amministrativ@mente

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. 9/2014

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.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara

di Francesco Armenante*

Sommario

1. Introduzione; 2. La fase pubblicistica della verifica documentale; 3. L'applicazione diacronica del potere di soccorso istruttorio; 4. Il soccorso istruttorio a seguito del c.d. decreto sviluppo; 5. Il soccorso istruttorio a seguito del d.l. n. 90/2014; 6.La casistica giurisprudenziale e l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 38 del codice; 7. (segue) la rilevanza degli oneri formali e le carenze delle dichiarazioni sostitutive.

1. Introduzione

Le riflessioni che seguono riguardano una recente novella normativa che ha inciso, profondamente, nella gestione delle procedure di gara, con particolare riguardo alla fase di verifica della documentazione amministrativa ed alla conseguente ammissione dei concorrenti.

In particolare, l'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con la legge n. 114 dell'11 agosto 2014)[1], per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore[2], ha inserito il comma 2 *bis* all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006,

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

[1] La norma in esame, a seguito della conversione in legge, prevede che: "*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perchè siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, nè applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, nè per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*".

[2] Con una delle prime decisioni che si registrano sul punto si è precisato che: "*In materia di cause di esclusione dalle gare di appalto, le modifiche al codice dei contratti pubblici introdotte dal d.l. n. 90 del 2014 non operano con riguardo ad una gara indetta prima dell'entrata in vigore di detto decreto-legge; in ogni caso, la rilevanza, a fini interpretativi, dell'art. 39 del d.l.*

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

introducendo una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbligando la stazione appaltante (l'uso del verbo "assegnare" all'indicativo presente segnala la doverosità del comportamento) a concedere al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti, consentendo (anzi: imponendo) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

Al contempo, la medesima disposizione, seppur con un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso[3]), individua la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per le quali viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, quindi, l'applicabilità della sanzione dell'esclusione.

Si tratta di una disposizione che, a prescindere dalle prevedibili difficoltà esegetiche sottese alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità delle dichiarazioni, risulta finalizzata a superare le incertezze interpretative e applicative degli artt. 38 e 46 del d. lgs. 163/2006, mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive), legittimando l'esclusione solo a seguito dell'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più, quindi, per carenze originarie).

Al contempo è stato aggiunto il comma 1 *ter* all'art. 46 del d. lgs. n. 163/06, al fine di estendere la disposizione dell'art. 38, comma 2 *bis*, ai casi di mancanza, incompletezza o irregolarità di dichiarazioni anche di soggetti terzi che devono essere prodotte dai concorrenti in sede di gara, il tutto "indice ermeneutico" della chiara volontà del Legislatore di valorizzare il soccorso istruttorio[4].

Ad un primo sommario esame della novella, tenuto conto della relativa *ratio*, pur risultando auspicabile (oltre che doverosa) una pertinente previsione nel bando e/o nel disciplinare (in special modo per precisare la misura della sanzione nell'ambito dei limiti minimo e massimo fissati dal Legislatore), si ritiene che l'eventuale assenza di detta clausola non possa pregiudicare l'efficacia di tale regime normativo (ovviamente applicando la misura minima dell'uno per mille del valore della gara).

Premesso il dettato normativo, al fine di offrire un supporto all'attività esegetica, è utile analizzare la casistica registrata in *subiecta materia*, prescindendo dai dubbi di costituzionalità che tale disposizione alimenta, sia per quanto concerne il valore e l'importo della sanzione (la quale, seppur determinata in sede di bando, potrebbe risultare oltremodo eccessiva e sproporzionata), sia per l'applicazione dell'ultimo periodo del comma in esame, che sembra sterilizzare gli effetti positivi di un contenzioso anche se promosso da una ditta illegittimamente esclusa[5].

---

90 del 2014, in ordine alle ***omissioni non essenziali****, suscettibili di sanatoria, non si attaglia al caso di* ***omissione della dichiarazione di una condanna penale****, perché non si verte in tema di irregolarità non essenziale; d'altra parte, l'art.38 del codice dei contratti pubblici costituisce senz'altro fonte di eterointegrazione del bando di gara, trattandosi di norma destinata ad operare al di là delle previsioni della lex specialis*" (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 15 settembre 2014 n. 2358).

[3] Come espressamente e letteralmente osservato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 16 del 30 luglio 2014.

[4] Come osservato dal T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 26 settembre 2014, n. 10028; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 30 luglio 2014, n. 16.

[5] Con evidente violazione del diritto costituzionale alla difesa.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

2.La fase pubblicistica della verifica documentale

Al fine di definire, sul piano temporale, il momento applicativo della disposizione in esame, va ricordato che l'attività contrattuale della Pubblica amministrazione è bifasica; a quella pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue la fase privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale[6].

Tale struttura trova precisa definizione nell'art. 2 dello stesso codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006), laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

Alla luce della suesposta dicotomia, non vi è dubbio che la disposizione in commento trovi applicazione nella fase pubblicistica, con specifico riguardo alla verifica della documentazione prodotta, in gara, dalla ditta concorrente.

In tale fase subprocedimentale occorre procedere alla verifica del possesso dei requisiti morali e professionali in capo ai concorrenti; tale accertamento che, a seguito della legge n. 183/2011[7], si basa sulle autocertificazioni rese dagli operatori economici.

Ed è proprio in tale fase che il Seggio di gara è chiamato a verificare la correttezza documentale, disponendo l'eventuale regolarizzazione. Trattasi di un'attività non agevole, sia per l'assenza di un chiaro e puntuale quadro normativo, sia per la necessità di trovare un idoneo bilanciamento tra due contrapposti principi immanenti in materia, ovvero il *favor partecipationis* e la *par condicio* dei concorrenti.

La novella normativa in esame ha inciso, significativamente, sulla doverosità del soccorso istruttorio in corso di celebrazione della gara.

In proposito, dall'entrata in vigore del codice dei contratti, si sono sviluppati diversi modelli applicativi: il primo, a seguito dell'emanazione della disciplina codicistica sino al c.d. decreto sviluppo (*id est*: d.l. n. 70/2011), che ha introdotto il comma 1 *bis* all'art. 46); il secondo, da tale novella sino all'entrata in vigore del d.l. n. 90/2014 (che ha introdotto il comma 2 bis all'art. 38).

In sintesi, può osservarsi che si è passati da un'interpretazione legata ad un rigore formale, teso a valorizzare le previsioni della *lex specialis* anche a scapito della partecipazione a gara delle imprese, ad una valorizzazione del soccorso istruttorio che, previa l'irrogazione di una sanzione, consente al concorrente di sanare anche radicali carenze onde restare in competizione.

3. L'applicazione diacronica del potere di soccorso istruttorio

L'analisi che segue mira a sottolineare le tesi sviluppatesi sotto la vigenza delle diverse normative di settore.

