

Buona fede e conformazione degli obblighi informativi a carico dell'impresa partecipante alla gara. I punti fermi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16/2020.

SOMMARIO. 1. La disciplina delle cause di esclusione: l'assenza di gravi illeciti professionali come condizione di partecipazione. – 2. Le autodichiarazioni dei privati sulla esistenza di requisiti che l'amministrazione deve valutare. – 3. La buona fede e l'emersione di obblighi informativi. – 4. Implicazioni della ricostruzione degli obblighi informativi sul fondamento dell'art. 1337. - 5. Punti fermi e possibili sviluppi.

1. *La disciplina delle cause di esclusione: l'assenza di gravi illeciti professionali come condizione di partecipazione.*

La disciplina delle gare di appalto presenta un tasso di irriducibile complessità, non solo per questioni legate ad una tecnica legislativa non sempre perspicua e per una mai risolta tensione tra rigidità ed elasticità della regolazione. La complessità si lega anche e più sostanzialmente alla circostanza che gli interessi da perseguire sono molti e a loro volta complessi.

Neppure è sempre chiaro come quegli interessi possano essere davvero perseguiti: quanto l'imparzialità nella gestione del rapporto con i concorrenti produca anche efficienza e quanto invece pregiudichi l'efficacia della selezione; quanto la considerazione dei concorrenti nel loro insieme impedisca di costruire un rapporto sufficientemente attento alle esigenze di ciascuno di essi e quale sia il giusto punto di equilibrio; quanto il formalismo tipico dell'ambiente della gara contribuisca alla tutela dell'interesse

pubblico all'ottenimento della migliore prestazione e quanto lo sacrifichi.

Nella disciplina delle cause di esclusione dalle gare¹ la complessità risalta con evidenza e le frizioni si acuiscono. Si manifesta, in essa, la scelta del legislatore di limitare l'accesso a chi, a causa di comportamenti o fatti pregressi e comunque maturati nel quadro di altri rapporti, non dia adeguate garanzie di integrità e affidabilità. Si tratta di una selezione che il legislatore impone di compiere alla stazione appaltante, in parte rimettendole una mera verifica di requisiti da accertare, in parte richiedendole l'apprezzamento di indici, così da valutare in concreto, tenuto conto delle circostanze del caso, se l'impresa risulti potenzialmente capace di eseguire adeguatamente gli obblighi derivanti da un eventuale contratto. Il momento dell'ammissione alla gara è dunque un momento nel quale il rapporto tra amministrazione e privati si fa teso: non è un caso che proprio sull'applicazione della disciplina delle esclusioni da sempre si concentri una parte importante del contenzioso in materia².

Uno dei frangenti più problematici riguarda l'esclusione degli operatori che abbiano commesso gravi illeciti professionali³, categoria cui la giurisprudenza ha ricondotto qualsiasi comportamento scorretto, ancorché non accertato in modo definitivo⁴, da intendersi quale comportamento collegato all'esercizio dell'attività professionale che viola un dovere posto da una norma giuridica civile, penale, amministrativa⁵. La formulazione è molto ampia, ancorché il legislatore si sia dato carico di indicare alcune fattispecie esemplificative⁶, perché non è definibile *ex ante* quali violazioni possano in concreto rilevare e quali no, anche in relazione alla specificità del contratto da aggiudicare.

Emersa la violazione, è onere dell'amministrazione valutare se

¹ Di cui all'art. 80 CCP.

² S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 81.

³ Art. 80, co. V, lett. c, CCP.

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 1° luglio 2020, n.4240. Su questo profilo si veda anche CGUE, 19 giugno 2019, C-41/18, *Meca srl c. Comune di Napoli*.

⁵ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 474.

⁶ Si vedano lett. c bis, ter e quater del co. V dell'art. 80 CCP.

essa sia connotata da gravità (l'esclusione può dipendere solo da illeciti professionali qualificabili come "gravi") e se sia tale da giustificare un giudizio di non meritevolezza (ai fini dell'esclusione dell'impresa, il grave illecito deve essere tale "da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità").

