



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La tassatività delle cause di esclusione ed il soccorso istruttorio negli appalti pubblici: *ratio essendi e modus procedendi*

di Mariagiulia Argentino*

Sommario

1. Premessa; 2. La tassatività delle cause di esclusione. – 2.1. (segue). L'art. 46, comma 1 bis, nella giurisprudenza. – 3. Il soccorso istruttorio. – 3.1. (segue). Limiti alla regolarizzazione documentale. 4. Prime riflessioni alla luce della sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

La scelta di una tematica, quale *“La tassatività delle cause di esclusione ed il soccorso istruttorio negli appalti pubblici”*, trova la propria ragione nell'incertezza applicativa derivante dalle modifiche apportate dal cd. *Decreto Sviluppo*¹ al Codice dei contratti pubblici.

La citata novella legislativa racchiude in sé il perseguimento di varie finalità, fra le quali: la riduzione dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche, la semplificazione delle procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, la ga-

ranza di un più efficace sistema di controllo e la riduzione del contenzioso².

Tra queste va indubbiamente annoverata quella relativa all'art. 46 del citato D. Lgs. 163/2006³,

² Cfr. A. MASSERA, *La pressione sul codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10/2011, 1059 e ss..

³ Art. 46 – *Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*

(In vigore dal 14 maggio 2011)

1. *Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.*

1-bis. *La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di*

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

¹ *Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, introdotto dal Decreto Legge n. 70 del 13 maggio 2011, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 106 del 12 luglio 2011.

nella parte in cui è stata sostituita la rubrica della norma (inserendovi il principio di tassatività delle cause di esclusione) ed è stato aggiunto il comma 1 *bis* (contenente le singole ipotesi di esclusione).

A ben vedere, si tratta di modifiche che non eliminano né riducono la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'individuare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara. Tali requisiti – generali o speciali – costituiscono, infatti, presupposti di natura sostanziale per la partecipazione e per l'esecuzione stessa del contratto d'appalto, ai sensi dell'articolo 2 del Codice.

Quest'ultimo, nel sancire i principi che governano l'attività contrattuale della P.A., in aderenza al dettato costituzionale (*rectius*: art. 97 Cost.), dispone che: *“L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”*.

Conseguentemente, in considerazione della finalità pubblicistica alla quale sono preordinati i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (*ex art. 97 Cost. cit.*), al loro rispetto non è tenuta solo la stazione appaltante, ma anche coloro che intendono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, sui quali incombe l'obbligo di presentare offerte che (al di là del loro profilo tecnico-economico) devono avere le caratteristiche della completezza, completezza, serietà, indipendenza, segretezza.

segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

Solo in tal modo è assicurato quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui può giungersi ad individuare il miglior contraente possibile.

Pertanto, il difetto dei requisiti sostanziali di partecipazione (e, cioè, delle caratteristiche di onorabilità e professionalità necessarie per contrarre con la P.A.) si traduce, necessariamente, nel mancato adempimento delle prescrizioni imposte dalla vigente legislazione e comporta l'esclusione dalla procedura di gara.

Ne deriva che le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, possono fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione – diversi dai requisiti di ordine generale – purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza⁴.

Ritornando al novellato art. 46 del Codice può quindi evidenziarsi la duplice finalità sottesa alla norma e perseguita dal legislatore.

In dettaglio.

Da un lato, è stata limitata la discrezionalità dell'Amministrazione in fase di redazione dei bandi e di determinazione delle cause di esclusione⁵, dall'altro, è stato ampliato l'ambito di esercizio del cd. “potere di soccorso” della stazione appaltante.

Al riguardo, appare evidente che ciascuna delle citate finalità è riconducibile alla generale ten-

⁴ Cfr. pareri AVCP 2 aprile 2009 n. 39 e 19 giugno 2008 n. 188.

⁵ Cfr. in tal senso, TAR Liguria, Genova, Sez. II, 22 settembre 2011, n. 1389, secondo cui: *“L'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che prevede il principio della tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P. A., pur non essendo stato formulato in maniera chiarissima, sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma, condotta secondo criteri sistematici, induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi (...)”*.

denza di “dequotazione” delle irregolarità formali (nelle quali l’Amministrazione e i privati possono incorrere nel concreto svolgersi del procedimento), già affermatasi nella disciplina generale del processo amministrativo e riprodotta con decisione anche nei procedimenti relativi agli appalti pubblici⁶.

Si tratta di una questione fortemente avvertita sia in dottrina che in giurisprudenza, al punto da investire l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ che (in ultimo) si è pronunciata con la recentissima sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014. I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti affrontato una serie di questioni, tra le quali: la retroattività del principio di tassatività delle cause di esclusione⁸ ed il concreto atteggiarsi del potere di soccorso istruttorio sussistente in capo alla Stazione Appaltante.

L’attualità della tematica e la conseguente centralità nella disciplina degli appalti pubblici giustificano quindi la scelta di tale argomento.

Sebbene la concreta finalità sottesa al presente lavoro non permetti il dovuto approfondimento richiesto, si è cercato di delineare gli aspetti essenziali che l’intensa produzione giurisprudenziale ha fatto affiorare, senza tuttavia tralasciare il dato normativo e la prassi applicativa.

L’approccio metodologico è quindi prettamente giurisprudenziale, ma non mancano inquadramenti normativi e spunti dottrinali relativi agli istituti in esame.

⁶ Il collegamento della disposizione con il divieto di aggravamento del procedimento posto dalla legge sul procedimento è evidenziato dal Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza del 12 ottobre 2011, n. 4496: “(...) Considerato che l’impugnata esclusione e la presupposta clausola della legge di gara – fondate sulla carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell’offerta – appaiono in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall’art. 18, l. n. 241 del 1990 e non integrano una delle cause legali tassative che legittimano l’esclusione da gare di appalto”.

⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, ordinanza n. 2681.

⁸ Come introdotto dal citato D.L. n. 70 del 2011.

Preliminarmente verrà trattato il principio di tassatività delle cause di esclusione (soffermandosi brevemente sul concreto atteggiarsi della novellata disposizione codicistica nella giurisprudenza amministrativa), per poi esaminare il cd soccorso istruttorio (e la concreta operatività nel Codice degli appalti), approdando, infine, alla recentissima statuizione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014, che, enunciando una serie di importanti principi di diritto in materia di appalti pubblici, offre uno spunto fisiologico per una *reconductio ad unitatem*.

2. La tassatività delle cause di esclusione

È ben noto che le procedure di gara costituiscono un ambito di confronto non solo teorico⁹, ma anche di quotidiano ed urgente rilievo pratico.

Si tratta di un settore di primaria importanza economica, stante l’interesse dimostrato dal legislatore comunitario (e con esso dalla giurisprudenza) finalizzato ad assicurare la massima possibilità di confronto tra operatori economici. Tanto comprova la costante attenzione che il legislatore italiano ha dedicato a tale settore, re-
pendendo di volta in volta le direttive comunita-

⁹ Le procedure di pubblica evidenza per l’assegnazione di contratti di amministrazioni ed altri soggetti aggiudicatori costituiscono crocevia di ricostruzioni del diritto amministrativo profondamente differenti. Alla tesi, diffusamente accolta, della natura unilaterale ed autoritativa degli atti di gara, si contrappone la convinzione per cui l’essenza della relazione tra stazioni appaltanti e contraenti privati nella fase antecedente la stipula del contratto possa essere esaurientemente colta mediante il rinvio alle nozioni civilistiche di diritti e responsabilità precontrattuali. La tesi provvedimentale è condivisa anzitutto dalla giurisprudenza in maniera sostanzialmente unanime (cfr. Cass., SS. UU., 12 febbraio 2010 n. 3238; Cons. St., sez. III, 20 giugno 2012, n. 3604).

