e dilatare le ipotesi di soccorso istruttorio attraverso la delimitazione delle cause di esclusione dei concorrenti delle procedure di appalti pubblici a ipotesi tassative<sup>10</sup>, prevedendo altresì la nullità delle clausole del bando che violano codesta tassatività. Il testo della norma recita "*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, 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*

---

<sup>8</sup> Cons. Stato, A. P., 25 febbraio 2014, n. 9: «per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, 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».

<sup>9</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967; Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2012, n. 2946.

Cfr. A. Larusa, «Dal settore penale a quello amministrativo: la rilevanza del falso innocuo nell'ordinamento giuridico», in *www.giustamm.it*; L. Ieva, «Le falsità amministrative irrilevanti nelle procedure di gara», in *Urbanistica e Appalti*, 2010, p. 1325 ss.

<sup>10</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2015, n. 35.

*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».*

L'intento è di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti<sup>11</sup>.

All' esito della modifica legislativa si confrontano due orientamenti in giurisprudenza, la prima secondo la quale la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura implica che possa essere adottato il provvedimento esclusivo solo se il legislatore ha previsto quel comportamento a pena di esclusione. Cioè, è possibile espellere dalla procedura il concorrente solo se non ha adempiuto ad un comportamento doveroso previsto a pena di esclusione<sup>12</sup>.

Secondo un altro orientamento, invece, non era necessario per l'esclusione del concorrente che dovesse esserci una specifica previsione a pena di esclusione<sup>13</sup>.

Al riguardo, interviene l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 7 giugno 2012 n. 21 la quale offre un'interpretazione ampia del concetto di tassatività delle cause di esclusione sostenendo che la esclusione dalla gara possa essere disposta anche nei casi in cui siano violate disposizioni che impongono adempimenti doverosi o dettino norme di divieto pur senza prevedere un'espressa sanzione di esclusione<sup>14</sup>.

Sul punto ritorna nel 2014 l'Adunanza Plenaria<sup>15</sup> la quale afferma che l'introduzione nel 2011 del comma 1 - bis dell'art. 46 D.Lgs. 163/2006 ha una portata innovativa rispetto alla discrezionalità della *lex specialis* di gara. Infatti, prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si era mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto<sup>16</sup>.

In specie, secondo il Supremo Consesso, il principio di tassatività delle cause di esclusione è suscettibile di interpretazione estensiva: vi è esclusione, ancorché non espressamente prevista, qualora il concorrente sia incorso in una norma di divieto<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> T.A.R. Lazio Roma, sez. I bis, 31 maggio 2012, n. 4973; ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015. «*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*»; M. A. Sandulli, «*Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*», in *Federalismi*, 2014

<sup>12</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3214: «*E' nulla, ex art. 46, comma 1-bis, del Codice degli Appalti (D.Lgs. n. 163 del 2006), la clausola del bando di gara che introduca una causa di esclusione ulteriore e diversa rispetto a quella prevista dalla citata norma di legge, in quanto contrastante con il contemplato principio della tassatività delle cause di esclusione*».

<sup>13</sup> Cfr., T.A.R. Lazio Roma, sez. I bis, 18 aprile 2013, n. 3938.

<sup>14</sup> Cfr., Cons. Stato, A. P., 16 ottobre 2013, n.23; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n.21.

<sup>15</sup> Cons. Stato, A. P., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>16</sup> Cfr., ex multis, Cons. Stato, A. P., 25 febbraio 2013, n. 5.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16: «*E' stato, al riguardo, già chiarito (Ad. Plen. 16 ottobre 2013, n.23, 7 giugno 2012, n.21 e, da ultimo, n.9/2014) che la costruzione della disposizione contenuta nell'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit., che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell'esclusione*

Questa interpretazione è stata affermata dall'Adunanza Plenaria nel senso della non necessità della espressa previsione della esclusione allorché sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara<sup>18</sup>. La Corte, infatti, ha affermato che «*la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus*».

All'uopo, i giudici di Palazzo Spada ritengono che un'ampia interpretazione della tassatività delle cause di esclusione volge al fine di elevare il principio *de quo* da una dimensione meramente formale.

In altri termini, la disposizione suddetta è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alla gara e del divieto di aggravio del procedimento. Essa mira a correggere quelle soluzioni (diffuse nella prassi) che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali.

## 2. Il soccorso istruttorio alla luce del D.L. 90/2014.

Nel 2014 il legislatore interviene con riferimento al soccorso istruttorio, per cercare di appianare le incertezze applicative legate alla relazione fra l'articolo 38 e l'articolo 46 del D.Lgs 163/2006<sup>19</sup>. A tal fine il legislatore adotta l'art. 39 (rubricato «*semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*») D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 12 agosto 2014, n. 114, introducendo nel Codice dei Contratti Pubblici il comma 2-bis all'art. 38 e il comma 1-ter<sup>20</sup> all'art. 46<sup>21</sup>. La norma è collocata nel Capo I, Titolo IV («*Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico*»), relativo al processo amministrativo, facendo intuire la ratio ispiratrice della riforma: la deflazione del contenzioso in ambito di appalti pubblici<sup>22</sup>.

---

dev'essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorché non espressamente a pena di esclusione».

<sup>18</sup> Cfr., Cons. Stato, 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, Cons. Stato, 7 giugno 2012, n. 21.

<sup>19</sup> ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015, «*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*».

<sup>20</sup> Art. 46, comma 1 ter, d.lgs. 163/06: «Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

<sup>21</sup> Cfr., «*Parere sul D.L. 24 giugno 2014, n. 90. Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*» in Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome - 14/085/CU05/C1-C11.

<sup>22</sup> ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015, «*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*»; M.A.Sandulli, «*Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*», in *Federalismi*, 2014; R. Di Nictolis «*Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*», in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc. 11, p. 1157 ss.

A seguito della suddetta riforma, si è previsto che l'irregolarità, l'incompletezza e la mancanza delle autocertificazioni (con cui i partecipanti alla gara attestano il possesso dei requisiti di ordine generale) non possano essere sanzionate automaticamente con esclusione degli stessi<sup>23</sup>.