L'apprezzamento ha carattere evidentemente tecnico-discrezionale⁷, ma poggia su un processo decisionale definito che impone innanzitutto l'individuazione degli illeciti professionali da considerare, di cui l'amministrazione deve dar prova "con mezzi adeguati". Si innesta su questo una questione che in verità trascende la fattispecie, ma che, in essa, presenta una particolare criticità.

Il legislatore sottolinea l'onere, per la stazione appaltante, di dimostrare il presupposto in fatto del giudizio di inaffidabilità, secondo lo schema classico dell'obbligo di compiere istruttorie adeguate ai fini dell'adozione di provvedimenti lesivi della sfera giuridica individuale. Ma la gara non è una sede adeguata per compiere simili accertamenti: si apre così la questione del se e eventualmente della misura entro la quale si possa imporre al privato l'obbligo di rendere edotta l'amministrazione di fatti e circostanze, non *a priori* definibili, che possono risultare rilevanti rispetto a quella valutazione.

Il quadro giuridico è incerto, come anche la giurisprudenza è risultata su molti profili oscillante. La recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020⁸ offre però ora delle coordinate interpretative solide, che permettono di impostare il tema su una base ricostruttiva più chiara. E' dunque seguendo i passaggi che scandiscono quella decisione che si procederà a condurre l'analisi.

⁷ Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467.

⁸ La decisione riguarda un caso diverso da quello legato alla esclusione per gravi illeciti professionali, (si trattava di una procedura in cui una impresa era stata esclusa in conseguenza di una dichiarazione fatta circa il fatturato e considerata dall'amministrazione falsa). All'adunanza Plenaria è stata rimessa però in termini generali la questione relativa "«alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016»".

2. Le autodichiarazioni dei privati sulla esistenza di requisiti che l'amministrazione deve valutare.

L'art. 85 CCP richiede che gli operatori, al momento della domanda, autodichiarino l'inesistenza delle condizioni di esclusione alla gara. L'impresa si trova anche a dover dichiarare che non esistono cause di esclusione che non dipendono da meri accertamenti, ma da valutazioni: si trova a dichiarare, tra l'altro, di non avere commesso gravi illeciti professionali che possano mettere in dubbio la propria integrità o affidabilità.

Mentre l'autodichiarazione rispetto a requisiti oggettivi importa assunzione delle responsabilità conseguenti a un eventuale mendacio, vi è da chiedersi quale sia il senso della richiesta a un privato di dichiarare l'inesistenza di una clausola di esclusione che l'amministrazione può valutare in modo diverso da come egli ha valutato. Un senso che può rinvenirsi nella tendenza a richiamare i partecipanti a una specifica attenzione circa il rispetto delle regole della gara e dell'esecuzione, sul presupposto che, al di là degli effetti giuridici specifici di certi adempimenti, essi finiscono con il produrre un effetto auto-limitante, conformando in fatto i comportamenti dell'impresa. Ciò detto, rimane però da stabilire quali siano le conseguenze di valutazioni non convergenti, quali siano cioè le conseguenze del fatto che l'amministrazione ritenga che il requisito sia da valutare in modo diverso da quello in cui esso è stato valutato dal privato dichiarante e che, diversamente da quanto dichiarato, non ricorra.

E' da respingere l'idea che possano integrarsi in questo caso gli estremi della falsa dichiarazione, non estranea a certe prassi delle amministrazioni e che ha trovato alcuni spazi anche nella giurisprudenza⁹. D'altra parte, è vero che se l'amministrazione ritenga che gli illeciti commessi giustificano il giudizio di non meritevolezza e dunque se l'amministrazione arriva a una conclusione diversa da quella dichiarata dall'impresa, comunque si determina l'esclusione. Ma altro è essere esclusi per assenza di un requisito, altro è essere esclusi per avere presentato false dichiarazioni, sul

⁹ Così Consiglio di Stato sez. III, 26/ ottobre 2017, n.4950.

piano reputazionale, sul piano delle conseguenze rispetto a gare future e anche tenuto conto che la presentazione di false dichiarazioni, oltre ad avere implicazioni penali, importa l'immediata segnalazione ad ANAC per l'avvio di un procedimento sanzionatorio che può portare alla esclusione dalle procedure di gara per un periodo sino a due anni¹⁰.