In dottrina, il tema della posizione del cittadino nell’ambito delle procedure selettive delle amministrazioni pubbliche è stato recentemente ripreso da: L. BERTONAZZI, *La tutela dell’affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. ammin.*, 2010, 67.

rie in materia ed operando ciclicamente interventi più o meno ampi di riforma.

Tra questi (come detto) figura l'introduzione, nel corpo dell'art. 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006, del c.d. principio di tassatività delle clausole di esclusione¹⁰.

Si tratta del comma 1 *bis*, secondo cui: *“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 irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte”*.

Il comma in esame si conclude con l'espresso riconoscimento della tassatività delle clausole di esclusione, laddove è stabilito che: *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

La *ratio* ispiratrice della disposizione è agevolmente rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali.

Da questo punto di vista, la norma costituisce il punto di approdo di un *iter* interpretativo (già intrapreso dalla giurisprudenza) che può essere riassunto nel divieto di aggravare il procedimento con oneri formali non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente.

¹⁰ Introdotto con la novella dell'art. 4, comma 2 lett. d), D.L. n. 70 del 13 maggio 2011, convertito, con modificazioni, nella L. n. 106 del 12 luglio 2011.

Tale orientamento ha condotto, anche prima delle modifiche introdotte dal D. L. n. 70/2011, a ritenere illegittime le esclusioni disposte in assenza di una chiara previsione della *lex specialis* di gara, nonché ad affermare il canone dell'“utilità” delle clausole che (connesso alla necessità di evitare inutili appesantimenti della procedura di gara) è stato ritenuto un metodo operativo irrinunciabile nell'ambito della contrattualistica pubblica¹¹.

Con il nuovo comma 1 *bis* dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione viene ancorata non più all'espressa previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità e ragionevolezza della clausola violata, ma ad un giudizio preventivo e generale che si esprime (una volta per tutte) con la codificazione di regole puntuali da parte del legislatore e con la redazione dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità.

Ma vi è di più.

La sanzione di nullità¹², in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, induce a ritenere che le clausole di bandi e lettere invito (che prevedano cause di esclusione non consentite) siano automaticamente ineffica-

¹¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245.

¹² Sulla nullità nel diritto amministrativo, sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, Foro Amministrativo, Rivista del C.d.S., 2007, 1657 ss..

Per una valutazione del significato e della portata della nullità dell'art. 46 *bis* nella sistematica complessiva delle procedure di pubblica evidenza cfr. R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare*, in *Urbanistica & Appalti*, 2012, 95 ss. in cui si legge che: «Il riferimento alla nullità implica l'obbligo del seggio di gara di disapplicare per previsioni del bando o del disciplinare che siano in contrasto con la disposizione di legge senza attendere, e a prescindere, da un intervento giurisdizionale, e richiama il regime della nullità proprio del codice del processo amministrativo e, in tal ambito, anche la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice».

In termini si legga anche G. VIRGA, *Il divieto di «caccia all'errore» nelle gare, previsto dall'art. 46 comma 1-bis, del codice degli appalti*, in www.LexItalia.it, 2011, n. 9.

ci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Se, tuttavia, la citata nullità non incide sulla giurisdizione (atteso che sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a., estesa ai diritti soggettivi e alle nullità), di contro essa influisce sul regime e sui termini di impugnazione.

Al riguardo basti ricordare che, in base al codice del processo amministrativo (*rectius*: D. Lgs. 104/2010), la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge deve essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni.

Ed ancora, la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice (*ex art. 31, comma 4, c.p.a.*). Correlativamente, l'introduzione del principio di tassatività vale a sancire *ex lege* il divieto per le stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusione legate ad irregolarità formali difformi o aggiuntive rispetto a quelle previste dalle norme applicabili ed individuate nei bandi-tipo, pena la nullità delle stesse e fatte salve le limitate e motivate ipotesi di deroga ammissibili.

Il citato comma 1 *bis* richiede tuttavia la lettura in combinato con altra norma modificata dal legislatore della riforma ovvero con il comma 4 *bis* dell'art. 64 (stesso codice), secondo cui: *"I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all' articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo"*.

Le due disposizioni vanno esaminate congiuntamente, al fine di delineare un quadro normativo scevro da incertezze interpretative.

La redazione dei bandi-tipo consente, infatti, di supplire alla mancanza di una norma ricognitiva della violazioni comportanti l'esclusione dal-

le gare e costituisce pertanto un parametro certo, con cui misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti, tenute a motivare espressamente le deroghe alle previsioni dei bandi tipo.

Si tratta, inoltre, di uno strumento flessibile che, opportunamente emendato nel tempo, permette di recepire eventuali modifiche normative ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con rilevanti benefici in termini di riduzione del contenzioso.

In base al combinato disposto delle norme citate può ritenersi che siano nulle le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongono un dato adempimento ai partecipanti a pena di esclusione senza una specifica copertura nella normativa vigente, mentre, al contempo, sono legittime le cause di esclusione derivanti dalla normativa vigente in tema di contrattualistica pubblica e dettagliatamente individuate nei bandi-tipo.

Quanto precede ha anche specifiche implicazioni sul potere di deroga che, rispetto ai bandi tipo, è riconosciuto dalle stazioni appaltanti dal citato art. 64 del Codice.

Deve ritenersi che la deroga non possa in alcun caso comportare l'introduzione, nei bandi di gara, di una prescrizione posta a pena di esclusione e non derivante da norme di leggi vigenti, in quanto opererebbe, in tal caso, la sanzione della nullità *ex art. 46, comma 1 bis*. Di conseguenza, lo spazio di operatività della deroga dovrebbe essere ricondotto all'ipotesi di cause di esclusione che, pur derivanti dalla normativa applicabile, non fossero contemplate nei bandi-tipo (ad esempio perché previste da disposizioni successive alla adozione dei modelli).

2.1. (segue). L'art. 46, comma 1 bis, nella giurisprudenza

Dopo aver ricostruito il mutato quadro normativo, occorre esaminare il *modus* attraverso il quale la giurisprudenza ha declinato la riforma nel concreto delle singole fattispecie.

Tale esegesi si attesta attraverso l'individuazione di alcune massime di principio.

Si rinviene sovente l'indicazione per cui, con la riforma che ha introdotto l'art. 46, comma 1 *bis*, il legislatore nazionale — in coerenza con i dettami comunitari — ha deciso di dare massimo impulso al principio della prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, in particolare escludendo che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate¹³.

Vuol dirsi che la norma conterrebbe un principio di antiformalismo, finalizzato a radicare la competizione su profili sostanziali, quali i contenuti qualitativi delle offerte¹⁴.

Di qui declinazioni particolarmente ortodosse della riforma, come quella secondo cui, tra le esegesi possibili, andrebbe privilegiata quella

che limita l'applicazione della sanzione escludente ai soli casi previsti dalla legge; sicché le stazioni appaltanti, a fronte della violazione di prescrizioni di norme primarie o del regolamento non corredate dall'espressa menzione dell'esclusione, non potrebbero mai disporla¹⁵.

Questa posizione è stata spesso applicata nell'ambito dei contenziosi aventi ad oggetto l'esclusione per mancata presentazione in gara della cauzione provvisoria¹⁶, ma ha favorito an-

¹³ Cfr. *ex pluribus*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 ottobre 2011, n. 7785: "La normativa in materia di contratti pubblici esprime sempre più la prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, come può evincersi dalla recente modifica dell'art. 46, d. lgs. n. 163 del 2006, cui il d. l. 13 maggio 2011 n. 70 ha aggiunto il comma 1 bis, che, nell'escludere che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, rafforzandosi, viepiù, il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma".