Tradizionalmente, ovvero prima della novità introdotta dal citato decreto sviluppo (d.l. n. 70/2011), l'interpretazione si reggeva su un **rigoroso formalismo**, da cui conseguiva la doverosa comminatoria di esclusione in presenza di difformità dal paradigma dettato dalla legge di gara, in special modo ove quest'ultima fosse risultata chiara e puntuale.

---

[6] La tematica è stata, da sempre, oggetto di ampi approfondimenti dottrinari. Tra le numerosi pubblicazioni in materia, si segnalano: BORTOLOTTI D., (voce) Contratti della amministrazione pubblica, in Digesto disc. pubbl., Torino, 1989, IV, pp. 36 ss.; VIRGA P., I contratti della pubblica amministrazione, Palermo, 1971; GIANNINI M.S., Le obbligazioni pubbliche, Milano, 1964; GRECO R., I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica). Milano, 1988; AA. VV., Commento al codice dei contratti pubblici, Torino, 2006; AA. VV., Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2008; DE NICTOLIS R., Manuale degli appalti pubblici, Roma, 2008; SANINO M., Commento al Codice dei contratti pubblici, Torino, 2008.

[7] Che ha modificato il d.p.r. n. 445/2000, recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa.

Si riteneva che qualora il bando o la lettera di invito comminassero espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione era tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, circa l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e circa la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si era autovincolata al momento dell'adozione del bando. Soltanto nel caso di equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara poteva esservi spazio per un'interpretazione che consentiva la più ampia ammissione degli aspiranti.

In tale contesto si inseriva la problematica della regolarizzazione della documentazione prodotta dai concorrenti.

In proposito, si precisava che la richiesta di regolarizzazione non poteva essere formulata dalla stazione appaltante per integrare documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, dovevano essere prodotte a pena di esclusione. Infatti, l'esercizio della facoltà della stazione appaltante di invitare alla regolarizzazione non poteva mai determinare un'alterazione della *par condicio* delle imprese, attraverso una modifica dell'offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa, potendo riguardare soltanto documenti già presentati ma non dichiarazioni o documentazioni omesse.

La disposizione resa dall'art. 46[8] del d. lgs. n. 163 del 2006 (espressione, nel settore degli appalti pubblici, dei principi che sovrintendono l'istruttoria procedimentale, già consacrati nell'art. 6 della legge n. 241 del 1990[9]) veniva intesa nel senso che l'Amministrazione, in sede di espletamento della gara, doveva disporre la regolarizzazione dei documenti quando gli atti, tempestivamente depositati, contenevano elementi che potevano costituire un indizio e rendevano ragionevole ritenere sussistenti, in capo alla ditta interessata, i requisiti di partecipazione. Detto diversamente, quando il documento era già stato presentato in sede di gara, seppur parzialmente, ne era consentita la regolarizzazione se la violazione era squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non alterava la *par condicio* tra i concorrenti.

Ed ancora, si riteneva legittima la regolarizzazione laddove l'irregolarità derivava da una clausola del bando equivoca[10] o da una modulistica errata predisposta dalla P.A. ed allegata al bando[11].

---

[8] In virtù del quale: "*Nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i ricorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*".

[9] T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 30 settembre 2011, n. 4585; T.A.R. Sardegna, sez. I, 1 settembre 2010, n. 2163. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449, il quale ha sancito che non può comportare l'esclusione da una gara (ma, tutt'al più, una richiesta di integrazioni di cui all'art. 46) una divergenza tra residenza dichiarata da un soggetto partecipante e quella risultante dalla copia della carta di identità allegata alle dichiarazioni presentate, trattandosi di irregolarità che non incide sulla validità e completezza della relativa dichiarazione, ove tale irregolarità non sia colpita da comminatoria di esclusione.

[10] Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2012, n. 4654; T.A.R. Veneto, sez. I, 3 aprile 2013, n. 497.

[11] Per il Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2014 n. 507, allorchè la dichiarazione sia resa sulla scorta di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorre in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del modello, non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa (nella specie l'omessa dichiarazione delle condanne penali non gravi era dipesa dalla ambigua formulazione del modello predisposto dalla P.A. appaltante). Nelle gare di appalto, il rigore formalistico cede in presenza di una scusabilità dell'errore riconducibile a formulazioni degli atti di gara che possono

Poteva, quindi, ritenersi che l'integrazione documentale e la regolarizzazione nelle gare di appalto erano ammesse per quei requisiti che non erano reputati essenziali nè previsti espressamente a pena di esclusione, per i documenti comunque presentati nei termini e, infine, in quelle ipotesi in cui vi erano dubbi in ordine alla chiarezza delle clausole riguardanti la documentazione da integrare.

Si ripete.

Alla stregua dell'originaria interpretazione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale potevano riguardare semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non potevano servire a sopperire la mancanza di un documento, inclusa una dichiarazione sostitutiva[12].

Per l'effetto doveva ritenersi legittima l'esclusione dalla gara di una ditta che, nell'autocertificazione di cui al modello allegato al bando, non aveva barrato alcuna delle due opzioni possibili in relazione all'art. 17, l. n. 68/1999 o anche in relazione all'intenzione di ricorrere o meno al subappalto, ove il bando avesse espressamente previsto che "*l'omessa indicazione anche di una sola delle dichiarazioni previste nel citato allegato determinerà l'esclusione*"[13].

In altre parole, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non poteva considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne era permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali; ciò tanto più quando non sussistevano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole del bando.

In presenza di una prescrizione chiara, infatti, la regolarizzazione costituiva violazione della *par condicio* fra i concorrenti[14].

Resta da ricordare che alcuni (minoritari) orientamenti giurisprudenziali avevano elaborato la categoria del c.d. ***falso innocuo***.

Precisamente, si era ritenuto - in base ad una valutazione sostanzialistica della normativa

---

indurre dubbi interpretativi, tanto più che vige oggi la regola della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, del codice dei contratti, che s'ispira ad un criterio sostanzialistico e riafferma il *favor partecipationis*. Principio confermato da Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093.

[12] Alla stregua di Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2014 n. 123, la dimostrazione dell'assenza di elementi ostativi alla partecipazione ad una gara di appalto in capo ad uno degli amministratori della società (nella specie si trattava del Presidente del Consiglio di Amministrazione), costituisce elemento essenziale dell'offerta, sì che la sua mancanza produce l'esclusione automatica ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 46 del codice, anche in assenza di espressa comminatoria da parte della legge di gara.

[13] Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 8386.