Non si può dunque non ritenere un punto fermo ai fini della ricostruzione del tema la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16/2020, laddove essa osserva che la falsa dichiarazione può riferirsi solamente alla dichiarazione su dati di realtà, ovvero ad una «*situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso*» e non invece quando si tratti di valutazioni non condivise o conseguenti a errate interpretazioni¹¹.

Se infatti il senso della dichiarazione su una causa ostativa valutativa, come sopra detto, è quello di una autoanalisi preliminare da parte dell'operatore, cui segua eventualmente la scelta di non partecipare, e se dunque il senso della dichiarazione è quello di operare in forma essenzialmente dissuasiva e con il mezzo della *moral suasion*, non si può invece pretendere di ricavarne effetti giuridici ulteriori e impropri. E ciò vale anche ove il privato, eventualmente, faccia quella valutazione in modo negligente e irragionevole: la dichiarazione continua a non essere falsa e potrà essere sanzionata semmai in altro modo. Ma ciò porta alla seconda questione da affrontare, che attiene più direttamente agli obblighi di buona fede che investono le parti della trattativa.

¹⁰ Art. 80, co. XII, CCP.

¹¹ In questo senso, in precedenza, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040, secondo cui la dichiarazione è da intendersi falsa in quanto non siano state rappresentate "circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione"; si veda anche TAR Campania, Napoli, 24 giugno 2020, n. 2634, seppure sulla base della non convincente motivazione per cui l'ipotesi di esclusione per falsa dichiarazione di cui alla lettera f-bis) è "di stretta interpretazione perché derogatoria al generale principio di massima partecipazione alle gare d'appalto". La questione non sembra avere a che fare con l'interpretazione della fattispecie, ma con il fatto che la dichiarazione circa l'esito di una propria valutazione potrà essere non condivisibile o non corretta, ma non anche falsa.

3. La buona fede e l'emersione di obblighi informativi.

Ridimensionare il ruolo dell'autodichiarazione porta con sé il rischio di depotenziare la disciplina delle cause ostative alla partecipazione, poiché può non essere semplice per la stazione appaltante avere cognizione delle violazioni che possono giustificare l'esclusione degli operatori (o almeno poteva non esserlo, prima della creazione del casellario presso l'Osservatorio sui contratti di cui meglio si dirà poi). Di qui l'emersione e la precisazione, attraverso l'opera progressiva della giurisprudenza, dell'obbligo per i partecipanti di informare l'amministrazione dei fatti potenzialmente rilevanti nel giudizio che può portare alla loro esclusione. Si tratta di un obbligo gravoso, poiché l'impresa si trova a dover offrire tutti gli elementi perché l'amministrazione le possa impedire la partecipazione, peraltro individuato senza che vi fosse, in origine, una ricostruzione giuridica convincente.

La giurisprudenza meno recente ha dato di quell'obbligo una lettura di tipo pubblicistico, ancorandolo direttamente allo stesso art. 80, co. II, lett. c). In esso dovrebbe vedersi infatti "una norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione"¹², ovvero "qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione", "al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere". Il privato sarebbe dunque direttamente responsabilizzato circa il fatto che l'amministrazione possa svolgere istruttorie adeguate, contribuendo, in una discutibile logica collaborativa, alla legittimità dell'azione amministrativa. Al di là delle esigenze pratiche cui essa risponde, è però difficile condividere la tesi che si possa imporre al privato una prestazione personale, seppure nella forma dell'obbligo informativo, che abbia un riferimento normativo così evanescente¹³.

¹²Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n.3592.