Il senso dell'intervento del legislatore è di deflazionare il contenzioso davanti al giudice amministrativo<sup>24</sup>, nonché di ampliare e garantire il *favor participationis* attraverso l'istituto del cd. soccorso istruttorio "a pagamento".

Riprendendo la già citata distinzione fra integrazione e regolarizzazione, si cerca di dare prevalenza al dato sostanziale (alla sussistenza del requisito) rispetto a quello formale, cioè alla completezza della dichiarazione<sup>25</sup>.

In particolare, il comma 2 - *bis* dell'art. 38 recita: *“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, né 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”*.

L'Adunanza Plenaria<sup>26</sup> ha definito la norma in parola come caratterizzata da un *“lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative”*.

Infatti, il comma 2 - *bis* dell'art. 38 distingue tra irregolarità essenziali e irregolarità non essenziali senza, tuttavia, darne una definizione<sup>27</sup>. A tal riguardo, con determina del 2015, l'ANAC<sup>28</sup> ha

---

<sup>23</sup> P. Provenzano, «Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014», *Giustizia Amministrativa, Rivista di Diritto Pubblico*, n. 7/2014, <http://www.giustamm.it>.

<sup>24</sup> ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015, «Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163»; M.A.Sandulli, «Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura», in *Federalismi*, 2014.

<sup>25</sup> P. Patrito, «Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta collettivamente ed impersonalmente», in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 8-9, pp. 917 – 927.

<sup>26</sup> Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16.

<sup>27</sup> F. Armenante, «La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara», in *Amministrativamente*, 2014 fasc. 9, p. 21.

precisato: *“la formulazione dell’art. 38, comma 2-bis, del Codice, non specificando alcunché in ordine al concetto di essenzialità delle predette irregolarità, né con riferimento alla non indispensabilità delle dichiarazioni carenti, lascia sostanzialmente, alle singole stazioni appaltanti, l’individuazione dei casi nei quali è consentita la produzione, l’integrazione e la regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni di cui all’art. 38, commi 1 e 2. Circostanza, questa, da cui potrebbero derivare comportamenti disomogenei, laddove si consideri che una stessa fattispecie venga trattata in maniera differente da un’amministrazione all’altra. Ciò rende indispensabile il presente intervento regolatorio, in modo da fornire un’interpretazione della norma che consenta un’applicazione uniforme della stessa, da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore”*.

Inoltre, secondo l’ANAC, le mancanze *“essenziali”* riguardano l’impossibilità di verificare se i requisiti contemplati dal comma 1, art. 38, D.Lgs. 163/2006 siano o meno posseduti e da quali soggetti. In particolare, chiarisce l’Autorità Anticorruzione, ciò si verifica nelle ipotesi in cui:

- a) *“non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell’art. 38 del Codice;*
- b) *la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito;*
- c) *la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno”*.

Nell’ipotesi di irregolarità essenziali (o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni indispensabili), il concorrente che vi ha dato causa è obbligato al pagamento in favore della stazione appaltante della sanzione pecuniaria stabilita nel bando di gara. La sanzione è delimitata sotto il profilo economico dal legislatore che indica una somma massima pari ad Euro 50.000,00, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria<sup>29</sup>.

In quest’ultimo caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie e, inutilmente decorso il termine, il concorrente è escluso dalla gara. Quindi, si può ritenere che le ipotesi di esclusione siano limitate ai casi di autoesclusione per decorrenza del termine<sup>30</sup>. In altre parole, viene dato all’impresa un termine per poter rettificare la dichiarazione inesatta, qualora non venga rispettato il suddetto limite temporale, l’impresa si autoesclude attraverso il suo comportamento omissivo o reticente.

Con riferimento alle irregolarità non essenziali (ovvero in caso di mancanza o incompletezza di

---

<sup>28</sup> ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015, *«Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163»*.

<sup>29</sup> Cfr. *«Una legislazione da Paperopoli, atto secondo. Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio»*, <http://www.bosettiegatti.eu>.

<sup>30</sup> Cfr., Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16.

dichiarazioni non indispensabili per la partecipazione alla gara), l'articolo suddetto prevede che la stazione appaltante non richieda la regolarizzazione; né vi è la previsione di alcuna sanzione pecuniaria. Il privato non deve porre in essere alcuna attività integrativa<sup>31</sup>.

Di tal ché: “[...] *ciò che assume rilevanza ai fini della partecipazione alle gare è l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, e non, viceversa, la presenza o il contenuto delle dichiarazioni con cui i medesimi concorrenti attestano il possesso dei requisiti di partecipazione*”<sup>32</sup>.

Il legislatore sacrifica il dato formale (completezza delle autocertificazioni), privilegiando quello sostanziale (sussistenza dei requisiti) in base al principio del *favor participationis*: ogni operatore economico deve poter partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti richiesti, indipendentemente dalla conformità al modello legale della dichiarazione<sup>33</sup>.

Inoltre, la previsione della suddetta sanzione (di importo rilevante) avrà un effetto deterrente nei confronti delle imprese che porranno una precisa attenzione nella redazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006. In tal guisa, saranno, invero, penalizzate le piccole medie imprese che si vedranno addossare ulteriori oneri finanziari<sup>34</sup>.

### 3. Il soccorso istruttorio secondo la giurisprudenza.

Al fine di offrire un quadro più dettagliato della portata innovativa della riforma *de qua*, appare opportuno analizzare qualche pronuncia giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore del decreto legge. In particolare si esamineranno tre sentenze: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2014, n. 16; Consiglio di Stato, 6 ottobre 2014, n. 4985; Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13.

Occorre, però, precisare che si tratta di decisioni che non danno diretta attuazione alla disciplina del decreto legge in base a quanto previsto dall'articolo 39, 3 comma, D.L. 90/2014<sup>35</sup>. Infatti, la novella non è applicabile alle procedure di gara precedenti all'entrata in vigore del decreto in parola.