[14] Di recente, il Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528, ha ribadito che: "*In tema di dichiarazione dei requisiti per la partecipazione a gare d'appalto, ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, può dirsi che anche in assenza di un'espressa comminatoria nella lex specialis, stante l'eterointegrazione con la norma di legge, l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 cit. comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporne la regolarizzazione o l'integrazione, non trattandosi di irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale*". In precedenza, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371, ha ritenuto che l'omessa presentazione della dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 38, comma 1, del codice dei contratti pubblici determina l'esclusione dalla gara, a nulla rilevando che la *lex specialis* della gara non preveda un'espressa clausola di esclusione per le ipotesi di documentazione mancante, poiché è lo stesso art. 38 a disporre l'esclusione dalle gare per i soggetti che (comma 2) non abbiano attestato il possesso dei richiesti requisiti con la prescritta dichiarazione sostitutiva (resa con le modalità di cui al d.p.r. n. 445/2000).
3. Nelle gare di appalto, il rigore formalistico cede in presenza di una scusabilità dell'errore riconducibile a formulazioni degli atti di gara che possono indurre dubbi interpretativi, tanto più che vige oggi la regola della tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, che s'ispira ad un criterio sostanzialistico e riafferma il *favor partecipationis*.

concernente i requisiti morali di partecipazione a gara - che solo la sussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 cit. comportava, *ope legis*, l'effetto espulsivo. Qualora, invece, il partecipante era in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non prevedeva espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 cit., l'omissione non produceva alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "*falso innocuo*" (nel senso che non arrecava vantaggio al concorrente e non arrecava danno alla stazione appaltante), come tale insuscettibile a fondare l'esclusione[15].

Ad esempio, nel caso in cui la legge di gara non prevedeva la necessità di indicare e di presentare la dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso dei "requisiti morali" per i soggetti cessati dalla carica e, comunque, non era prevista l'esclusione per l'omessa menzione e dichiarazione relativamente agli altri soggetti indicati, l'assenza di una dichiarazione in ordine a detti soggetti non poteva dare luogo ad esclusione, nel caso in cui risultava che gli interessati non avessero riportato condanne penali, potendo l'assenza di indicazione nominativa e di dichiarazione circa la loro moralità essere superata dall'integrazione documentale richiesta dalla stazione appaltante.

Si era, tuttavia, opportunamente avvertito che il principio del falso innocuo non si applicava nel caso in cui la "legge" di gara prescriveva determinate dichiarazioni e sanzionava con l'esclusione la loro omissione, anche se l'omissione fosse stata meramente formale[16].

Con la recente decisione dell'Adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, si è ribadito che il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, del codice dei contratti - 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 mancante 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[17].

In tale contesto interpretativo assume rilievo anche la problematica della **disapplicazione** del bando di gara; in particolare, la sanzione espulsiva, ancorchè ancorata ad un mero formalismo e seppur sospettata di illegittimità, non poteva essere disattesa in corso di gara. Ciò in quanto il bando, quale atto amministrativo, anche in caso di accertata illegittimità per contrasto con norme nazionali e comunitarie, non poteva essere

[15] Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3214; *id.*, 9 novembre 2010, n. 7967.

[16] Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528; *id.*, 19 maggio 2010, n. 3158.

[17] Con la medesima decisione si è ancora osservato che nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione del citato art. 6, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

"disapplicato"; conseguentemente, la commissione (o il preposto alla gara), pur in presenza di una clausola viziata del bando, non poteva disattenderla, salvo il potere di autotutela, di competenza, peraltro (in base al principio del *contrarius actus*, come recepito dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90), dell'organo che aveva emanato il bando.

Conforme era la posizione del giudice amministrativo. Si statuiva che, in sede di gara, la Pubblica amministrazione era tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituiva la *lex specialis* della procedura, che non poteva essere disapplicata[18] nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultassero non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela[19].

Anche nel caso in cui il bando avesse rinviato ad una disposizione di legge "e successive modificazioni", il rinvio alla normativa sopravvenuta, insito nella formula "e successive modificazioni" non poteva essere inteso in senso dinamico, ritenendo automaticamente recepita, in sede di bando di gara, qualunque modificazione successiva[20], dovendosi applicare il testo normativo vigente *ratione temporis*.

4. Il soccorso istruttorio a seguito del c.d. decreto sviluppo

Un'accelerazione verso la limitazione del rigore formale è stata operata del citato d.l. n. 70/2011, convertito con la legge n. 106/0211[21].

Precisamente, con l'art. 46, comma 1*bis*, del d. lgs. n. 163/2006, è stato introdotto il **principio di tassatività delle cause di esclusione**, prevedendo, tra le cause di esclusione, oltre quelle normativamente previste, la non integrità 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".

Al contempo, altra significativa innovazione è la previsione della **nullità** delle clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle indicate.

---

[18] Cons. Stato, sez. III, 1 settembre 2014, n. 4489; *id.*, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4526; id., sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2988; *id.*, Ad. Pl., 26 marzo 2003, n. 4; *id.*, sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3955, in cui si ribadisce che il bando è un atto generale e non un atto a valenza normativa, come invece i regolamenti, per i quali è invocabile il principio della disapplicazione.

[19] Cons. Stato, sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449 in cui è stato ribadito che: "*La gara d'appalto, così come ogni altra procedura concorsuale, deve essere espletata sulla base della normativa e delle regole vigenti alla data di pubblicazione del bando, sulla base del principio tempus regit actum in quanto il bando è atto normativo ed obbliga l'amministrazione alla sua puntuale applicazione. Lo ius superveniens pertanto non ha un effetto diretto sul procedimento di gara dovendosi valorizzare anche il principio di tutela dell' affidamento delle imprese partecipanti, essendo evidente che verrebbero sacrificati principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse e assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente alla adozione del bando. Le norme sopravvenute non possono quindi incidere su una procedura già in corso né sulle singole fasi autonome di essa che si siano già chiuse, che restano interamente disciplinate dalla normativa vigente al momento del loro inizio*". In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in cui si precisa che la stazione appaltante è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo è *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori. In tali procedure, infatti, vale il principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento dell'indizione della relativa procedura.

[20] T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 29 gennaio 2007, n. 616.

[21] L'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, rubricato "*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*", ha aggiunto l'inciso "*Tassatività delle cause di esclusione*" nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici, e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-*bis*.

In altri termini, con l'art. 46, comma 1 *bis*[22], il Legislatore ha inteso limitare l'applicazione della sanzione espulsiva ai soli casi previsti dalla legge, comprendendo in questa dizione sia il codice dei contratti pubblici che altre leggi ed il regolamento attuativo del codice medesimo; al contempo è inibito alle stazioni appaltanti di stabilirne ulteriori, a pena di nullità[23].

In applicazione del principio in esame[24], si è ritenuta illegittima l'esclusione di una ditta, motivata con riferimento al fatto che, in contrasto con quanto prescritto dal bando, aveva omesso di timbrare e sottoscrivere, per integrale accettazione, in ogni pagina, il capitolato speciale di appalto; in tal caso, infatti, non integrando la mancata sottoscrizione integrale del capitolato una legittima causa di esclusione, si è ritenuto violato il principio di tassatività delle cause di esclusione come scolpito nell'art. 46, comma 1 *bis* del codice dei contratti. Con la medesima decisione si è ritenuta illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto motivata con riferimento al fatto che, in contrasto con quanto prescritto dal bando, aveva omesso di allegare la copia conforme del certificato del sistema di qualità, prodotto ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria, effettivamente in suo possesso.