¹⁴ Cons. di Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5639: "La ratio dell'art. 46, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 è da individuarsi nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto al fine di evitare che il loro esito possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti, in un'ottica intesa quindi al contemperamento di principi talvolta in antitesi, come quello del *favor participationis* e quello della *par condicio* tra i concorrenti; detta disposizione va pertanto intesa nel senso che l'Amministrazione deve disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione".

¹⁵ Cfr. TAR, Toscana, sez. I, 6 settembre 2012, n. 1536: "Un'interpretazione sistematica dell'art. 46, d. lgs. n. 163 del 2006, come novellato dall'art. 4 comma 2 lett. d), d. l. n. 70 del 2011, induce a ritenere che il legislatore abbia inteso limitare l'applicazione della sanzione escludente ai soli casi previsti dalla legge, comprendendo in questa dizione sia il codice dei contratti pubblici che altre leggi, e dal regolamento attuativo del codice medesimo. In altri termini le stazioni appaltanti, a fronte della violazione di prescrizioni contenute in tali fonti normative, non possono disporre l'esclusione se queste ultime non lo prevedono. In tal modo l'applicazione della sanzione espulsiva dalle procedure di gara è limitata ai casi espressamente previsti da dette fonti normative (tassatività delle cause di esclusione) impedendo alle stazioni appaltanti di stabilirne ulteriori, a pena di nullità.[...] Quanto alla produzione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare di appalto ai sensi dell'art. 46, d.lgs. 163/06, come novellato dall'art. 4 comma 2 lett. d), d.l. n. 70 del 2011, l'esclusione deve essere disposta dalla stazione appaltante con riferimento al concorrente che omette del tutto di presentare la dichiarazione medesima (derivante dai termini perentori per la produzione dell'offerta e della domanda di partecipazione contenuta nel d.lgs. 163/06 e, più a monte, nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e a tale fattispecie equivale la presentazione di una dichiarazione in bianco), nonché al concorrente che produce una dichiarazione non veritiera in applicazione dell'art. 79, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 44 e dell'art. 75, d.P.R. n. 445 del 2000. Negli altri casi, come anche in quello di dichiarazione parzialmente incompleta, deve essere richiesta la regolarizzazione in espletamento del potere (*rectius*: dovere) di soccorso istruttorio e pertanto non può considerarsi legittima l'esclusione". In termini TAR, Valle d'Aosta, sez. I, 23 gennaio 2012, n. 6, nonché TAR, Basilicata, sez. I, 11 agosto 2012, n. 393.

¹⁶ Sulla cauzione provvisoria cfr. Cons. di Stato, sez. III, 1 febbraio 2012 n. 493: "E' illegittima l'esclusione dalla gara della concorrente che abbia presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dal bando di gara. Infatti l'art. 46 comma 1 bis, del codice dei contratti, ha previsto la tas-

che la riammissione in gara di partecipanti esclusi, ad esempio, per presentazione di documentazione incompleta, come nel caso di mancata presentazione delle referenze bancarie¹⁷.

Analogamente, errori commessi nella presentazione della documentazione di avvalimento, sono stati ritenuti sanabili per assenza di una previsione espressa di esclusione¹⁸.

satività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal 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 irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione". Così anche TAR, Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376.

¹⁷ Cfr. TAR, Abruzzo, Pescara, sez. I, 9 novembre 2011, n. 632: *"E' illegittima l'esclusione dalla gara del concorrente per omessa allegazione tra la documentazione inviata delle referenze bancarie richieste dal disciplinare di gara. Infatti l'art. 46 comma 1-bis, d. lgs. n. 163 del 2006 ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P.A. ed è quindi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi con esclusione di ogni altra causa di esclusione a pena di nullità. Pertanto nel caso di specie poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti, non sembra rientrare anche la mancata presentazione delle referenze bancarie, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, in ipotesi, avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione mancante"*.

¹⁸ Per quanto attiene alla giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 46 comma 1 bis all'istituto dell'avvalimento si veda TAR, Lazio, Latina, sez. I, 7 giugno 2012, n. 448: *"È illegittima l'esclusione da una procedura concorsuale per carenza, nella domanda di partecipazione, delle dichiarazioni ex art. 49 comma 2 lett. b) ed e), ove il contenuto di queste possa univocamente desumersi da altra dichiarazione resa dal candidato, ferma restando per l'Ente la possibilità, in caso di dubbi od incertezze, di richiedere ulteriori precisazioni, nei limiti di cui all'art. 46, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163; affinché le disposizioni in materia di avvalimento siano rispettate è ne-*

Si tratta, tuttavia, di un orientamento che ad oggi non può certo dirsi prevalente.

In giurisprudenza, infatti, si rinviene anche l'idea per cui, pur nel silenzio del legislatore,

cessario: a) che la documentazione presentata dimostri l'esistenza di un vincolo negoziale tale da consentire all'impresa ausiliata di avvalersi delle risorse, di cui è priva, che le mette a disposizione l'impresa ausiliaria; b) che l'impresa ausiliaria assuma il relativo impegno non solo nei confronti dell'impresa ausiliata, ma anche nei confronti della stazione appaltante; c) infine, che l'impresa ausiliaria renda le dichiarazioni richieste in punto di possesso dei requisiti generali e di non partecipazione in qualsiasi altra forma alla gara".

Si veda, peraltro, TAR, Lombardia, Brescia, sez. II, 10 maggio 2012, n. 209, secondo cui: *"L'art. 46 comma 1 bis da un lato elenca le tipologie di cause di esclusione ammissibili (violazione di legge e in particolare delle prescrizioni del codice e del regolamento dei contratti pubblici, omissioni che determinano incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, assenza del requisito dell'integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi che possano in concreto pregiudicare la segretezza delle offerte), e dall'altro colpisce con la sanzione della nullità le clausole della lex specialis che introducano ulteriori ipotesi di esclusione; [...] dunque non può essere disposta l'esclusione se il risultato stabilito dall'avviso di gara (in questo caso la produzione di informazioni sui requisiti di partecipazione) è raggiunto con formalità diverse da quelle prescritte; [...] nello specifico non sono state prodotte le certificazioni di buon esito dei servizi prestati negli ultimi tre anni (punto III.2.3.a dell'avviso di gara), ma da un lato l'omissione non è specificamente sanzionata con l'esclusione, e dall'altro una clausola di esclusione si porrebbe in contrasto con l'art. 46 comma 1-bis, d. lgs. n. 163 del 2006, trattandosi di un elemento che può essere acquisito anche successivamente alla domanda di partecipazione senza alterare la par condicio; [...] la circostanza che nelle dichiarazioni delle imprese ausiliarie manchi un riferimento espresso alla stazione appaltante non significa che le suddette imprese non si impegnino anche verso quest'ultima. In realtà le dichiarazioni richiamano l'oggetto dell'appalto e quindi sono chiaramente funzionali a consentire la partecipazione alla gara, assumendo per ciò stesso il valore di impegno unilaterale nei confronti della stazione appaltante; [...] per quanto riguarda il mancato deposito del contratto di avvalimento in originale o copia autenticata, si ritiene che la produzione di una copia o l'invio di una copia tramite PEC sia sufficiente a escludere l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza di questo elemento dell'offerta, il che consente la successiva regolarizzazione tramite deposito dell'originale o di copia autenticata"*.

spetti all'interprete il compito di sanzionare con l'esclusione la violazione di norme primarie o di regolamento.