Pertanto, la giurisprudenza che segue applica il contesto normativo antecedente alla novella; tuttavia, è significativa perché tiene conto delle indicazioni del legislatore per meglio comprenderne la *ratio* ispiratrice della riforma.

---

<sup>31</sup>S. Foà, «Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (Commento a d.l. 24 giugno 2014, n. 90; l. 11 agosto 2014, n. 114)» in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 11 pag. 1147 – 1157.

<sup>32</sup>P. Provenzano, «Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014», *Giustizia Amministrativa, Rivista di Diritto Pubblico*, n. 7/2014, <http://www.giustamm.it>.

<sup>33</sup>P. Patrito, «Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta collettivamente ed impersonalmente», in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 8-9, pp. 917 – 927.

<sup>34</sup>G. Virga, «L'eterogenesi dei fini nella legislazione più recente», in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>35</sup>Art. 39, 3 comma, D.L. 90/2014: «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto».

La prima pronuncia che si segnala a riguardo è una decisione dell'Adunanza Plenaria<sup>36</sup> del 2014 relativa al contrasto interpretativo tra integrazione e regolarizzazione documentale.

Iniziamo dalla disamina dei fatti: una società aveva proposto tramite un procuratore *ad negotia* domanda di partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica. L'impresa, in particolare, aveva prodotto una dichiarazione (formulata nei termini indicati nel disciplinare) in cui si rappresentava che i legali rappresentanti della società stessa non avevano subito condanne penali, ma i nominativi degli stessi non erano indicati. Pertanto, la pubblica amministrazione escludeva la suddetta società dalla gara.

Il giudice amministrativo di primo grado<sup>37</sup> aveva ritenuto che, in ossequio al principio della *par condicio*, correttamente non avesse operato in senso istruttorio la pubblica amministrazione e che fosse stata legittimamente esclusa dalla gara la società la quale ricorreva al giudice d'appello.

Il Consiglio di Stato ritiene di dover sottoporre la questione alla Adunanza Plenaria, in quanto organo di nomofilachia<sup>38</sup>.

La Adunanza Plenaria, segnatamente, deve esaminare la questione controversa relativa alla necessità o meno della menzione nominativa (nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art.38 D.Lgs. cit.) di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale della società, nonché delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura, di una attestazione che la omette. In altre parole, la questione sottoposta al Consiglio di Stato sostanzialmente verte sul contrasto interpretativo relativo alla distinzione tra integrazione e regolarizzazione documentale.

A tal riguardo la Corte ipotizza tre possibili soluzioni:

- a) la dichiarazione che omette la menzione nominativa, ma che attesta l'assenza delle condizioni ostative previste dall'art.38, D.Lgs. 163/2006 è completa, quindi, non vi è necessità di alcuna integrazione;
- b) una tale dichiarazione obbliga la pubblica amministrazione all'utilizzo dei poteri di soccorso istruttorio. *Ex se* non autorizza l'esclusione della società;
- c) una dichiarazione siffatta è priva degli elementi essenziali e, pertanto, impone l'esclusione dell'impresa e non consente l'integrazione.

Precisano i giudici di Palazzo Spada che il problema è risolto per il futuro perché la novella del 2014 chiarifica in maniera definitiva che le ipotesi di esclusione sono limitate ai casi di autoesclusione cioè di mancata ottemperanza all'invito a produrre la documentazione mancante.

---

<sup>36</sup> Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16.

<sup>37</sup> Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16. : «Il TAR ha, in particolare, ritenuto mancanti le attestazioni specificamente riferite a tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza delle due imprese, sia per la genericità delle dichiarazioni prodotte, sia per l'omessa identificazione delle suddette persone, ha, quindi, ritenuto inapplicabile, a fronte della predetta, insanabile carenza, la regola del c.d. soccorso istruttorio e ha, pertanto, giudicato illegittima l'omessa esclusione del RTI Accenture e l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto».

<sup>38</sup> S. Oggianu, «Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato», Padova, Cedam, 2011.

La riforma, infatti, introduce una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive<sup>39</sup>, imponendo alla stazione appaltante di assegnare al partecipante un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti, per poi procede all'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

Secondo la Corte, si tratta di una disposizione che (indipendentemente dai futuri problemi interpretativi sottesi alla individuazione del significato da attribuire al termine "essenziali") ha il fine di superare le incertezze scaturenti dal combinato disposto degli artt.38 e 46 D.Lgs. 163/2006, mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio.

Nonostante l'inapplicabilità della nuova disciplina alla controversia in parola, tuttavia, dalla pronuncia in commento si evince, quale indice interpretativo, la volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per "*mere carenze documentali*" nella fase del controllo delle dichiarazioni. La ratio è di predisporre un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, nonché di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza del termine da parte dell'impresa concorrente.

Infatti, la Corte afferma espressamente che la riforma è espressione della "*volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie*"<sup>40</sup>.

Così esclusa la diretta ed immediata applicabilità dello *ius superveniens* alla fattispecie controversa, la Corte procede ad una veloce valutazione dei due criteri interpretativi che si erano affermati in passato, quello formalista<sup>41</sup> e quello sostanzialista<sup>42</sup>.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ritiene che la dichiarazione presentata dalla società sia completa e che, quindi, rientri nell'ambito di applicazione della soluzione "a". La Corte reputa che la dichiarazione sia completa in quanto i nominativi omessi siano agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o banche dati ufficiali.

È, secondo l'Adunanza Plenaria, determinabile il contenuto dell'atto e nel caso di specie può essere facilmente individuato.

La Corte infatti afferma che : "*La dichiarazione sostituiva relativa all'insussistenza delle condizioni*

---

<sup>39</sup> A. Barbiero, «Le novità in materia di "sanzioni" per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto», in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net).

<sup>40</sup> Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16.

<sup>41</sup> Cfr., Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2014, n.3198; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2013, n.5023; Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2013, n.3550 secondo cui l'uso di canoni interpretativi formalistici, ha fondato l'affermazione che ogni mancanza nelle dichiarazioni comporta la sanzione dell'esclusione e non ammette il c.d. soccorso istruttorio, che si risolverebbe in una lesione della *par condicio*.