La disposizione normativa ha alimentato un copioso contenzioso, testimoniato dai plurimi interventi dell'Adunanza plenaria, proprio al fine di individuare quali carenze o inadempienze potessero sussumersi nelle ipotesi tassative di esclusione.

Al riguardo è stato chiarito (Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, Ad. Plen. n. 9/2014, cit.; Ad. Plen., n. 16/2014, cit.) che la costruzione della disposizione contenuta nel suindicato art. 46, comma 1*bis*, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell'esclusione deve essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorchè non espressamente a pena di esclusione.

Tra l'altro, sotto il profilo temporale, con la citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 9/2014 si è precisato che il comma 1 *bis* dell'art. 46 non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011.

Sul piano oggettivo, con la medesima decisione si è sancito che il principio di tassatività delle cause di esclusione si applica solo alle gare disciplinate dal medesimo codice. In tale ambito, sono da ritenersi legittime le clausole dei bandi 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.

5. Il soccorso istruttorio a seguito del d.l. n. 90/2014

Ad innovare, profondamente, la portata del soccorso istruttorio è intervenuta la recente novella normativa di cui all'art. 39 della legge n. 114/2014 (sopra trascritto).

Come già evidenziato, il Legislatore ha inteso rendere obbligatorio il procedimento di regolarizzazione ed integrazione della documenta-

[22] Applicabile successivamente al 14 maggio 2011, come previsto dall'art. 4, comma 3, del medesimo d.l. n. 70/2011.
[23] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 1 ottobre 2014 n. 2411.
[24] Applicabile successivamente al 14 maggio 2011, come previsto dall'art. 4, comma 3, del medesimo d.l. n. 70/2011.

zione prodotta a gara dall'impresa, previa irrogazione di una sanzione pecuniaria e nel rispetto del termine di dieci giorni all'uopo da assegnare.
Molteplici sono i profili problematici suscitati dalla norma in commento.
Innanzitutto, deve ritenersi pacifica la **natura perentoria del termine** di **dieci giorni** da assegnarsi per la produzione della documentazione richiesta ad integrazione, alla stregua di quanto avviene nell'ambito dell'art. 48 del codice[25]; difatti, le medesime esigenze di celerità, che sottendono la configurazione della natura perentoria del termine sancito da tale ultima disposizione in fase di c.d. "controllo a campione", devono ritenersi sussistenti anche nel caso prospettato dalla novella quivi divisata.
Analogamente, può condividersi l'interpretazione secondo cui la sanzione può irrogarsi (ovvero, l'importo deve essere corrisposto) solo in caso di integrazione documentale e non nella diversa ipotesi di esclusione per "omessa integrazione".
Vuol dirsi che, nonostante il dettato normativo (ovvero il primo periodo della comma in esame) sembra sancire (laddove usa l'espressione "*obbliga il concorrente*") la doverosità della sanzione pecuniaria in caso di carenza documentale (anche, cioè, a prescindere dalla avvenuta regolarizzazione), deve ritenersi (alla stregua di quanto precisato nel quarto periodo del comma in esame) che l'unica sanzione applicabile, in caso di omesso riscontro alla richiesta di integrazione, sia l'esclusione del concorrente. Non vi è dubbio, infatti, che l'irrogazione della sanzione pecuniaria per la sola incompletezza documentale, risulterebbe ingiustificata e sproporzionata.
Resta, pertanto, da differenziare (in assenza di ulteriori precisazioni del Legislatore) i casi di carenze "sanzionabili" dalle mere irregolarità, per le quali, pur trovando applicazione l'art. 46, comma 1, non è possibile disporre alcuna esclusione e, tantomeno, è possibile irrogare la sanzione pecuniaria ivi prevista[26]. In soccorso, possono richiamarsi i diversi indirizzi giurisprudenziali registrati in materia.

6. La casistica giurisprudenziale e l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 38 del codice

Al fine di puntualizzare la portata applicativa dell'art. 38[27] del codice e, quindi, per individuare le carenze sanzionabili, meritano di essere approfondite le problematiche più rilevanti, con particolare riguardo ai soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni ivi previste [alle lett. b), c) e m-*ter*, del comma 1], nonché le modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive, richiamate dal comma 2.
Procediamo con ordine.
In linea generale, va ricordato che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38, d. lgs. n. 163/2006; tale principio risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.
Occorre, infatti, che tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di

[25] Cons. Stato, Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n. 10.

[26] Come già avvertito, in tale sede si prescinde dall'analisi dell'ultimo periodo del comma in esame, sia perché non pertinente con la trattazione che segue, sia perché i plurimi sospetti di incostituzionalità che suscita non potrebbero ridursi a sintetiche riflessioni.

[27] Cfr. VENTURA F., Commento all'art. 38, in AA. VV., Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Padova, 2008.

lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38[28].
L'accertamento dei predetti requisiti si impone per ogni attività contrattuale.
In particolare, poiché l'art. 27 del codice dei contratti pubblici dispone che nei contratti esclusi, in tutto o in parte, dalla sua applicazione, devono comunque osservarsi i principi di tutela della concorrenza, tra cui quello di imparzialità, efficacia, *par condicio*, deve ritenersi che anche a tale tipo di contratti sia applicabile la regola secondo cui tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali indicati nell'art. 38; tale regola può essere considerata un principio di tutela della *par condicio*, dell'imparzialità e efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, quali i servizi dell'Allegato II-B.
Resta problematica l'individuazione delle **persone fisiche** (titolari di poteri di rappresentanza) tenute a rendere tale dichiarazione.
La prevalente posizione giurisprudenziale ritiene che il criterio interpretativo da seguire consista nel ricercare nello statuto della società quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza. A tal fine non assume alcun rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati solo in funzione vicaria: ciò che conta è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, come nel caso in cui lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire, in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare della rappresentanza senza intermediazione di autorizzazione o di investitura[29].

[28] Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2012, n. 2825; *id.*, 15 giugno 2010, n. 3759.
[29] Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2014, n. 4212; *id.*, Ad. Pl., 16 ottobre 2013, n. 23.

Alla stregua di tale indirizzo ermeneutico l'indicato art. 38 assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, al soggetto rappresentato, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta.
Si è considerata dirimente, quindi, non tanto la qualifica formale rivestita, bensì i poteri sostanziali attribuiti (ove prevedano la rappresentanza della società verso l'esterno), con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza[30], dei procuratori *ad negotia* laddove, a dispetto del *nomen*, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto[31].
Si è ritenuto sussistente l'obbligo di dichiarazione da parte di colui che, in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali[32].
Non sono mancati, tuttavia, discordanti posizioni.