¹³Anche la giurisprudenza che, in relazione agli obblighi dichiarativi relativi alle procedure comparative e di massa, ha richiamato i principi di buona fede, solidarietà e autoresponsabilità, lo ha fatto individuandone "il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato

Anche la giurisprudenza più recente sembra avere percepito l'esigenza di una diversa ricostruzione e, ferma sull'idea che non si possa lasciare al solo onere dell'amministrazione la ricerca dei fatti rilevanti ai fini del giudizio sulla integrità e affidabilità dell'operatore, ha però spostato l'attenzione sull'art. 1337 cc¹⁴, che impegna le parti della trattativa a comportarsi secondo buona fede. L'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 16/2020 ne ha tirato le fila, rilevando in effetti come l'obbligo si inserisca "nella logica relazionale del *"contatto sociale qualificato"* e abbia una "matrice propriamente *precontrattuale*", riconducibile "alla regola di condotta di cui agli artt. 1337 e 1338 del codice civile, che impone un generale (e, peraltro, reciproco) dovere di chiarezza e di completezza informativa". Si tratta insomma di un obbligo "di diritto comune", seppure connotato dalla "professionalità che si impone agli operatori economici che intendano accedere, in guisa concorrenziale, al mercato delle commesse pubbliche: la quale vale a conferire speciale ed autonomo rilievo, presidiato dalla sanzione espulsiva, alla omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

4. *Implicazioni della ricostruzione degli obblighi informativi sul fondamento dell'art. 1337.*

Il passaggio da una lettura di tipo pubblicistico, tutta centrata sulla specialità delle procedure di gara, ad una lettura di tipo privatistico, che fa leva sugli obblighi di diritto comune imperniati sulla buona fede che informa l'attività precontrattuale, contribui-

ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete" (Consiglio di Stato sez. III, 26 febbraio 2016, n.796).

¹⁴Spesso richiamato in endiadi con l'art. 1338 c; questa seconda disposizione, tuttavia, pur specificamente riferita ad obblighi informativi, non sembra attagliarsi al caso di specie, poiché l'informazione circa gli illeciti pregressi non ha ad oggetto una causa di invalidità, ma un elemento che l'amministrazione deve considerare al fine di adottare un atto legittimo e prima ancora opportuno.

sce a dare un fondamento più solido agli obblighi informativi. Risulta così in primo luogo superata l'obiezione della mancanza di una norma che espressamente ne preveda l'imposizione. Ma non è questa l'unica implicazione. La ricostruzione privatistica della buona fede nelle trattative offre infatti alcune coordinate che appaiono utili per una ricomposizione del tema: tre in particolare possono contribuire a precisare o ridefinire confini e contenuti dell'obbligo.

Innanzitutto, deve trattarsi di elementi la cui omessa comunicazione possa ritenersi colpevole. Ciò non perché la colpa sia un elemento che integra la responsabilità precontrattuale (la buona fede cui si riferisce l'art. 1337 è unanimemente considerata di carattere oggettivo), ma perché, nella ricostruzione civilistica¹⁵, l'obbligo informativo può esistere se e nella misura in cui il contraente diligente debba essere consapevole che l'informazione è rilevante ai fini della scelta sul se stipulare il contratto. Così già anche certa giurisprudenza amministrativa, espressamente confermata dall'Adunanza Plenaria, che ha condivisibilmente osservato come "una ricostruzione *a posteriori* degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole"¹⁶. Sembrerebbe potersi però anche concludere, contrariamente a quanto talora statuito¹⁷, che occorra altresì considerare l'importanza del fatto omesso e alla sua eventuale natura trascurabile o bagatellare. Insomma, "l'informazione omessa [deve essere] tale da ragionevolmente indurre la consapevolezza da parte del concorrente di doverla dichiarare e che poi essa sia valutata negativamente dalla stazione appaltante"¹⁸.

¹⁵A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur e dir. priv.*, 2017, 1136.

¹⁶ Cons. stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937; sez. V, 6 luglio 2020, n. 4316.

¹⁷ In questo senso Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n.5811, secondo cui "il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi".

¹⁸ TAR Piemonte, sez. I, 22 ottobre 2020, n. 623.