<sup>42</sup>Cfr., Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2014, n.583; sez. V, 9 dicembre 2013, n.5883; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n.1648 secondo cui l'uso di parametri più sostanzialistici ha fondato l'affermazione che, nelle ipotesi in cui difetti un'espressa comminatoria di esclusione nel bando, solo la mancanza oggettiva del requisito di moralità, e non anche la sua omessa dichiarazione, giustifica l'esclusione. In tali fattispecie, il soccorso istruttorio costituisce il doveroso strumento amministrativo per garantire il *favor participationis* ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche.

*ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici. Una dichiarazione sostitutiva siffatta è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio. Infatti, ritiene l'Adunanza che, mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii ob relationem di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali".*

Seconda pronuncia che si segnala a riguardo è una decisione del Consiglio di Stato<sup>43</sup> del 2014, sopra menzionata. È interessante analizzarla brevemente perché pone, in chi la legge, alcuni interrogativi che la giurisprudenza dovrà sciogliere nel prossimo futuro: la domanda è se effettivamente l'esclusione possa essere dettata solo da una causa autoescludente. Ci sono delle irregolarità non sanabili? Ci sono delle cause di esclusione che non sono solo legate ad una autoesclusione, cioè ad un profilo di auto-responsabilità?

E sul punto riecheggia l'affermazione della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>44</sup> inerente alla difficoltà di interpretare la riforma a causa della mancanza di una definizione di irregolarità essenziali.

Il primo comma dell'art 38, D.Lgs. 163/2006 detta una serie di ipotesi che non sono sanabili. Per esempio, viene esclusa dalla partecipazione alle gare la società in stato di fallimento<sup>45</sup>. La stessa non può sanare o regolarizzare la propria posizione con un certificato o con una dichiarazione.

Oppure vengono escluse dalle gare le società che abbiano un legale rappresentante nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza di condanna in base a quanto disposto dall'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 163/2006<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Cons. Stato, 6 ottobre 2014, n. 4985.

<sup>44</sup> Cons. Stato, A. P., 30 luglio 2014, n. 16.

<sup>45</sup> Art. 38, 1 comma, lett. a), d.lgs. 163/06: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni".

<sup>46</sup> Art. 38, 1 comma, lett. a), d.lgs. 163/06: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né 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

Si tratta all'evidenza di profili sostanziali di esclusione che non possono essere oggetto di regolarizzazione, né di sanatoria. Pertanto, non rientrano nell'ambito di applicazione del comma 2 - bis, art. 38, D.Lgs. 163/2006.

Il *punctum pruriens* concerne i profili di inesistenza della documentazione (cioè una domanda sprovvista di un documento essenziale).

Sul punto la lettera della norma appare piuttosto ampia perché l'incipit del comma 2 - bis è esplicito: *“la mancanza l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi delle dichiarazioni sostitutive (...)”*.

Come dobbiamo interpretare la lettera della norma? Una interpretazione conforme ad un principio di *favor participationis* deporrebbe nel senso di considerare l'inesistenza di un documento fra le ipotesi di mancanza del documento. Pertanto, la norma potrebbe ricomprendere tutte le ipotesi di lacuna documentale. Ma non è di questo avviso il Consiglio di Stato nella pronuncia *de quo* relativa alla inesistenza di un documento essenziale. Nel caso di specie, la Corte ha escluso dalla gara un concorrente che aveva ommesso di dichiarare il possesso dei requisiti di capacità tecnica imposti dalla *lex specialis*.

Il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza<sup>47</sup> che si era affermata prima della riforma la quale affermava che è precluso sopperire con il soccorso istruttorio alla totale mancanza di un documento richiesto. L'integrazione presuppone che un materiale integrabile esista, non può trovare applicazione quando sia totalmente inesistente<sup>48</sup>. Il soccorso istruttorio è subordinato alla esistenza di dichiarazioni effettivamente rese o di atti effettivamente presentati ancorché in modo non pienamente intelligibile o senza l'osservanza dei requisiti di forma.

Infatti, la Corte ha affermato che *“Ove in una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un contratto pubblico il concorrente non fornisca quantomeno un principio di prova sul possesso dei requisiti di capacità tecnica imposti dalla legge speciale, la stazione appaltante non può esperire il soccorso istruttorio. Questo infatti è subordinato all'esistenza di dichiarazioni effettivamente rese o di atti effettivamente presentati, ancorché in modo non pienamente intelligibile o senza l'osservanza dei requisiti di forma (...). Il rimedio della regolarizzazione documentale non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente ommesso la produzione documentale richiesta, con la conseguenza che alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale*

---

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».

<sup>47</sup> Ex multis, T.A.R. Toscana, 5 dicembre 2013, n.1689.

<sup>48</sup> Cfr., Cons. Stato, A. P., n. 9 del 2013; Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965; Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518; Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781.

*manca di un documento richiesto. L'integrazione presuppone evidentemente che un materiale integrabile esista; non può dunque trovare applicazione quando questo sia radicalmente inesistente".*

Alla luce di quanto suddetto, si può ritenere che in un prossimo futuro si porrà il problema se possa ritenersi applicabile la nuova disciplina anche nelle ipotesi di inesistenza di un documento.

Come abbiamo visto, la giurisprudenza che applica la normativa precedente, pur tenendo in considerazione la riforma, evidenzia come la lacuna documentale non possa essere oggetto di integrazione e di intervento attraverso il soccorso istruttorio.

Oppure bisogna ritenere che, a fronte delle modifiche apportate dal D.L. 90/2014, sia superato il principio secondo cui l'integrazione presuppone l'esistenza di un materiale integrabile?

Ultima pronuncia che si segnala a riguardo è una decisione della Corte di Giustizia Europea<sup>49</sup>.

La causa ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con ordinanza del 5 dicembre 2012<sup>50</sup>.

Era accaduto che in una gara ad evidenza pubblica uno degli operatori non avesse rispettato quanto disposto dal bando che teneva il concorrente, in ossequio all'art. 38 D.Lgs. 163/06, a dichiarare, a pena di esclusione, che il direttore tecnico non era stato destinatario di condanne penali.