[30] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327**;** *id.*, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8059. Secondo tale statuizione, quando si tratta di titolari di organi di persone giuridiche, al fine di ricomprenderli nella nozione di "*amministratori muniti di poteri di rappresentanza*", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite; in particolare nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 del codice, rientrano sia i soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario, sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte.
[31] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; *id.*, 20 ottobre 2010, n. 7578.
[32] Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374**;** *id.*, sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373; *id.*, sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068, che ritiene sussistente tale obbligo in capo al procuratore anche a prescindere da un'espressa e specifica previsione del bando.

Altra giurisprudenza, infatti, ha limitato, sotto il profilo soggettivo, la sussistenza dell'obbligo della dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, non anche ai procuratori della società[33].

In particolare, sempre per quanto concerne i procuratori, alcuni arresti giurisprudenziali ritenevano insussistente l'obbligo di tale dichiarazione[34].

Si precisava che nel caso in cui il bando prescriveva la presentazione, a pena di esclusione, di una dichiarazione sostitutiva da parte "di tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza", tale disposizione presupponeva la duplice condizione soggettiva di amministratore e di titolare del potere di rappresentanza; pertanto, la dichiarazione andava resa dalle sole persone fisiche aventi la carica formale di amministratore, insieme al potere di rappresentanza, non essendo sufficiente l'attribuzione di ampi poteri rappresentativi, occorrendo anche l'attribuzione della carica societaria di amministratore[35].

Le divergenti posizioni giurisprudenziali hanno imposto l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Precisamente, con la sentenza del 16 ottobre 2013 n. 23, si è sancito che, in tema di dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità professionale prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici, l'art. 38, lett. c), del d. lgs. n. 163 del 2006, con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza", ha inteso riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina codicistica e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste, qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale. In diverso modo si atteggia la posizione del procuratore "*ad negotia*", il quale è di norma figura eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali; per tale figura, in difetto di espressa previsione della *lex specialis*, non occorre rendere detta dichiarazione.

Tuttavia, si è avvertito che in talune ipotesi, nella modulazione degli assetti societari, la prassi mostra l'emersione di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori; in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché, da un lato, si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.

Alla stregua di tali premesse, ***l'obbligatorietà o meno della dichiarazione da parte dei procuratori viene risolta alla stregua della previsione del bando di gara***.

In particolare, nel caso in cui una norma circa le dichiarazioni da rendere in sede di gara non sia univoca e sussistano indirizzi giurisprudenziali non uniformi, **ove la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta**

---

[33] Tra le altre, si segnalano, T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 aprile 2009, n. 131; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 luglio 2008, n. 379.

[34] Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513.

[35] E' quanto sostenuto da Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857, che ha escluso che la dichiarazione andasse presentata con riferimento a soggetti che non rivestivano la carica di amministratore, anche se, in base alle disposizioni statutarie della società, essi erano dotati di poteri rappresentativi.

non già per la mera omessa dichiarazione, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito.

In altri termini, nel caso in cui la *lex specialis* faccia generico rinvio all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, non prendendo affatto in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38, non può disporsi l'esclusione dalla gara di una ditta per mancata dichiarazione anche in ordine a detta figura, ove peraltro non sia stata dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l'esistenza di mende a carico del procuratore "*ad negotia*", così che dall'invocata verifica possa sortire l'effetto preclusivo dell'ammissione alla gara per il difetto del requisito in questione.

Su tale posizione si è attestata anche la recente giurisprudenza[36].

Problematica affine ha riguardato gli **amministratori di società "fuse" per incorporazione** in una società incorporante (partecipante a gara), in quanto la fusione non comporta, a seguito della riforma del diritto societario, l'estinzione della società incorporata, ma determina l'integrazione della stessa nella società incorporante[37].

Analogamente alla soluzione prospettata per i procuratori, si è ritenuto, da un lato, che, in caso di **cessione d'azienda**, la dichiarazione circa l'insussistenza di sentenze di condanna passate in giudicato (o di decreti penali di condanna irrevocabili, o di sentenze di applicazione della pena su richiesta) per i reati previsti dall'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, va resa, a pena di esclusione, anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la impresa cedente nell'ultimo anno; dall'altro, si è avvertito che, tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario, in caso di mancata presentazione della dichiarazione e qualora il bando non contenga al riguardo un'espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto ove sia riscontrata l'assenza del requisito in questione[38].

Anche tale indirizzo interpretativo gode di una recente conferma[39].

Analogo obbligo è stato ritenuto sussistente in caso di partecipazione a gara di un'impresa che abbia acquisito un **ramo di azienda**, con necessità che la dichiarazione venga resa dall'amministratore e dal direttore tecnico della società cedente[40].

Alla stregua degli stessi canoni ermeneutici è stato ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione di una società nel caso in cui la dichiarazione *ex* art. 38 non sia stata resa anche con riferimento alle posizioni degli "**institori**", titolari del potere di rappresentanza, seppur espletato in un limitato ambito territoriale[41].

Sempre invocando un'interpretazione sostanzialistica, si è statuito che non può disporsi l'esclusione dalla gara di una società che non abbia reso la dichiarazione *ex* art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-*ter*) del codice anche con riferimento al **vice Presidente del C.d.A.** della società, ove comunque non risultino precedenti a

---

[36] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327; id., sez. III, 4 marzo 2014 n. 1030.

[37] Cfr., anche per ulteriori approfondimenti su tale profilo, Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2013, n. 1411; *id.*, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n. 21; *id.*, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4323 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 luglio 2011, n. 1244.

[38] Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10.

[39] Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2014, n. 1563.

[40] Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2013, n. 3214; *id.*, sez. V, 13 giugno 2011, n. 3580. Sull'applicabilità del principio all'ipotesi di fitto di ramo d'azienda, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 24 aprile 2014, n. 1205.

[41] Cons. Stato, sez. IV, ord. 9 gennaio 2010, n. 43; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 29 agosto 2014 n. 456.

suo carico ed in assenza di espressa comminatoria da parte della *lex specialis*[42].
Si è reso necessario l'intervento della Plenaria[43] anche per dirimere le questioni interpretative in ordine all'espressione "***socio di maggioranza***", di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, e alla lettera m-*ter*) del medesimo comma; secondo il principio di diritto ivi formulato, detta espressione va riferita - oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale - anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%.
In conclusione, ai fini dell'applicazione del **comma 2 *bis* dell'art. 38** (oggetto della presente analisi), deve disporsi l'integrazione (con contestuale irrogazione della sanzione e con l'esclusione in mancanza di integrazione) nell'ipotesi di omessa (o incompleta) dichiarazione da parte dei soggetti espressamente indicati nell'art. 38 (amministratori e direttori tecnici, socio di maggioranza *et similia*).