In secondo luogo, nella logica della buona fede (reciproca) l'obbligo di una parte di informare deve anche essere contenuto dal corrispondente obbligo dell'altra parte di informarsi. Anzi, si può arrivare a dire che quell'obbligo esiste solo rispetto a elementi che non appartengono alla sfera di conoscibilità dell'altro e che questi, pur adoperandosi con l'ordinaria diligenza, non potrebbe ottenere¹⁹. La limitazione risulta particolarmente rilevante tenendo conto della istituzione del casellario presso l'Osservatorio sui contratti pubblici²⁰, liberamente consultabile dalla stazione appaltante sin dalle prime fasi della procedura e fonte di dati conoscibili. Non si può infatti considerare violazione del principio di buona fede la mancata evidenziazione di ciò che potrà agevolmente emergere durante la procedura, talora al momento stesso dell'esame della domanda di partecipazione ai fini dell'ammissione²¹. Anzi, il progressivo popolamento casellario non potrà che portare ad una analogamente progressiva erosione degli obblighi informativi e a un salutare superamento del tasso di incertezza che quell'obbligo introduce.

In terzo luogo, occorre tenere di conto che l'art. 1337 è una norma sulla responsabilità, che non rileva sul piano della validità

¹⁹I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.* 2004, 738, il quale indica "l'onere di diligenza come 'limite' all'estensione dei doveri informativi di una parte nei confronti dell'altra".

²⁰ Art. 213, co. X, CCP. Si veda anche l'art. 8 Reg. Anac 6 giugno 2018, Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'art. 9 prevede anche che queste informazioni siano accessibili entro certi termini agli operatori che partecipano ad una procedura di gara, i quali possono così "visionare la posizione di tutti i partecipanti".

²¹A più, al più si potrà pretendere menzione di quei dati nella autodichiarazione a fini di snellimento della procedura, ma la eventuale violazione di un obbligo di anticipare informazioni che comunque emergeranno, che non si radica nella buona fede codicistica e che dovrebbe derivare dalla *lex specialis* della procedura, non può assurgere al livello di gravità richiesto per rendere rilevanti gli illeciti professionale. Neppure potrebbe essere riferito alla causa di esclusione di cui alla lett. c bis, nella parte in cui menziona la fattispecie della omissione di "informazioni dovute", posto che, in questo caso, quelle informazioni non sarebbero dovute "ai fini del corretto svolgimento della procedura", bensì per ragioni meramente organizzative.

degli atti: non perché sono stati violati gli standard di condotta legati alla buona fede, l'atto in cui sfocia la trattativa è invalido. Riferita questa considerazione alla fattispecie della gara, si può trarre da essa l'implicazione per cui non vi è alcuna relazione diretta tra il comportamento tenuto dall'operatore e la scelta che l'amministrazione è chiamata a fare circa la sua ammissione alla gara. Conseguentemente non può essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva l'esclusione automatica dell'operatore che non avesse fornito le informazioni necessarie affinché l'amministrazione potesse decidere in base ad un quadro completo di elementi²². Piuttosto l'omissione rileva in quanto ascrivibile essa stessa al *genus* degli illeciti professionali, che può mettere in discussione, in uno con le violazioni non comunicate, la correttezza dell'impresa (e dunque come fatto su cui può in tutto o in parte, fondarsi un giudizio di esclusione).

Anche su questo l'Adunanza plenaria ha fatto chiarezza, armonizzando l'emersione di un obbligo che si gioca sul piano del rapporto tra due parti in trattativa con la disciplina della gara; ne ha ricavato che è demandata all'amministrazione la responsabilità di stabilire se il comportamento di chi abbia omesso di fornire informazioni rilevanti incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità, secondo una valutazione ad essa riservata e che, ove mancante, il giudice non può fare. E ciò porta a respingere anche quella giurisprudenza che, aderendo alla linea interpretativa consolidata secondo cui gli illeciti professionali rilevano se relativi ai tre anni precedenti la dichiarazione, considera che, in caso si di-

²²Consiglio di Stato sez. III, 26 ottobre 2017, n.4950; Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n.5811; T.A.R. Sardegna, sez. II, 17 giugno 2020, n.349. Significativa, in quest'ottica, l'affermazione per cui "nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o, come nel caso qui in trattazione, incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara" (così Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550). In senso contrario, sulla esplicita premessa di voler superare questo orientamento, Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n.3718.

scuta di una condanna, rilevi il momento dell'adozione del provvedimento da parte del giudice e non quello di commissione del fatto²³, partendo da un'idea punitiva della esclusione che non è aderente al suo tratto invece funzionale al giudizio sul soggetto partecipante.