Fuori termine rispetto alla presentazione delle domande, l'impresa aveva depositato una ulteriore dichiarazione nella quale rappresentava che la persona fisica individuata come direttore tecnico non era in realtà quella che era stata menzionata per errore nella domanda. Nella stessa, inoltre, si affermava che comunque tanto il vero direttore tecnico, quanto il direttore tecnico enunciato in maniera non corretta, non erano sottoposti a procedimento penale.

Il giudice nazionale all'esito di una complessa vertenza rimetteva la questione interpretativa di tipo pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo se la normativa nazionale (precedente al D.L. 90/14) fosse o meno conforme alla disciplina comunitaria in materia di appalti.

Nel caso di specie la Corte di Giustizia ritiene che il diritto comunitario non osti ad una normativa nazionale che preveda l'esclusione dalla gara nel caso di dichiarazione resa successivamente alla scadenza del termine, ponendo in evidenza due principi a sostegno della propria decisione: il principio di *par condicio* e il principio di trasparenza.

---

<sup>49</sup> Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13.

<sup>50</sup> La questione verte sull'interpretazione dell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004. In sostanza il giudice del rinvio chiede se il suddetto art. 45 debba essere interpretato nel senso che osta all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti di gara a pena di esclusione, di allegare alla propria offerta una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona. Cfr., Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13, punto 36.

Infatti, secondo la Corte di Giustizia la parità di trattamento fra i concorrenti impone a tutti gli offerenti di presentare nei termini le domande di partecipazione nel rispetto dei requisiti previsti dal bando.

L'obbligo di trasparenza, invece, è diretto ad eliminare i potenziali rischi di favoritismo e di arbitrarietà. Infatti, le parti debbono presentare la documentazione richiesta nei limiti e nei modi previsti dalla legge e dal bando di gara; invero, secondo la Corte, ammettere una regolarizzazione successiva implicherebbe la violazione dell'obbligo di trasparenza in quanto potenzialmente idoneo a generare illegittimi favoritismi<sup>51</sup>.

Conseguentemente tutte le modalità del procedimento devono essere formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara (o nel capitolato d'oneri) al fine di permettere agli offerenti di essere informati e all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione<sup>52</sup>.

Il giudice europeo sottolinea, inoltre, il fatto che spetti "*all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati*"<sup>53</sup>. Pertanto, la stessa è tenuta ad escludere dalla gara un concorrente che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione sia prevista nel bando a pena di esclusione. Tale obbligo per la stazione appaltante deriva dal principio di parità di trattamento e di obbligo di trasparenza in quanto norme fondamentali del Trattato FUE<sup>54</sup> e ai sensi dell'art. 2, direttiva 2004/18<sup>55</sup>.

In tale decisione, la Corte di Giustizia evidenzia come la normativa nazionale ( precedente alla riforma) non fosse in contrasto con la disciplina comunitaria, ma fosse in perfetta armonia con l'ordinamento dell'Unione Europea.

*Quaestionem in posterum: il comma 2-bis all'art. 38 e il comma 1-ter all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 contrastano con i principi comunitari di par condicio e di trasparenza? Le ipotesi di autoesclusione possono causare favoritismi e arbitrarietà? Oppure la nuova disciplina deve ritenersi conforme al diritto comunitario in base al principio di favor participationis? Alla luce del primato*

---

<sup>51</sup> Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13, punto 44: «Da un lato, infatti, il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice». In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza Commissione / CAS Succhi di Frutta, C-496/99.

<sup>52</sup> Cfr., Corte di Giustizia, sentenza Commissione / CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, punti da 108 a 111.

<sup>53</sup> Cfr., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza Manova, C-336/12, , punti 39 - 40: «Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere che i dati contenuti in tale fascicolo siano corretti o completati in maniera puntuale, purché tale richiesta riguardi elementi o dati, come il bilancio pubblicato, la cui anteriorità rispetto alla scadenza del termine fissato per presentare candidatura sia oggettivamente verificabile. Va tuttavia precisato che la situazione sarebbe diversa se i documenti dell'appalto richiedessero la comunicazione del documento o dell'informazione mancante sotto pena di esclusione. Infatti, spetta all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati»; v., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Racc. pag. I-3801, punto 115.

<sup>54</sup> Cfr., Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13, punto 49.

<sup>55</sup> Art. 2, Direttiva 2004/18, intitolato «Principi di aggiudicazione degli appalti»: «Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza»; V. Capuzza, «I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive Europee sui contratti pubblici», in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

del diritto europeo, bisogna considerare prevalente il dato formale (completezza della domanda) o quello sostanziale ( sussistenza effettiva dei requisiti)?

#### 4. Il soccorso istruttorio e i principi comunitari.

Alla luce di quanto suddetto, appare evidente un intento del legislatore sia di deflazionare il contenzioso davanti al giudice amministrativo<sup>56</sup> attraverso l'istituto del cd. soccorso istruttorio "a pagamento", sia di ampliare e garantire il principio comunitario di *favor participationis*<sup>57</sup> che impone alla amministrazione di aprire le gare pubbliche al maggior numero di concorrenti, rendendo più agevole l'individuazione del miglior risultato contrattuale<sup>58</sup>. In passato, tale individuazione spesso non era sempre garantita: la pubblica amministrazione, infatti, poteva escludere le imprese partecipanti per mere mancanze formali, non permettendo il riconoscimento dell'offerta oggettivamente più vantaggiosa. Occorre ricordare che l'individuazione del "miglior" contraente ha una finalità pubblicistica al cui rispetto è vincolata sia la pubblica amministrazione sia i partecipanti alla gara, nel rispetto dei principi enunciati dall'art. 97 Cost. (principio di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa). Anche per tale ragione la novella ha decretato la prevalenza del dato sostanziale rispetto a quello formale<sup>59</sup>.