Tale prospettiva esegetica si è avvalsa di un argomento ritratto dalla stessa lettera dell'art. 46, comma 1 *bis*: la prima parte (*id est*: violazione del codice o del regolamento) è stata letta alla luce della seconda (*id est*: incertezza assoluta sul contenuto) e, per il tramite invero di una lettura ampia di quest'ultima, i giudici hanno ratificato esclusioni di stazioni appaltanti disposte per manchevolezze nella presentazione dell'offerta non corredate da espressa sanzione normativa. Si pensi al riguardo alla copiosa giurisprudenza in tema di fotocopia d'identità, che (pur registrando precedenti contrari alla esclusione) presenta un corposo orientamento di pensiero propenso all'adozione di detta misura, nel caso di mancata presentazione del documento di identità all'atto della presentazione della domanda¹⁹.

¹⁹ Sulla irrilevanza della presenza della fotocopia del documento di identità si veda: TAR, Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2012, n. 1397: *“Alla stregua del principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto di cui all'art. 46 comma 1 bis, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, deve considerarsi nulla la clausola contenuta nel bando di gara che impone ai partecipanti alla gara di allegare, nella busta contenente l'offerta tecnica, la fotocopia del documento d'identità del sottoscrittore: per l'effetto, l'eventuale esclusione disposta inapplicazione di una siffatta clausola va considerata illegittima”*.

Ma si tratta di un precedente non certamente consolidato: Cons. di Stato, sez. III, 26 giugno 2012, n. 3769; TAR, Puglia, Lecce, sez. I, 1 giugno 2012, n.1001.

In senso contrario, Cons. di Stato, sez.V, 26 gennaio 2012 n.337; TAR, Puglia, Bari, sez.I, 6 dicembre 2011 n. 1847 ed anche TAR, Lazio, Roma, sez.I, 6 dicembre 2011 n. 9597: *“Ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, c. contr. pubbl. (aggiunto dall'art. 4 comma 2 lett. d), d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. in legge, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, l. 12 luglio 2011 n.106) in materia di partecipazione alle gare pubbliche, la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d'identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreta proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa innanzi citata, integrando un'ipotesi di “incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”. Conseguentemente, pure ove si*

Si pensi ancora a quella maturata in merito ad omissioni nella presentazione del cronoprogramma²⁰, dell'offerta tecnica, in tema di DURC²¹ o di mancanza di sottoscrizione²².

tratti di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, è legittima l'esclusione dalla gara disposta nei confronti del soggetto offerente laddove risulti una incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”.

²⁰ Sulla natura essenziale del cronoprogramma e sulla legittimità dell'esclusione in caso di mancanza, trattandosi di componente essenziale dell'offerta cfr. TAR Veneto, sez. I, 23 marzo 2012 n. 420: *“Con riguardo ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, la previsione, contenuta nel disciplinare, dell'esclusione dalla gara nel caso di omessa presentazione del cronoprogramma non è illegittima: infatti, la richiesta risulta perfettamente coerente con la funzione assegnata al cronoprogramma dal disciplinare di gara di rappresentare alla stazione appaltante la pianificazione dei lavori sia sotto il profilo cronologico che dei relativi costi e, dunque, detto atto, integra senz'altro un elemento essenziale dell'offerta che legittimamente può essere imposto a pena di esclusione in base all'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 40, D.P.R. n. 207 del 2010”*. Cfr. anche TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 marzo 2012 n. 175.

²¹ Sulla presentazione di un DURC di tipologia differente da quella prevista dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 53 del 2010 e sull'erronea compilazione del GAP per avere le imprese costituenti il raggruppamento controinteressato indicato di partecipare come imprese singole anziché come raggruppamento, cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 9 febbraio 2012 n.348: *“Alla stregua delle previsioni di cui all'art. 46 comma 1 bis, d. lgs. n. 163 del 2006, comma introdotto dal d. l. 13 maggio 2011 n. 70, e recepito dalla Regione Sicilia con l. rg. n. 12 del 2011, entrata in vigore il 29 luglio 2011, sono ormai tassative le cause di esclusione dalle procedure di selezione dei contraenti negli appalti pubblici, restringendo la possibilità di comminare l'esclusione da tali procedure alle ipotesi di mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (D.P.R. n. 207 del 2010) e da altre disposizioni legislative vigenti, incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi, sanzionando con la nullità ogni altra previsione di impedimento alla partecipazione. La nullità delle clausole della lex specialis contrastanti con l'art. 46 comma 1 bis, d. lgs. n. 163 del 2006 è rilevabile d'ufficio dal giudice e non necessita di apposita impugnativa”*.

²² TAR Veneto, sez. I, 13 febbraio 2012 n. 226: *“Allorché la lex specialis di gara prescrive, a pena di esclusione, la formalità*

3. Il soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale espressione dei principi fondamentali, di rango comunitario e nazionale, di proporzionalità e di buona amministrazione.

Con esso viene generalmente identificato il potere-dovere dell'Amministrazione di invitare il concorrente/privato ad una "regolarizzazione" documentale, entro determinati limiti previsti dalla legge.

Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici è l'art. 46, comma 1, d. lgs. 163/2006 ad offrirci la bussola di orientamento per una corretta interpretazione dell'istituto in esame. Quest'ultimo dispone che: *"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"*.

La disposizione deve essere apprezzata alla luce delle modifiche introdotte dal citato Decreto Sviluppo (*id est*: d.l. n. 70/2011) che, in tema di cause di esclusione, denotano l'assunzione da parte del legislatore di un approccio di tipo sostanzialistico.

Ed è proprio il riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione (contenuto nel successivo comma 1 *bis*) che ci permette di disegnare e delineare il concetto di soccorso istruttorio.

Il comma 1 del citato art. 46 non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale, ma codifica piuttosto un ordinario

modus procedendi volto a far valere (pur se entro dati limiti) la sostanza sulla forma.

In questo senso, il soccorso istruttorio costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento *ex art.* 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del *favor participationis*, essendo finalizzato sia ad evitare che il numero dei concorrenti possa restringersi per carenze documentali di ordine formale sia ad orientare l'azione amministrativa sulla concreta verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti.

Sebbene la *ratio* dell'istituto sia di agevole comprensione, ciò non vale per la sua concreta applicazione e per l'individuazione dei limiti a cui esso soggiace.

Al riguardo, una copiosa e non sempre concorde giurisprudenza si è più volte pronunciata.

Un elemento di convergenza è rappresentato dal c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione postuma non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta.

A titolo esemplificativo, non sarebbe possibile procedere ad integrazione documentale a fronte di carenze della offerta tecnica od economica, poiché ciò inciderebbe sul merito del confronto concorrenziale e non su aspetti meramente formali.

Tale limite dovrebbe ritenersi persistente anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dal citato Decreto Sviluppo ed impedisce che si possano specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta (anche perché una simile possibilità violerebbe il limite della perentorietà del termine per la sua presentazione).

Diversamente, non si rinviene una posizione comune con riguardo al limite inerente il rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Secondo una tesi di più recente affermazione, per legittimare l'esclusione, sarebbe sempre e

della sottoscrizione dell'offerta tecnica, tale esclusione, atteso che la formalità della sottoscrizione trova conforto nell'art. 74 comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, è doppiamente conforme al dettato dell'art. 46, comma 1 bis, stesso d.lgs., una prima volta perché quest'ultima norma stabilisce che «la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice», ed una seconda perché è essa stessa a sanzionare espressamente con l'esclusione dalla gara il «difetto di sottoscrizione» dell'offerta".

comunque necessaria una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative²³, dovendosi pertanto accordare una ampia portata applicativa all'istituto del soccorso istruttorio.