5. Punti fermi e possibili sviluppi.

Le coordinate che si rinvergono nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 costituiscono insieme un punto di approdo e un punto di partenza rispetto ai nodi problematici relativi alla posizione delle parti nel procedimento di gara.

E' un punto di approdo l'approccio interpretativo, che, consolidando e sviluppando elementi già *in nuce* presenti nella giurisprudenza relativa ad altri aspetti della fase della aggiudicazione²⁴, riconosce nella gara pubblica l'esistenza di una dimensione legate al rapporto tra soggetti che contrattano e che, al di là della logica del potere e della soggezione, assumono obblighi di reciproca protezione²⁵. Ne risulta valorizzato il richiamo dell'art. 30 del codice dei contratti alla legge sul procedimento amministrativo, alle disposizioni del codice civile e al principio di buona fede cui l'una e le altre fanno riferimento²⁶.

²³Così Consiglio di Stato sez. III, 5 settembre 2017, n.4192. Ciò anche considerando che il termine è stato individuato perché fatti troppo datati non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico (Consiglio di Stato sez. V, 5 agosto 2020, n.4934): ma appunto l'indice di inaffidabilità è connesso alla commissione del fatto e non al fatto della condanna.

²⁴ Soprattutto in relazione alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che in forza dei "doveri di correttezza e buona fede, di cui è espressione l'art. 1337 c.c." è tenuta a "rendere al partecipante alla gara in modo completo e tempestivo tutte le informazioni necessarie e sufficienti a salvaguardare la sua posizione" (Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894); si veda anche Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

²⁵ C. M. BIANCA, Diritto Civile. L'obbligazione, 4, Milano, Giuffrè, 1993, 86 ss..

²⁶Quanto alla legge 241/1990, il riferimento alla buona fede è stato inserito, nell'art. 1, dalla l. n. 120/2020.

E' anche un approdo la spinta verso la deformalizzazione della gara, che ha bisogno del riconoscimento degli spazi valutativi tipici della trattativa, anche rispetto al giudizio sulla persona del potenziale offerente, al di là di automatismi che ammettono e escludono senza che questo per forza corrisponda ad un effettiva condizione di inadeguatezza di chi vuole partecipare. D'altra parte, l'eccesso di formalismo può impedire all'amministrazione la funzione di *"creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino"*²⁷. E questa esigenza, al di là del tratto un po' enfatico del modo in cui è espressa, va sempre tenuto presente.

Ancora più interessanti sono però gli sviluppi che l'Adunanza Plenaria sembra porre le basi per prefigurare: in via operativa, infatti, la messa in rapporto degli obblighi dell'una parte con gli obblighi dell'altra, sembra potere contribuire a un ridimensionamento della portata degli obblighi dichiarativi dell'impresa, confinandone il rilievo ai casi in cui essi assolvono davvero a quella funzione di integrazione di un quadro di elementi conoscitivi che l'amministrazione, responsabile in prima battuta della completezza dell'istruttoria, non può ragionevolmente acquisire.

Si potrà obiettare che in questo modo si rischia di minare l'efficacia delle norme sull'esclusione, poiché l'impresa, di fronte alla consapevolezza della mancanza di automatismi espulsivi in caso di inadempimento, potrebbe essere indotta a comportamenti opportunistici, accettando un rischio che risulta depotenziato. Questo però non è per nulla certo. Il fatto di rendere più proporzionata la reazione all'omissione informativa, sia nel senso di ridefinire il contenuto dell'obbligo, sia nel senso di imporre una valutazione in concreto del suo rilievo rispetto all'affidabilità del contraente, non implica affatto lasciarne non sanzionata l'inosservanza: significa solo sanzionarla in quanto e nella misura in cui sia una violazione non trascurabile. Ma, al di là di questa considerazione in fatto, ragionare sulla falsariga della deterrenza contraddice il fondamento normativo dell'obbligo di informare, che non

²⁷Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

ha, come talora invece sembra emergere anche dalla giurisprudenza, una coloritura punitiva ma che è, al suo contrario, un obbligo di collaborazione in funzione di tutela dell'interesse dell'altro.