La *ratio* del legislatore è di evitare esclusioni dalla procedura per "*mere carenze documentali*" nella fase del controllo delle dichiarazioni per la scelta della soluzione contrattuale più conveniente<sup>60</sup>. E in tal senso sembra anche orientata l'impostazione comunitaria in tema di concorrenza, in coerenza con i principi di effettività ed efficienza<sup>61</sup>. Vi è a livello comunitario, infatti, una tutela della libera concorrenza permeata sull'assenza di formalismi. Per esempio, la nuova direttiva europea sugli appalti pubblici 2014/24/UE, conferma una visione maggiormente sostanzialistica attraverso la valorizzazione dell'interazione e della leale collaborazione tra i competitors e la stazione appaltante e attraverso una maggior semplificazione del procedimento. Si pensi alla disciplina relativa al DGUE ex art. 59, direttiva citata<sup>62</sup>.

Pertanto, la novella legislativa trova la propria *ratio* nella tutela di valori europei e immanenti alla

---

<sup>56</sup> ANAC, Determinazione n. 1, 8 gennaio 2015, «*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*»; M.A.Sandulli, «*Il D.L. 25 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*», in *Federalismi*, 2014.

<sup>57</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842.

<sup>58</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 24 maggio 2006, n. 812.

<sup>59</sup> P. Patrito, «*Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta collettivamente ed impersonalmente*», in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. 8-9, pp. 917 – 927.

<sup>60</sup> Tar Campania, Napoli, sez. I, 30 luglio 2004 n. 10933.

<sup>61</sup> Cfr. art. 45, direttiva 2004/18/CE; S. Foà, «*Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*», in *Urbanistica e Appalti*, 11/2014, p. 1147 ss.

<sup>62</sup> Art. 59, Direttiva 2014/24/UE: «Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici accettano il documento di gara unico europeo (DGUE) che consiste in un'auto dichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le seguenti condizioni (...)».

contrattualistica pubblica: i principi comunitari di libera concorrenza, di *favor participationis*, di efficienza, di efficacia e i principi costituzionali di cui all'art. 97. In particolare, il principio di massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica da parte della più ampia platea di offerenti riveste grande importanza a livello comunitario. Si pensi all'ipotesi della partecipazione delle ATI sovrabbondanti<sup>63</sup>. Pertanto, la novella è conforme al suddetto principio in quanto afferma che l'irregolarità, l'incompletezza e la mancanza delle autocertificazioni (con cui i partecipanti alla gara attestano il possesso dei requisiti di ordine generale) non possano essere sanzionate automaticamente con esclusione dei competitors<sup>64</sup>, garantendo così una effettiva partecipazione delle imprese interessate e meritevoli.

Ma con riferimento ai principi di *par condicio* e di trasparenza? Il comma 2-bis, art. 38 e il comma 1-ter, art. 46 del D. Lgs. 163/2006 contrastano con i principi comunitari di *par condicio* e di trasparenza? Le ipotesi di autoesclusione possono causare favoritismi e arbitrarità?

Ad avviso di chi scrive, non pare individuabile (ad eccezione dell'ambito della determinazione dell'importo della sanzione di cui si dirà in seguito) una violazione del principio di *par condicio* che informa tutto il sistema contrattuale amministrativo dell'evidenza pubblica e che si manifesta nella puntuale e equanime osservanza delle regole della gara. Dalla sanatoria, infatti, non discende a priori una violazione del principio di *par condicio* qualora non vi sia alcun vantaggio per il concorrente<sup>65</sup> e vi sia comunque l'assunzione dei necessari impegni contrattuali.

Tale principio, infatti, verrebbe violato solo laddove si consentisse all'organo di gara di perequare la posizione di chi ha compiutamente osservato le prescrizioni (anche di natura formale) imposte per la partecipazione e la posizione di chi, invece, le abbia disattese. Tuttavia, si potrebbe obiettare che il principio di *par condicio* (che si sostanzia nella parità di trattamento dei partecipanti) non verrebbe meno qualora tutti i competitors potessero usufruire della suddetta possibilità di integrazione documentale. È vero che la parità di trattamento fra i concorrenti impone a tutti gli offerenti di presentare nei termini le domande di partecipazione nel rispetto dei requisiti previsti dal bando, tuttavia l'equità non risulta violata, poiché è permesso *ex lege* una integrazione successiva da parte di tutti i partecipanti. In altre parole, non vi sarebbe alcun favoritismo, in quanto ogni competitors potrebbe avvalersi del cd. soccorso istruttorio a pagamento.

Per di più, si potrebbe sostenere che qualora il soccorso istruttorio investa anche l'ambito delle lacune documentali (tesi sostenibile alla luce del dato letterale della norma novellata) e in base al suo ambito di applicazione, l'effettivo termine di presentazione/integrazione delle domande sia

---

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842.

<sup>64</sup> P. Provenzano, «Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014», *Giustizia Amministrativa, Rivista di Diritto Pubblico*, n. 7/2014, <http://www.giustamm.it>.

<sup>65</sup> P. Cerbo, «Il soccorso istruttorio fra mere irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili», in *Urbanistica e Appalti*, 12/2014, p. 1288 ss.

posticipato. In altre parole, sostanzialmente il termine *de quo* verrebbe differito a un momento successivo, non comportando alcuna violazione del principio di *par condicio*, poiché ogni competitor potrebbe avvalersi della suddetta dilazione temporale.

Vi è, però, come anticipato, un *punctum dolens* della riforma di cui si ritiene opportuna una veloce riflessione, che investe la determinazione dell'importo delle sanzioni alla luce del principio comunitario di *par condicio*. Tale determinazione si applica indistintamente a tutte le imprese partecipanti a prescindere dalla loro dimensione, determinando una diversa incidenza della sanzione stessa a seconda che si applichi ad un'impresa medio-piccola ovvero ad un'impresa di grandi dimensioni.

Tale diversa incidenza può essere considerata contraria al principio comunitario di *par condicio*? In altri termini, si realizza una disparità di trattamento tra i vari competitor?

A parere di chi scrive, la risposta ai suddetti quesiti non può che essere affermativa per le ragioni di seguito esposte.