Da ciò conseguirebbe, ad esempio, che in presenza di un documento o di una dichiarazione mancante, non previsti a pena di esclusione dalla normativa applicabile il possesso effettivo del requisito di partecipazione (che tali documenti o dichiarazioni sono volti ad attestare), varrebbe a fondare, ed anzi a rendere obbligatoria, la richiesta di integrazioni documentali.

Sulla base invece di una tesi maggiormente restrittiva, dovrebbe assumere in tal caso prevalenza il principio di formalità collegato alla garanzia della *par condicio*.

Conseguentemente, il ricorso al soccorso istruttorio sarebbe ammesso solo in presenza di disposizioni ambigue e per regolarizzare documenti presenti, ma incompleti.

Riassunto in questi termini il dibattito giurisprudenziale, deve osservarsi che le modifiche apportate al Codice non appaiono tali da stravolgere l'impianto generale che regola l'istituto in esame.

Vuol dirsi che, anche nel nuovo quadro normativo, il soccorso istruttorio non può colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti, poiché ciò costituirebbe *ex se* violazione del principio di *par condicio*.

Le nuove disposizioni, peraltro, potrebbero valere a risolvere *ex ante* la questione delle clausole ambigue sia perché l'esclusione dovrebbe comunque discendere dalla violazione di una norma, sia perché (con l'adozione dei bandi tipo) eventuali clausole aggiuntive dovrebbero essere oggetto di specifica motivazione e chiara esplicitazione.

A comprova di quanto affermato, si consideri che il principio di tassatività delle cause di

esclusione rafforza l'inquadramento del soccorso istruttorio non come mera facoltà, ma come dovere dell'amministrazione procedente.

Per mera completezza occorre infine ricordare che, con le modifiche introdotte dal Decreto Sviluppo, si è proceduto alla standardizzazione dei moduli da utilizzare per le dichiarazioni sostitutive.

Rileva al riguardo il nuovo comma 2 *bis* dell'articolo 74, secondo cui: *“Le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità”*²⁴.

3.1. (segue). Limiti alla regolarizzazione documentale

Le valutazioni circa la possibilità di esercitare il potere-dovere di richiedere integrazioni e chiarimenti devono necessariamente essere operate dalla stazione appaltante in relazione al caso concreto.

Sotto tale aspetto appare utile rapportare il concreto atteggiarsi del soccorso istruttorio nella giurisprudenza amministrativa.

A mero titolo esemplificativo, si consideri la sentenza n. 889 del 13 febbraio 2013, resa dal Consiglio di Stato, sez. VI, secondo cui: *“Nelle gare pubbliche l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione, richiesti a pena di esclusione, non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, e ciò tanto più*

²³ Cons. di Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967.

²⁴ In conformità all' art. 4, comma 2, lettera i), d.l. n. 70/2011.

quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara; di conseguenza, la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti o dichiarazioni che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione verificandosi, in caso di ammissione alla regolarizzazione, una palese violazione della par condicio fra i concorrenti". (in tal senso: Cons. Stato, V, 26 gennaio 2012, n. 334).

Ed ancora: «Secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato "Il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dal precedente art. 38"²⁵, di tal che "alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento"²⁶, tenuto conto che la disposizione, relativa al c.d. potere di soccorso, deve considerarsi "di stretta interpretazione"²⁷» (Cons. di Stato, sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925).

Analogamente, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 4 giugno 2012 n. 1025: "La giurisprudenza ha (...) da tempo condivisibilmente chiarito che l'istituto del c.d. soccorso istruttorio, per non risolversi in una non consentita alterazione della par condicio competitorum, opera soltanto nel caso di documentazione incompleta".

Merita, infine, un ultimo cenno la dibattuta ipotesi di cd. falso innocuo.

Al riguardo, due sono le tesi a tappeto.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale (minoritario), bisognerebbe ampliare l'ambito di operatività del soccorso istruttorio sino ad includervi la produzione di dichiarazione/documenti del tutto assenti in sede di presentazione delle offerte o domande di parteci-

pazione (cfr. TAR Toscana, 6 settembre 2012 n. 1536; Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906; *id.* 22 febbraio 2010, n. 1017; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829).

Secondo tale indirizzo, nella materia dei pubblici appalti potrebbe trovare applicazione la tesi del c.d. falso innocuo e conseguentemente dovrebbe essere impedita la partecipazione alle gare solo quando (in capo all'operatore economico) difettano effettivamente le condizioni previste per la partecipazione e non anche quando la dichiarazione pur non veritiera, o incompleta, non è idonea a modificare gli esiti della gara.

Al riguardo si consideri, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240, secondo cui: «...Il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione a seguito della mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di "falso innocuo", come tale non suscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative...».

Conseguentemente, sarebbe illegittima l'esclusione dalla gara di un concorrente qualora i progettisti dallo stesso indicati, pur rispettando il requisito, non abbiano reso la dichiarazione relativa al rispetto della normativa sull'assunzione dei lavoratori diversamente abili di cui alla legge n. 68/199.

Portata alle estreme conseguenze, comporterebbe che, a fronte di dichiarazioni sostitutive di certificazione contenenti dati non veritieri, la SA non dovrebbe escludere il concorrente, ma avrebbe l'onere di verificare preliminarmente se la falsità sia in concreto indice dell'esistenza di una condizione ostativa alla partecipazione (fattispecie relativa a dichiarazioni attestanti la mancata irrogazione di condanne penali a cari-

²⁵ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965.

²⁶ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981.

²⁷ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365.

co del dichiarante, il quale invece aveva subito una condanna la quale, tuttavia, in concreto risultava non avere valenza ostativa alla partecipazione²⁸)

A tale tesi, tuttavia, se ne contrappone altra (maggioritaria), secondo cui: «*La tesi del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici (...). Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni, invece, è già di per sé un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara*» (ex multis: Cons. di Stato, sentenza n. 1471/2012).

4. Prime riflessioni alla luce della sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Nei paragrafi che precedono si è cercato di ricostruire, con i premessi limiti metodologici dettati dalla finalità del presente lavoro, il quadro normativo e la prassi giurisprudenziale afferenti gli istituti in esame.

La scelta è stata dettata dalla necessità di cogliere appieno la portata innovativa e chiarificatrice della recentissima sentenza in commento, al fine di chiudere l'immaginario cerchio che si eleva a sistema di riferimento.

In breve la fattispecie sottoposta al vaglio dei Giudici di Palazzo Spada e le questioni giuridiche sottoposte all'Adunanza Plenaria²⁹.

Quanto al primo profilo, esso attiene al ricorso in appello proposto da un'impresa esclusa da

una selezione indetta dall'Autorità portuale di Napoli per l'assentimento in concessione di uno specchio acqueo nel Porto.

Per ciò che concerne le questioni di diritto, la pronuncia in rassegna tocca svariate tematiche sia di carattere sostanziale che processuale. (oggetto di soluzioni diversificate in seno alla più recente giurisprudenza).

In dettaglio.

Quanto ai primi l'Adunanza Plenaria:

a. Ha ritenuto che l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici operi relativamente alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente al 14 maggio 2011 (*id est*: entrata in vigore del d.l. 13 maggio 2011, n. 70), considerato che si tratta di norma innovativa e non già di interpretazione autentica;

b. Ha ancora statuito che i bandi possano prevedere adempimenti a pena di esclusione, sia pure di carattere meramente formale, a condizione che gli stessi siano conformi a quelli tassativamente previsti dalla norma prima richiamata, nonché dalle altre previsioni del Codice o del regolamento di esecuzione nonché di altre norme di legge dello Stato;

c. Ha fornito precisazioni in relazione all'istituto del soccorso istruttorio, fornendone una lettura complessivamente restrittiva.