Allo stesso modo deve operarsi (in presenza di una chiara previsione della *lex specialis*), per l'omessa presentazione (o per l'incompletezza) della dichiarazione relativa ai requisiti morali da parte del procuratore o dell'institore con poteri negoziali.
Per tali ultime figure, nel caso di omessa previsione del bando, l'esclusione può essere disposta (in ogni caso e senza alcuna possibilità di regolarizzazione) solo in assenza concreta del requisito (ovvero a seguito delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante, da cui emerga uno degli impedimenti previsti dalla norma).
I criteri ermeneutici enunciati per i procuratori vanno applicati con riferimento agli amministratori e ai cessati dalla carica delle società fuse o incorporate, ovvero delle società cedenti, anche in fitto, un ramo di azienda, al concorrente-cessionario/affittuario.
Si ritiene che non si possa disporre l'esclusione (né, quindi, la regolarizzazione con sanzione) in caso di omessa presentazione di certificati non necessari, quali quelli relativi ai carichi pendenti[44].

7. (segue) la rilevanza degli oneri formali e le carenze delle dichiarazioni sostitutive

Il nuova comma 2 *bis* dell'art. 38 richiama, ai fini del relativo ambito applicativo, anche le dichiarazioni sostitutive che i concorrenti producono in gara, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, per comprovare la sussistenza dei requisiti morali.
Come è noto, in ragione della vigente legislazione di settore (*id est*: d.p.r. n. 445/2000, come

[42] Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2013, n. 1494, secondo cui anche se il vice Presidente del Consiglio di Amministrazione è tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 cit., in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso, tuttavia la dimostrazione dell'assenza di precedenti penali a suo carico, in sede di verifica dei requisiti, ne impedisce l'esclusione dalla gara, che non corrisponderebbe ad alcun effettivo interesse pubblico. Quando infatti il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, ricorre un'ipotesi di c.d. "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative. Sull'obbligatorietà della dichiarazione da parte del Vice Presidente, cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza 6 febbraio 2014, n. 583.
[43] Cons. Stato, Ad. Plenaria, 6 novembre 2013, n. 24.
[44] Cons. Stato, sez. III, n. 1494/2013, cit., secondo cui la mancata presentazione del certificato di carichi pendenti (attestante l'esistenza di procedimenti relativi ad illeciti amministrativi, dipendenti da reato, a carico di persone giuridiche, società ed associazioni anche prive di personalità giuridica), essendo a tal fine sufficiente il certificato penale del casellario attestante le sole condanne penali.

novellata dalla legge n. 183/2011) il rigore formale che caratterizza le procedure di gara deve essere contemperato con ***le norme sulla semplificazione documentale*** che, in via generale, abilitano i concorrenti ad avvalersi dell'autocertificazione.

Ragion per cui, anche se il bando impone di produrre determinati certificati, gli stessi possono essere surrogati da dichiarazioni sostitutive degli interessati (salvi i divieti sanciti da leggi e regolamenti) e tanto in virtù di un *principio generale dell'ordinamento* operante anche in mancanza di espressa previsione del bando[45].

Sulla base degli artt. 38 e 74 del d. lgs. n. 163/2006, dell'art. 18 della l. n. 241/1990 e degli artt. 43, 46 e 77 *bis* del d.p.r. n. 445/2000, le clausole che richiedono certificati devono considerarsi rispettate qualora venga prodotta un'appropriata dichiarazione sostitutiva, che l'Amministrazione appaltante ha il potere-dovere di verificare ai fini dell'eventuale esclusione[46].

Il sistema della semplificazione della documentazione amministrativa, imperniato sulla sostituzione di un certificato o di un atto di notorietà con altrettante dichiarazioni rese dall'interessato, poggia su due fondamentali principi:

- quello dell'*autoresponsabilità* del dichiarante;
- quello dell'*equivalenza funzionale* delle suddette dichiarazioni rispetto ai certificati o agli atti sostituiti.

Sotto quest'ultimo profilo, una dichiarazione può ritenersi valida ed efficace soltanto se rispetti - oltre alle "formalità" estrinseche prescritte dall'ordinamento (essenzialmente dirette a renderne incontrovertibile la "paternità") - anche il canone dell'autosufficienza contenutistica rispetto al documento o all'atto sostituito.

Ne consegue che una dichiarazione sostitutiva, ivi incluse quelle complesse (ossia risultanti dalla combinazione di un'autocertificazione e di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà), può tener luogo della certificazione, solo quando essa sia in grado di veicolare tutti i dati contenuti nei documenti pubblici sostituiti e, soprattutto, quando essa risulti idonea, da sola, a soddisfare le esigenze informative manifestate dall'Amministrazione.

Per cui, una dichiarazione che rechi la puntualizzazione "*per quanto a mia conoscenza*", relativa all'inesistenza di condanne, rende *tamquam non esset* la dichiarazione rilasciata, venendo a mancare una vera assunzione di responsabilità[47], eccetto le ipotesi (eccezionali) in cui venga resa per conto terzi[48].

L'utilizzo di tale strumento di semplificazione deve, comunque, soddisfare quanto richiesto dal bando.

Pertanto, la mera dichiarazione secondo cui l'impresa è iscritta alla Camera di commercio non può ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissione ad una gara nel caso in cui il bando preveda che debba essere precisata dalle imprese partecipanti l'"iscrizione per l'attività oggetto dell'appalto"[49].

In ordine alle carenze delle dichiarazioni sostitutive rese, si è detto che l'affidamento di un

---

[45] Orientamento ribadito da TAR Campania, Napoli, sez. III, 18 gennaio 2011, n. 300.

[46] T.A.R. Sardegna, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 28. Il Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7459, ha ritenuto illegittima l'esclusione di un'impresa che non aveva inserito nella busta contenente la documentazione, così come prescritto dal disciplinare, i certificati del casellario giudiziario e dei carichi pendenti in data non anteriore a sei mesi, posto che essa aveva inserito un'appropriata dichiarazione sostitutiva.

[47] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 22 ottobre 2010, n. 13015.

[48] Secondo Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2013, n. 688 e *id.*, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3132, tale precisazione è ammissibile nelle dichiarazioni *ex* art 38 rese dal legale rappresentante relative a soggetti cessati dalla carica.

[49] Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1210.

partecipante può rilevare, con finalità latamente "sananti", solo se alla genesi dell'errore, di percezione o di comprensione della *lex specialis*, nel quale sia incorso il concorrente, abbia causalmente contribuito il comportamento ambiguo dell'Amministrazione; mentre, ove un'autocertificazione sia *inequivocabilmente richiesta*, la sua omessa allegazione impone l'esclusione delle concorrenti[50].

Analoga è la sanzione ritenuta applicabile per la mancata **allegazione del documento di riconoscimento** del sottoscrittore.

Tale allegazione, al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata, lungi dal costituire un vuoto formalismo, rappresenta un fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare (per di più, con la valenza di monito) non tanto (*melius*, non soltanto) le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica[51].

Ne consegue che la produzione della fotocopia della carta di identità, contestualmente alla presentazione dell'autocertificazione, è elemento imprescindibile della stessa e non può essere regolarizzata successivamente[52].