Innanzitutto, occorre osservare come non tutte le imprese (soprattutto quelle di piccole-medie dimensione) siano in grado di sostenere il pagamento di una sanzione per poter usufruire del soccorso istruttorio. Infatti, in un momento storico di crisi economica mondiale, le piccole-medie imprese, soggiate da innumerevoli oneri finanziari, non riescono a reggere ulteriori esborsi per partecipare a una gara pubblica. E anche qualora si prospettasse la determinazione di una sanzione di importo economico non elevato, in ogni caso vi sarebbe un ingiustificato *favor* per le grandi imprese che, a maggior ragione, non sarebbero alquanto danneggiate dal pagamento di una somma che per loro sarebbe comunque minima.

Inoltre, il principio di *par condicio* potrebbe risultare altresì violato in una fase antecedente alle procedure di gara: da un lato, le grandi società partecipanti non presterebbero l'impegno necessario nella redazione della domanda in quanto successivamente integrabile; dall'altro, invece, le piccole-medie imprese presterebbero la diligenza dovuta nella individuazione della documentazione di gara, per non dover sostenere un ulteriore pagamento. Pertanto, un simile procedimento appare in contrasto con il principio di *par condicio* in quanto ostativo per le piccole-medie imprese che non dispongono di risorse economiche pari alle grandi società con cui entrano in competizione.

Vi è un altro aspetto da non trascurare: a causa della complessità della documentazione richiesta per la partecipazione alla gara, le imprese spesso incorrono in irregolarità o mere dimenticanze. Per la frequenza di questi avvenimenti una piccola - media impresa è dissuasa dalla partecipazione alla gara, anche perché consapevole di dover sostenere un ulteriore esborso per poter usufruire del soccorso istruttorio. Infatti, come affermato nel comunicato del Presidente dell'ANAC<sup>66</sup>, le

---

<sup>66</sup> Comunicato del Presidente dell'ANAC, 25 marzo 2015: «Con la terza questione, è stato affrontato il tema del giusto raccordo tra

sanzioni vengono comminate solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi dell'istituto in parola. Questo per evitare “*excessive e immotivate vessazioni delle imprese*” e “*in ossequio al principio di primazia del diritto comunitario*” in base al disposto della direttiva 2014/24/UE, art. 59, paragrafo 4<sup>67</sup>. Ma non sembra, a parere di chi scrive, che questa disposizione rispetti il principio comunitario di *par condicio* in quanto le grandi imprese in ogni caso avrebbero le capacità economiche per far fronte a eventuali sanzioni; lo stesso non si può affermare per le piccole-medie imprese. Queste ultime, infatti, sarebbero sollecitate a non pagare la sanzione soprattutto laddove di importo elevato, comportandone così l'esclusione. In tal modo la riforma sembra caldeggiare la partecipazione di grandi imprese idonee a sostenere il pagamento di eventuali sanzioni.

Come dicevano i latini, “*non optimus, sed ditissimus vincit*”. Proprio la riforma che intendeva evitare “*excessive e immotivate vessazioni delle imprese*”, ne è la “promotrice”. Il legislatore italiano ha alterato la finalità per la quale il soccorso istruttorio era stato creato: favorire la partecipazione di tutte le imprese, soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni.

Per garantire una reale *par condicio* il legislatore italiano dovrebbe individuare dei criteri di determinazione della sanzione proporzionati alle dimensioni dell'impresa. Solo così, infatti, verrebbe rispettato il principio comunitario *de quo*: tutti i competitors sottoposti alla stessa “dimensione - misura” di sanzione.

Per esempio, il legislatore potrebbe predisporre delle tabelle in cui vengano rapportate le lacune documentali, le dimensioni dell'impresa e l'importo della sanzione. Così operando, lo sforzo economico sostenuto da ciascun competitor sarebbe uguale in relazione alle capacità economiche di ognuno. E pertanto, il principio di *par condicio* andrebbe adottato e applicato non in senso letterale, ma dinamico: parità di trattamento delle imprese in base alle reali possibilità economiche e sociali di ciascuna. La sanzione deve essere proporzionale e applicata nella medesima percentuale a ogni società in rapporto alle condizioni economiche di ognuna.

---

l'affermazione contenuta nella determinazione n. 1/2015, secondo cui “la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio” e la lettera dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs.163/2006, laddove questo prevede che l'operatore economico “è obbligato” al pagamento della sanzione.

Al riguardo la lettura fornita dall'Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015 si è imposta come doverosa sia per evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese sia in ossequio al principio di primazia del diritto comunitario, che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria anche in corso di recepimento. La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, infatti, prevede all'art.59, paragrafo 4, secondo capoverso, la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso sia dei requisiti generali sia di quelli speciali, senza il pagamento di alcuna sanzione».

<sup>67</sup>Art. 59, paragrafo 4, Direttiva 2014/24/UE:«L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura».

## 5. Il soccorso istruttorio e il principio di trasparenza.

Problematico appare altresì il rapporto tra la novella legislativa e il principio di trasparenza, in quanto il soccorso istruttorio come novellato non permette un effettivo e approfondito controllo sull'attività svolta dalla P.A. e sul corretto comportamento dei competitors. Ciò potrebbe favorire lo sviluppo di "zone franche", svincolate da qualsiasi verifica relativa ad eventuali arbitrarieità.

Inoltre, nel silenzio legislativo, non è chiara la collocazione temporale dell'attività di soccorso istruttorio: la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte? La fase di verifica del possesso dei requisiti a campione? Oppure la fase di controllo dell'integrità dei documenti e dei plichi<sup>68</sup>?

Sarebbe forse opportuno una modifica delle scansioni temporali, facendo seguire alla fase di presentazione delle domande, una fase di controllo e correzioni<sup>69</sup>. Il rischio nascosto è, però, quello di inondare l'amministrazione di offerte incomplete e lacunose.

Ma anche con riferimento a tale problema vi sarebbe una soluzione: l'introduzione di una norma che sanziona gli abusi di cui sopra.

Un rischio siffatto sembra necessario per evitare il formalismo che da sempre occlude i procedimenti di gara non permettendo la libera concorrenza e l'individuazione delle offerte migliori.