Quanto ai secondi:

d. Ha ancora una volta affermato, in linea con la propria pregressa giurisprudenza (*rectius*: Adunanza Plenaria, sentenza 7 aprile 2011, n. 4), che, in materia di appalti pubblici, nell'esame dei ricorsi principale ed incidentale contenenti censure reciprocamente escludenti, va trattato prioritariamente (e se fondato esclusivamente) il ricorso incidentale, ovvero quello proposto dall'aggiudicatario, al di fuori di casi eccezionali in cui il suddetto ordine di trattazione può essere derogato.

Nel dirimere la suddetta questione, oggetto di soluzioni diversificate nella giurisprudenza na-

²⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 20 aprile 2009 n. 3984; TAR, Sardegna, 9 ottobre 2009, n. 1525.

²⁹ Con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, pronunciata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato.

zionale³⁰, il Massimo Consesso della giustizia amministrativa, oltre a richiamare le argomentazioni già svolte in altre occasioni (ed in specie nella citata pronuncia n. 4 del 2011), fa riferimento al principio del divieto di abuso del processo, sostenendo che i principi di effettività e parità delle armi – invocati normalmente per contestare la soluzione già seguita dalla Plenaria – devono essere letti nella logica di scoraggiare azioni emulative o pretestuose: tale sarebbe la domanda proposta dall’impresa legittimamente esclusa da una procedura evidenziale perché diretta a tutelare (non già un interesse legittimo o, ammessane la rilevanza, un interesse meramente strumentale alla ripetizione della gara, ma) un interesse materiale *contra ius* consistente nel vedersi aggiudicata una gara cui non si aveva titolo a partecipare.

Procediamo per gradi.

Conviene analizzare gradatamente le varie questioni problematiche su cui si è pronunciata la Plenaria, sottolineando, ove occorra, l’innovatività e le criticità dell’opzione interpretativa prescelta.

Rileva, innanzitutto, il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Come già precedentemente evidenziato, il d.l. n. 70/2011, all’art. 4, comma 2, lett. d), nn. 1 e 2, ha introdotto nel tessuto dell’art. 46 del Codice dei contratti pubblici un comma 1 *bis*, a mente del quale:

“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 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”.

Sulla portata retroattiva o irretroattiva della norma si sono formati orientamenti contrastanti.

Secondo una prima linea di pensiero, il principio di tassatività delle cause di esclusione ha portata generale, onde lo stesso si applica anche al di fuori della materia disciplinata dal Codice dei contratti pubblici³¹, con l’ulteriore conseguenza che, la norma che tale principio espressamente sancisce, ha natura meramente interpretativa e ne va affermata l’applicabilità anche alle procedure di gara iniziate precedentemente alla relativa entrata in vigore³².

Per una diversa impostazione il principio in esame, avendo portata innovativa, non potrebbe retroagire, dovendo trovare applicazione con riferimento alle sole procedure indette successivamente all’entrata in vigore del decreto (*id est*: 14 maggio 2011)³³.

La Plenaria aderisce a tale ultima lettura, rilevando la carenza, nella specie, dei crismi della norma di interpretazione autentica.

Ed infatti:

1) manca il presupposto dell’incertezza applicativa della norma antecedente (quella asseritamente di interpretazione autentica); al contrario, in questa materia, non solo non vi sarebbe

³⁰Cfr. Giurisprudenza ordinaria: Cass. SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294; amministrativa: Cons. di Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 10 e 15 aprile 2010, n. 1; comunitaria: sentenza 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

³¹ Ad esempio esso si applica anche alle procedure di finanziamento; ma vedi *contra*, Cons. di Stato, Sez. V, 20 novembre 2013, n. 5470.

³² Caldeggia questa interpretazione la Sezione remittente: cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681/o., ma vedi anche T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 dicembre 2013, n. 2489; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 23 ottobre 2013, n. 660.

³³ Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 12 dicembre 2012, n. 1171.

incertezza applicativa, ma sarebbe individuabile, con riferimento al periodo antecedente alla riforma del 2011, un principio generale nel senso dell'atipicità delle cause di esclusione;

2) Lo stesso art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, al comma 3, ha previsto che: *“Le disposizioni di cui al comma 2, lett. b), d) (ossia il caso che ci interessa, n.d.s.), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e II, numero 1-bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto legge”*;

3) Manca il requisito formale della qualificazione della norma come norma di interpretazione autentica, sebbene, com'è noto, non si tratti di un aspetto vincolante per l'interprete.

Sulla scorta di queste argomentazioni, come anticipato, la Plenaria arriva a sostenere che il suddetto principio (in quanto innovativo) trova applicazione solo con riferimento alla procedure avviate dopo l'entrata in vigore del decreto legge, introduttivo del comma 1 *bis* dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici.

Ma vi è di più.

I Giudici del Supremo Consesso si spingono oltre, esaminando le conseguenze che derivano dalla violazione del suddetto principio di tassatività delle cause di esclusione.

Occorre preliminarmente notare come l'introduzione di tale principio sia stata diretta a soddisfare le esigenze di massima certezza e stabilità del quadro regolatorio e porre un freno alla prassi dei c.d. bandi fotografia, nonché per accelerare la definizione delle procedure evidenziali.

Fatta questa premessa, le cause di esclusione vanno oggi individuate secondo due diversi criteri ovvero:

a. Si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei

contratti pubblici, dal relativo regolamento di esecuzione o da altre leggi³⁴.

b. Vengono enunciate, nel comma 1 *bis*, delle cause di esclusione, relative a:

1. incertezza assoluta del contenuto o della provenienza dell'offerta;

2. non integrità dei plichi;

3. altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, laddove sia dimostrata in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Non è necessario che sia espressamente prevista la conseguenza dell'esclusione³⁵; è necessario, invece, che la clausola che dispone un adempimento doveroso a pena di esclusione trovi corrispondenza nelle disposizioni del Codice, del regolamento di esecuzione, di altre leggi dello Stato.

Se risulta violato questo limite alla discrezionalità nella previsione di clausole escludenti, lo stesso art. 46, comma 1 *bis*, prevede la nullità della relativa clausola; nullità che, se ricorrono le condizioni di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., non travolge l'intero bando³⁶.

Vuol dirsi che, il bando: può recepire esplicitamente le clausole che impongono adempimenti doverosi a pena di esclusione previste dal Codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; può non contenere tale esplicito riferimento, ed in tale ipotesi opera il meccanismo di eterointergrazione del bando, con la conseguenza che la violazione dell'obbligo porta all'esclusione del concorrente³⁷; può introdurre, in violazione del principio di tipicità, delle

³⁴ Rileva precisare che il riferimento alle “leggi” attiene alle leggi dello Stato, in considerazione del fatto che la disciplina dei contratti pubblici rientra nella materia “tutela della concorrenza”, affidata in via esclusiva alle cure del legislatore statale (vedi sul punto, di recente, Corte Cost., 7 novembre 2013, n. 259).

³⁵ Così ritiene anche l'Adunanza Plenaria: sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e 7 giugno 2012, n. 21.

³⁶ Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 20 maggio 2013, n. 14.

³⁷ Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22.

clausole non ricomprensibili tra quelle previste dal Codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali (in tal caso la legge dispone la nullità della clausola); può dettare una disciplina incompatibile con quella contenuta nel Codice, nel regolamento di esecuzione o in altre leggi statali, consentendo la partecipazione di imprese cui, avuto riguardo alla disciplina normativa, tale partecipazione sarebbe preclusa (nel qual caso la clausola illegittima va impugnata onde dedurre l'esclusione dell'impresa che non abbia posto compiuto l'adempimento doveroso imposto dalla legge e non riprodotto o riprodotto diversamente nel bando).