In altre parole, le autocertificazioni (ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 445 del 2000) necessitano, per la loro giuridica esistenza ed efficacia, della sottoscrizione del legale rappresentante del dichiarante, resa in presenza di un dipendente addetto, ovvero dell'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore; va, pertanto, disposta l'esclusione dalla gara per la mancata allegazione della fotocopia del documento di riconoscimento alla dichiarazione sostitutiva ed ai documenti prodotti in fotocopia autocertificata, atteso che l'obbligo di produrre copia del documento di identità risulta inderogabile in considerazione della sua introduzione quale forma di semplificazione.

Tale orientamento è stato più volte[53] confermato[54].

Sotto un profilo "modale", si è detto che non inficia la validità di una dichiarazione sostitutiva la circostanza che la dichiarazione stessa sia stata inserita in un unico documento contenente le dichiarazioni di altri soggetti[55].

---

[50] Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528**;** *id.,* 10 gennaio 2005, n. 32.

[51] Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2013, n. 1915; *id.,* sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; id., 4 maggio 2006, n. 2477.

[52] T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 28 febbraio 2013, n. 98**;** Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3445. Tale decisione ribadisce il pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui, in base al combinato-disposto degli artt. 21, comma 1, e 38, commi 2 e 3, del d.p.r. n. 445 del 2000, nel caso di dichiarazioni sostitutive, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce ad una istanza o ad una dichiarazione e non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica; tale incombente riveste natura nodale ed è insuscettibile di regolarizzazione.

[53] Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2013, n. 1915; *id.,* sez. VI, 22 ottobre 2010, n. 7608, in cui si ribadisce che l'allegazione della copia fotostatica del documento di identità costituisce un caso di forma essenziale stabilita dalla legge.

[54] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 4 giugno 2014, n. 3074; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 7 febbraio 2011, n. 1099, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture, disposta in favore di una ditta che abbia omesso di allegare, alle dichiarazioni sostitutive prodotte unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, la copia del documento di identità riferito alle generalità dei firmatari o di uno soltanto di essi; infatti, la mancata allegazione del documento di identità rende del tutto nulle ed inefficaci le dichiarazioni sostitutive allegate alla domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

[55] Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2010, n. 1795. Secondo tale Collegio, la presentazione di un unico documento non

Meno rigorosa appare anche la decisione[56] secondo cui l'autocertificazione complessa -cioè attinente ad una pluralità di circostanze ovvero ad una pluralità di dichiarazioni che, ancorché non rese formalmente *uno actu*, siano contemporaneamente rilasciate in un unico plico, come è il caso delle offerte di gara- non richiede, per poter essere valida, che ciascuno dei fatti o delle circostanze sia accompagnata dalla fotocopia del documento di identità, la cui funzione è quella di asseverare, anche ai fini della responsabilità, la provenienza delle dichiarazioni rese.

In ogni caso, radicale è la sanzione a fronte di una dichiarazione mendace.

La presentazione, da parte di una ditta concorrente, di una **dichiarazione non veritiera** ovvero falsa (indipendentemente da ogni considerazione sul fatto che essa giustifichi un giudizio di inaffidabilità e, quindi, di esclusione dalla gara) costituisce motivo di esclusione *ex se* dalla procedura di gara[57].

In linea generale, quindi, le false attestazioni comportano l'esclusione dalla gara dell'impresa che le ha rese, risultando irrilevante a questo effetto l'elemento soggettivo doloso o colposo essendo sufficiente l'obiettiva esistenza del falso[58], atteso che l'autocertificazione è un modulo semplificatorio di favore che agevola l'interessato, ma contemporaneamente lo onera di specifica attenzione e verifica sia per non indurre in capo all'amministrazione l'onere di una impossibile verifica sull'elemento soggettivo del dichiarante, sia perché la responsabilità della verifica dei dati autocertificati correttamente bilancia la semplificazione così ottenuta[59].

Il sistema esige, pertanto, la massima serietà e correttezza da parte del concorrente nel redigere l'autocertificazione e, conseguentemente, una dichiarazione non veritiera non può che far dubitare della moralità professionale e dell'affidabilità del dichiarante[60].

Si è ritenuta falsa la dichiarazione con la quale il legale rappresentante di un'impresa partecipante alla gara di appalto ha attestato di essere in possesso del requisito della regolarità contri-

---

esclude, infatti, che sotto il profilo giuridico, si debba qualificare detto documento come contenente una serie di atti plurimi imputabili ai singoli soggetti che hanno sottoscritto la dichiarazione. D'altra parte, non vi è alcuna disposizione che vieti di concentrare in un unico documento le dichiarazioni sostitutive rese da più soggetti, quanto meno nei casi in cui sia agevolmente ravvisabile una oggettiva e soggettiva connessione tra le dichiarazioni stesse, anche in funzione della loro destinazione.

[56] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 maggio 2005, n. 798.

[57] Cons. Stato, sez., III, 2 luglio 2013, n. 3550**;** *id.*, sez. V, ord. 21 maggio 2010, n. 2252.

[58] Ai sensi del comma 1 *ter* dell'art. 8, del d. lgs. n. 162/2006, come inserito dall'art. 4 della legge n. 106/2011, in caso di dichiarazione falsa (o di falsa documentazione) la stazione appaltante deve darne segnalazione all'Autorità di vigilanza (ora ANAC, a seguito della legge n. 114/2014), cui compete la verifica dei presupposti per l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto.

[59] Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397**;** T.A.R. Sardegna, sez. I, ord. 6 aprile 2011, n. 159, che ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto di lavori, motivata con riferimento al fatto che la ditta risultata aggiudicataria aveva presentato, in sede di gara, documentazione difforme rispetto a quella prodotta in sede di verifica ed una falsa attestazione. Di recente Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014 n. 400, ha ritenuto legittima l'esclusione da una gara di appalto di una società il cui il legale rappresentante ha dichiarato, in sede di gara, di non aver riportato alcuna condanna penale, essendo risultato attinto da un decreto penale di condanna; al riguardo è predicabile il principio per cui in sede di gara d'appalto i concorrenti non possono operare alcun filtro in sede di dichiarazioni rilasciate ai sensi dell'art. 38 del codice, relativamente alla indicazione delle condanne penali subite ed alla loro rilevanza sulla moralità professionale, valutazione questa che è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante (anche perché la riabilitazione del condannato e l'estinzione del reato, per essere rilevanti in sede di gara d'appalto, devono essere formalizzate in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione).

[60] Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792.

butiva nel caso in cui risulti che, alla data di presentazione delle offerte prevista dal bando, tale requisito non sussisteva, a nulla rilevando che, successivamente, abbia sanato la situazione di irregolarità[61].

Diversa è l'ipotesi di una *dichiarazione meramente irregolare*.

In tale evenienza si impone (anche a seguito della novella normativa esaminata in questa sede) alla stazione appaltante un generale "*dovere di soccorso*".