Inoltre, con riferimento al principio di trasparenza, occorre ricordare la decisione della Corte di Giustizia<sup>70</sup> richiamata in narrativa che afferma che le parti debbano presentare la documentazione richiesta nei limiti e nei modi previsti dalla legge e dal bando di gara. Invero, secondo il giudice europeo, ammettere una regolarizzazione successiva implicherebbe la violazione dell'obbligo di trasparenza in quanto potenzialmente idoneo a generare illegittimi favoritismi<sup>71</sup>.

Conseguentemente tutte le modalità del procedimento devono essere formulate in maniera chiara, precisa nel bando di gara permettendo agli offerenti di essere informati e alla stazione appaltante di controllare la regolarità delle offerte<sup>72</sup>.

Il giudice europeo sottolinea, inoltre, il fatto che spetti "all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati"<sup>73</sup>. Pertanto, la stessa è tenuta ad escludere

---

<sup>68</sup> R. De Nictolis, «La riforma del codice appalti», in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8/9, 2014, p. 873 ss.

<sup>69</sup> Cfr. B. Giliberti, «La tassatività delle clausole di esclusione l'art. 46 comma i bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma - The stringency of the public tender procedures exclusion clauses pursuant to par. 46.1 of the legislative decree no. 163 dated as of april 16, 2006: outcome of a law reform», in *il foro amministrativo t.a.r.*, fasc. 3/2013, p. 1057 ss.

<sup>70</sup> Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13.

<sup>71</sup> Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13, punto 44: «Da un lato, infatti, il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarieità da parte dell'autorità aggiudicatrice». In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza Commissione / CAS Succhi di Frutta, C-496/99.

<sup>72</sup> Cfr., Corte di Giustizia, sentenza Commissione / CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, punti da 108 a 111.

<sup>73</sup> Cfr., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza Manova, C-336/12, , punti 39 - 40: «Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere che i dati contenuti in tale fascicolo siano corretti o completati in maniera puntuale, purché tale richiesta riguardi elementi o

dalla gara un concorrente che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione sia prevista nel bando a pena di esclusione. Tale obbligo per la stazione appaltante deriva dall'obbligo di trasparenza in quanto norme fondamentali del Trattato FUE<sup>74</sup> e ai sensi dell'art. 2, direttiva 2004/18<sup>75</sup>.

La decisione in parola, quindi, sembrerebbe privilegiare il dato formale e non sostanziale, comportando, pertanto, forse un "deficit" della novella italiana con riferimento al principio in esame. Sarebbe, perciò, auspicabile l'introduzione di procedimenti atti al controllo da parte di tutti i concorrenti dell'attività di soccorso istruttorio posta in essere dall'amministrazione.

*Punctum dolens*: l'introduzione di ulteriori fasi di verifica comporterebbe un ulteriore aggravio del procedimento di cui, invece, si vuole operare una semplificazione.

Tuttavia, occorre precisare che la decisione *de quo* della Corte di Giustizia riguarda soprattutto i criteri individuati nel bando di gara e non quelli individuati *ex lege*.

La stessa Corte afferma che le parti debbano presentare la documentazione richiesta "nei limiti e nei modi previsti dalla legge e dal bando di gara". In altre parole, secondo la Corte non si violerebbe il principio di trasparenza qualora la legge stessa permettesse una dilazione temporale di integrazione e regolarizzazione delle domande. Ma proprio in ciò si sostanzia il "nuovo soccorso istruttorio a pagamento": in una integrazione successiva. Pertanto la novella apportata dal legislatore è da ritenersi conforme al principio di trasparenza.

## 6. Riflessioni finali.

Conclusivamente a giudizio di chi scrive, appare necessario prediligere, in un momento di crisi economica globale, l'esigenza di individuare l'offerta più vantaggiosa senza il rischio che l'impresa proponente sia esclusa per mere carenze documentali nel momento di presentazione della domanda. Ciò contrasterebbe con i principi costituzionali sanciti all'art 97 Cost. e con i principi comunitari di efficienza, efficacia, libera concorrenza e *favor participationis*.

Infatti, ormai il rigore formale non è più considerato un presidio per il buon andamento dell'amministrazione, risultando, altresì, superata la differenziazione tra produzione di documento

---

dati, come il bilancio pubblicato, la cui anteriorità rispetto alla scadenza del termine fissato per presentare candidatura sia oggettivamente verificabile. Va tuttavia precisato che la situazione sarebbe diversa se i documenti dell'appalto richiedessero la comunicazione del documento o dell'informazione mancante sotto pena di esclusione. Infatti, spetta all'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati»; v., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Racc. pag. I-3801, punto 115.

<sup>74</sup> Cfr., Corte di Giustizia Europea, Sez. X, 6/11/2014 n. C-42/13, punto 49.

<sup>75</sup> Art. 2, direttiva 2004/18, intitolato «*Principi di aggiudicazione degli appalti*»: «Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza»; V. Capuzza, «*I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive Europee sui contratti pubblici*», in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

nuovo e integrazione del documento.<sup>76</sup>

La novella ha quindi scontato la deriva del concetto di *par condicio competitorum*, per favorire l'emergere delle offerte qualitativamente migliori.

La novella ha riportato al centro il confronto sulle qualità dei contenuti, mettendo in auge l'istituto del soccorso istruttorio. Invece, l'esclusione è divenuta l'estrema *ratio* a seguito del fallimento del tentativo di garantire la massima partecipazione e concorrenza alla gara<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> P. Cerbo, «Il soccorso istruttorio fra mere irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili», in *Urbanistica e Appalti*, 12/2014, p. 1288 ss.

<sup>77</sup> Cfr. B. Giliberti, «La tassatività delle clausole di esclusione l'art. 46 comma i bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma - The stringency of the public tender procedures exclusion clauses pursuant to par. 46.1 of the legislative decree no. 163 dated as of april 16, 2006: outcome of a law reform», in *il foro amministrativo t.a.r.*, fasc. 3/2013, p. 1057 ss.