La Plenaria, infine, chiarisce che i menzionati principi, profondamente innovativi, trovano applicazione con esclusivo riferimento alla procedure disciplinate direttamente o indirettamente (in forza di un auto-vincolo sancito dall'amministrazione precedente) dal Codice dei contratti pubblici, e, nell'ambito di queste ultime, come prima chiarito, solo a quelle bandite successivamente all'entrata in vigore del comma 1 *bis* dell'art. 46.

Veniamo all'istituto del soccorso istruttorio.

Come già precisato, il principio del soccorso istruttorio rinviene il suo fondamento normativo nell'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale: *"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"*.

Della norma, la giurisprudenza prevalente, ha fornito una lettura molto rigorosa, ritenendo che il potere in questione sia diretto ad ottenere l'integrazione di documenti o dichiarazioni già presentati, ma non possa essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, perché ciò costituirebbe violazione del principio della *par condicio*.

Resta ferma la possibilità per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti alle imprese partecipanti, ma (tanto questa richiesta quanto

quella di integrazione documentale) non possono riguardare la produzione di documenti nuovi³⁸.

In definitiva, il principio è inoperante ogni qualvolta vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dal bando di gara.

In motivazione, la Plenaria ritiene di non fare propria la tesi, ventilata nell'ordinanza di rimessione, per cui il comma 1 dell'art. 46 sarebbe da leggere in combinato disposto con il successivo comma 1 *bis*, nell'ottica di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese e far sì che la P. A. commini l'esclusione dalla gara, soltanto nell'ipotesi in cui l'omesso compimento di taluno dei previsti adempimenti pregiudichi il raggiungimento del risultato della procedura (che si sostanzia nella scelta dell'offerta che risulti essere la migliore dal punto di vista sostanziale, con assorbimento del profilo relativo alla regolarità formale della relativa esternazione).

D'altro canto l'introduzione del principio di tassatività (nel punto in cui riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuare degli adempimenti doverosi a pena di esclusione) stempera notevolmente le criticità relative al principio del soccorso istruttorio, come mezzo a disposizione delle imprese per arginare eventuali arbitri da parte della stazione appaltante.

In sentenza si legge: *"E' stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa amministrazione di prescindere dall'onere di preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza 'sostanziale' della forma documentale omessa. Al contrario, l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il potere di soccorso "nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito*

³⁸ Tra le tante vedi Cons. di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; 5 dicembre 2012, n. 6248; 25 giugno 2007, n. 3645.

applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura".

Non può in definitiva trovare applicazione in questa materia il principio sancito dal Codice di procedura civile secondo cui i vizi formali di un atto possono essere sanati se risulta raggiunto lo scopo, *"rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale"*.

Sul punto però il Massimo Consesso della giustizia amministrativa: a) non fornisce ulteriori spiegazioni circa il perché la logica del raggiungimento del risultato non pertenga all'ambito dei procedimenti evidenziali; b) non chiarisce, inoltre, perché i meccanismi sananti previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo (cfr. art. 21octies), ed espressivi, se non del principio processualciviltistico della strumentalità delle forme, dell'esigenza di un'amministrazione di risultato, non siano applicabili alla materia di che trattasi.

Merita, infine, un cenno l'ultima questione all'esame della Plenaria ovvero l'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale contenenti censure reciprocamente escludenti.

Tale tematica, di natura più spiccatamente processuale, ha trovato soluzioni diversificate nella giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Nell'ambito della prima occorre ulteriormente distinguere tra la posizione assunta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite e quella assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

1. Quest'ultima ha espresso nel tempo tre distinti orientamenti:

- il primo riconducibile alla pronuncia n. 11 del 2008, secondo cui: *"Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della li-*

te, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale - esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale - esaminato prima - preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara. Pertanto in tale ipotesi il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore".

- il secondo, espresso con la sentenza n. 1 del 2010, dove si legge che: *"Alla stregua dei principi in tema di ordine di esame delle impugnazioni va esaminato con priorità il ricorso principale che contesti la carenza di un requisito generale di partecipazione alle gare, quando il ricorrente incidentale invochi l'esclusione per irregolarità dell'offerta tecnica, e sebbene due soli siano i concorrenti" e che pertanto "la fondatezza del ricorso principale comporta l'esclusione dell'aggiudicatario da una fase antecedente a quella dell'esame delle offerte tecniche, con conseguente insussistenza di qualunque interesse a censurarne ipotetici vizi"*.

In sostanza con la citata pronuncia la Plenaria ha in un colpo solo contraddetto la regola per cui i ricorsi (principale ed incidentale) contenenti censure reciprocamente escludenti debbono essere entrambi trattati e decisi, nonché il

principio generale che riconnette effetti paralizzanti al ricorso incidentale.

Viene infatti avallata la tesi, rimasta sostanzialmente isolata³⁹, per cui l'effetto paralizzante è da ricollegare al ricorso le cui censure cadano sulla fase procedimentale anteriore, a prescindere da quale sia la parte processuale che l'abbia proposta;

- il più recente, seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa successiva⁴⁰, riconducibile alla pronuncia n. 4 del 2011, secondo cui: *"Il ricorso incidentale, diretto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale va sempre esaminato con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi o oggettivi) di partecipazione alla gara che si assumono violati, dacché con detto ricorso il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito, che, se fondata, si riflette nella preclusione all'esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire. Né tale ordine può essere alterato in virtù del momento procedimentale investito dalle censure incrociate, sempre che, anche in tal caso, la censura prospettata con il ricorso incidentale abbia effettiva incidenza sulla legittimazione del ricorrente principale"*.

2. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (*rectius*: sentenza 21 giugno 2012, n. 10294), chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto avverso la sentenza della Plenaria n. 4 del 2011, pur non accogliendo il gravame – in quanto la soluzione fornita dalla Plenaria nel provvedimento impugnato *"non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il diverso ordine delle*

cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate" –, ha offerto una lettura del sistema che pare diversa da quella fornita dal Massimo Consesso della giustizia amministrativa nella pronuncia n. 4 del 2011.

Una lettura (quella delle Sezioni Unite) che sembra ammettere una deviazione dalla strada maestra del principio dispositivo allorché si tratti – a prescindere dalla fondatezza nel merito della domanda del ricorrente, che presuppone uno scrutinio in punto di legittimazione al ricorso, a sua volta condizionato, nell'esito positivo, dalla legittimazione a partecipare (e nella effettiva partecipazione) alla gara – di *"dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento"*.

Veniamo, quindi, alla giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia UE⁴¹ ha invece ritenuto che: *"Il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a contestare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare"*.

Per giungere a tale conclusione la Corte di Giustizia ha richiamato una propria precedente decisione⁴² riguardante l'ipotesi in cui, l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto dei requisiti di partecipazione del ricorrente, sia sollevata d'ufficio e non dall'aggiudicatario con il ricorso incidentale.

In quella occasione il Giudice europeo ha rilavato che: *"Il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipa-*

³⁹ Ma che trova qualche eco nella pronuncia del 2014, laddove vengono individuati i casi particolari in cui si deroga al paradigma della necessaria trattazione prioritaria del ricorso incidentale.

⁴⁰ Vedi, ad esempio, in termini perspicui T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 novembre 2013, n. 9376.

⁴¹ Sentenza 4 luglio 2013, in causa C-100/12.