Di modo che deve ritenersi legittimo l'invito alla regolarizzazione rivolto ad un'impresa il cui legale rappresentante, nel presentare la domanda prevista dalla lettera di invito, abbia allegato alla domanda stessa un documento di identità scaduto, atteso che, in tal caso, trattandosi di irregolarità, che di certo non costituisce falsità, la stessa può essere agevolmente sanata o con la produzione di altro documento, ovvero con una versione aggiornata di quello scaduto, secondo il procedimento di rettifica indicato dall'art. 71 del d.p.r. n. 445/2000[62].

Per la medesima ragione sono state ritenute valide e pienamente efficaci le dichiarazioni sostitutive rese su più fogli privi della necessaria sottoscrizione per ciascun foglio, atteso che l'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000 non prevede siffatto obbligo, neppure rispondente all'esigenza di evitare dichiarazioni mendaci, atteso che l'Amministrazione ha sempre la possibilità di verificarne l'esattezza[63].

In assenza di un modulo predisposto dall'Amministrazione appaltante, la dichiarazione sostitutiva firmata e presentata dal partecipante a una gara d'appalto senza la formalità dell'apposizione della clausola del richiamo dell'art. 76, non determina l'esclusione dalla gara (alla stregua del principio è stato ritenuto che non poteva determinare l'esclusione dalla gara il fatto che una ditta, nel rendere la dichiarazione sostitutiva, aveva omesso il richiamo alle sanzioni penali previste nel caso di dichiarazioni mendaci)[64].

Sotto l'aspetto formale è da ritenersi valida anche una dichiarazione sostitutiva in cui manchi l'espressa menzione del d.p.r. n. 445/2000 e della qualificazione dell'atto, atteso che le autocertificazioni necessitano per la loro giuridica esistenza, solo della sottoscrizione del legale rappresentante del dichiarante, resa in presenza di un dipendente addetto, ovvero dell'allegazione di copia fotostatica, ancorché non autenticata, di un documento del sottoscrittore[65].

Sembra aver trovato un idoneo componimento giurisprudenziale la problematica relativa all'idoneità di un'unica copia del documento di identità allegato a più dichiarazioni, formalmente distinte l'una dall'altra.

Si è ritenuto conforme alla lettera dell'art. 38 del d.p.r. n. 445/2000 e rispondente alla finalità dallo stesso perseguita, non potendo comportare - anche in ossequio al principio del *favor partecipationis* - l'esclusione dalla gara, l'inserimento

[61] Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 104.

[62] Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2366, in virtù del quale, nel caso in cui, nel corso di una gara di appalto, sia stata prodotta una delle dichiarazioni prescritte dalla *lex specialis* corredata da un documento d'identità scaduto, non può farsi luogo all'esclusione dell'impresa cui si riferisce la dichiarazione stessa, dovendosi piuttosto farsi applicazione delle regole generali in materia di dichiarazioni sostitutive (art. 71 del dpr n. 445/2000), secondo cui "*qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità*" e che "*questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione*", atteso peraltro che l'art. 77-*bis* del citato d.p.r. estende espressamente alla materia delle gare per l'affidamento di pubblici appalti la disciplina dettata in tema di dichiarazioni sostitutive.

[63] Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6043.

[64] Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2010, n. 579.

[65] Cons. giust. amm. reg. siciliana, 3 ottobre 2007, n. 911.

di una singola copia fotostatica del documento di identità nella busta contenente la documentazione di gara, nel caso in cui le dichiarazioni sostitutive richieste siano più d'una e formalmente distinte; l'inserimento di una sola copia del documento d'identità per più dichiarazioni sostitutive, infatti, è stato ritenuto sufficiente all'identificazione del rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive stesse e, in particolare, a fornire la prova del nesso di imputabilità soggettiva delle dichiarazioni alla persona fisica che le ha rese[66].

Si è ritenuta irrilevante l'omessa presentazione della domanda di partecipazione alla gara che costituisce solo una manifestazione della volontà del soggetto di voler partecipare alla gara e della certa attribuibilità al medesimo soggetto della documentazione a tal fine presentata; in tal caso, la volontà di voler partecipare alla gara ben può essere desunta dal complesso della documentazione presentata[67].

*****

Alla stregua delle suesposte argomentazioni, al fine di perimetrare l'applicazione del comma 2 *bis* dell'art. 38, deve ritenersi ammissibile (e doverosa) l'integrazione con sanzione, oltre che nel caso di radicale assenza, anche nell'ipotesi di dichiarazioni:

a) prive di sottoscrizione;
b) prive dell'allegazione di un documento di identità del sottoscrittore;
c) prive di una delle condizioni da attestare;
d) che presentino clausole dubitative (ad esempio "*per quanto a mia conoscenza*" *et similia*), ove concernenti la posizione del dichiarante;

Saranno, invece, regolarizzabili (senza sanzione), le ipotesi di assenza della data, di allegazione di un documento di identità scaduto[68], di assenza di sigle su tutte le pagine di una dichiarazione resa su più fogli privi di un timbro di congiunzione (purché sia sottoscritta l'ultima), di produzione di una fotocopia della dichiarazione[69].

Non sarà regolarizzabile né sanabile (neanche, cioè, a seguito del nuovo comma 2 *bis*) una dichiarazione mendace[70]. Connessa alla falsa dichiarazione è la sanzione della decadenza dell'aggiudicazione, come previsto dall'art. 75 del d.p.r. n. 445/2000, che dispone la decadenza del dichiarante dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera[71].

---

[66] Cons. Stato, sez. VI, n. 7608/2010, cit..

[67] In termini, Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014 n. 744, per il quale non può accordarsi prevalenza al rilievo meramente formale della mancata presentazione della domanda ed in tal senso si presenta come illegittima la clausola del bando che prevede l'esclusione nel caso di omessa presentazione di tale tipo di domanda di partecipazione. Cfr., anche, TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 19 maggio 2014 n. 5248.

[68] Recentemente il TAR Lombardia, Milano, sez. I, 25 settembre 2014, n. 2392, ha ritenuto "mera irregolarità" l'allegazione di un documento di identità scaduto, dalla quale non può farsi discendere l'abnorme conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

[69] Per il Cons. Stato, sez. IV, 3 settembre 2014 n. 4494, nel caso in cui, in sede di gara, sia stata prodotta da una ditta una dichiarazione in **copia fotostatica** e nessuna prescrizione della *lex specialis* imponeva l'allegazione dell'originale, va disposta la regolarizzazione di detta dichiarazione con la produzione degli originali, salvo, ovviamente, il necessario e successivo controllo circa la conformità delle copie fotostatiche agli originali. Né può ritenersi che la dichiarazione prodotta in copia sarebbe giuridicamente "inesistente": in tal caso, infatti, il documento è stato allegato e lo stesso deve ritenersi esistente.

[70] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775; *id.*, sez. VI, 14 aprile 2014 n. 1771, per il quale una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara.

[71] In tal senso, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 21 maggio 2014 n. 517.

Ovviamente, dall'applicazione pratica del nuovo istituto potranno desumersi ulteriori spunti interpretativi, capaci di delimitarne meglio la portata e la natura.