⁴² *Id est*: 19 giugno 2003, in causa C-249/01, Hackermuller.

zione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità".

In tali statuizioni pare avere trovato risonanza il rilievo critico mosso da attenta dottrina alla pronuncia n. 4 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in specie laddove si è osservato che tale pronuncia si sofferma solo sul caso in cui il ricorrente principale sia sfornito della legittimazione a partecipare alla gara, senza dedicare identica (o meglio senza dedicare alcuna) attenzione all'ipotesi specularmente opposta, quella in cui anche il ricorrente incidentale (*rectius*: l'aggiudicatario), non abbia titolo per partecipare alla gara.

A fronte di un quadro interpretativo così frastagliato lo sforzo argomentativo della Plenaria (che ha sostanzialmente ripreso l'orientamento seguito dal medesimo organo nel 2011) si è appuntato principalmente: sulla individuazione di ulteriori argomenti a suffragio dell'orientamento fatto proprio nella pronuncia n. 4 del 2011; e sulla dimostrazione che la giurisprudenza comunitaria (nel punto in cui afferma un diverso principio) si riferisce in realtà ad un caso peculiare, onde, ferma restando la particolarità di questo caso, non si può normalmente derogare al principio per cui, il ricorso incidentale con cui viene fondatamente contestata la legittimazione a partecipare della ricorrente principale, preclude lo stesso esame del ricorso principale.

Sul primo versante (come si accennava) la Plenaria rileva che: *"I principi di effettività e parità delle armi (...), per la loro collocazione in testa al Codice (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del*

soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose".

Orbene, se si intende la giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo (e ciò costituisce un approdo interpretativo obbligato, rileva la Plenaria, in mancanza di una normativa esplicita che dia vita ad una ipotesi derogatoria di giurisdizione di diritto oggettivo), l'interpretazione delle condizioni dell'azione deve avvenire alla luce di una valutazione di attingibilità del bene della vita conteso.

Se l'interesse a ricorrere non assume questa particolare colorazione, se cioè non risulta che l'accoglimento del ricorso possa procurare a chi lo propone un'utilità concreta, ossia l'attribuzione del bene della vita di che trattasi, il giudice non può pronunciarsi sulla domanda se non in punto di rito, dichiarandone l'inammissibilità.

Nei processi retti dal principio dispositivo le condizioni dell'azione assolvono pertanto alla fondamentale funzione *"di filtro in chiave deflativa delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco (...): tale scrutinio di meritevolezza costituisce in quest'ottica espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo (...)"*.

In tal senso, peraltro, si orienta anche la giurisprudenza civile riguardo allo scrutinio dell'interesse ad agire (cfr. Cass. SS.US., 14 gennaio 2009, n. 553).

La preoccupazione da cui muove la Plenaria (*id est*: scoraggiare l'interposizione di ricorsi meramente strumentali o sorretti da un interesse emulativo) è senz'altro da condividere: sembra però che il bilanciamento tra l'interesse pubblico alla deflazione del contenzioso e quello dei privati alla tutela delle proprie situazioni giuri-

diche soggettive sia operato tenendo in considerazione eccessiva il primo, almeno ove si ritenga (come pare fare la Plenaria) che il ricorso proposto dall'impresa legittimamente esclusa veicoli sempre e comunque una domanda pretestuosa o emulativa.

Tale equazione non è vera in ogni caso: affermarne invece la validità senza se e senza ma, equivale ad obliterare la pretesa del privato che non sia consapevole della legittimità dell'esclusione dalla gara ad ottenere un sindacato pieno sui provvedimenti illegittimi della p.a..

Il confine tra divieto di abuso del processo ed esercizio dell'azione (come posizione costituzionalmente garantita) sfuma pericolosamente, salvo onerare il ricorrente principale di una inesigibile valutazione prognostica circa la decidibilità in merito del ricorso che abbia intenzione di proporre; in disparte la considerazione – anch'essa prima riportata – che anche l'impresa aggiudicataria potrebbe essere sfornita della legittimazione a partecipare alla gara, ma che (opinando nel senso della necessaria trattazione prioritaria del ricorso incidentale) una verifica su tale legittimazione risulterebbe sempre preclusa al giudice.

Sul secondo versante, invece, il Collegio decidente osserva che la massima espressa dalla giurisprudenza comunitaria avrebbe esclusivo riguardo all'ipotesi (diversa da quella paradigmatica, ma appunto peculiare) in cui il vizio fatto valere dal ricorrente principale e da quello incidentale sia il medesimo.

In specie: *“Potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la ratio della decisione Fastweb si fonda sul principio di “parità delle armi”:* questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul

provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo. In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale. In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara”.

Sulla scorta di tale presupposto, la Plenaria individua dei casi particolari in cui la regola generale (*rectius*: trattazione prioritaria del ricorso incidentale) non trova applicazione.

In particolare, la medesimezza del vizio contestato va appurata avuto riguardo alla fase procedimentale in cui tale vizio si colloca, e cioè a seconda che attenga:

- a) alla tempestività della domanda e l'integrità dei plichi;
- b) ai requisiti generali e speciali di partecipazione dell'impresa;
- c) alla carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

Sono identici, e pertanto consentono l'esame incrociato dei ricorsi, solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Sul punto la Plenaria precisa ulteriormente che, nell'individuazione della medesimezza del vizio, occorre utilizzare un criterio che: *“Contemperi la natura eccezionale della regula iuris forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione”*. In definitiva, deve escludersi *“che il ‘motivo identico’ possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente)”*.

Risultano pertanto chiari tanto l'enunciazione della regola per cui il ricorso incidentale va sempre trattato per primo, quanto la delimitazione dell'ambito applicativo dell'ipotesi particolare in cui entrambi i ricorsi deducano il medesimo vizio (nel senso prima precisato): in questa ipotesi essendo possibile la trattazione congiunta dei gravami.

5. Conclusioni

Si è cercato di tratteggiare i contorni di un sistema in continuo divenire che, partendo dal dato normativo, trova nella prassi applicativa e nell'interpretazione giurisprudenziale la propria sostanza.

Gli appalti pubblici rappresentano indubbiamente un ambito critico ed ambizioso dell'ordinamento giuridico che influenza decisamente il contesto economico, mai come in questo particolare momento di crisi generale.

Tuttavia, pur consapevoli dell'importanza delle finalità sottese alla riforma operata dal Decreto Sviluppo al Codice degli Appalti Pubblici, sembra che le modifiche introdotte non abbiano sortito gli effetti auspicati.

La ragione è rinvenibile nell'intrinseca contraddizione di aver voluto introdurre il principio di tassatività delle clausole, senza tuttavia accompagnarlo con una rivisitazione generale dell'impianto del d.lgs. n. 163 del 2006 quanto a individuazione tassativa delle relative fattispecie.

Il legislatore ha preferito utilizzare clausole aperte (mancato adempimento delle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento, incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di elementi essenziali), con inevitabili conseguenze inerenti la concreta individuazione, interpretazione ed applicazione delle stesse.

Al contempo, la sua stessa collocazione nell'impianto normativo dedicato al soccorso istruttorio, ne richiedeva una valorizzazione specifica e combinata.

Vuol dirsi che, dietro il paventato contrasto al formalismo (proprio della riforma), si cela un ulteriore colpo al principio della *par condicio competitorum* che, da regola di confronto sulla qualità delle offerte, si è trasformata in un esasperato confronto sul rito dell'evidenza pubblica.

Del resto, la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9 del 25 febbraio 2014, senza discostarsi dal dato normativo, ha specificato che: *“Sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali”*.

Ed ancora: *“Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai*

requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione

manca o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”.