



**La nuova configurazione del contenuto dei bandi di
gara alla luce delle previsioni del d.l. 90/2014 in
materia di cause di esclusione dalle gare di appalto.
Il ritorno del principio del soccorso istruttorio.**

di

Alessia Fonzi*

L'assegnazione di un pubblico appalto rileva non solo come momento costitutivo di un nuovo rapporto negoziale, ma anche e soprattutto come scelta attributiva di un vantaggio economico nei confronti della controparte del soggetto pubblico. È proprio quest'ultimo aspetto che determina l'esigenza di garantire non solo l'imparzialità dell'amministrazione nella scelta del contraente, ma anche l'obiettivo di matrice comunitaria di tutelare la *par condicio* dei concorrenti. Entrambe queste esigenze trovano nell'evidenza pubblica il momento di confronto e di relativa tutela: nella serie di atti che l'amministrazione deve elaborare si riflette infatti la necessità di proceduralizzare le modalità di scelta del privato contraente in considerazione dell'interesse pubblico di riferimento.

Alla fase di formazione della volontà dell'ente, che si conclude con la delibera a contrarre, segue la fase successiva finalizzata alla scelta del privato contraente, il cui primo atto rilevante è costituito dal bando di gara, attraverso il quale la pubblica amministrazione esterna la volontà di stipulare un contratto, così consentendo di porre le premesse per scegliere l'operatore economico maggiormente adatto a rispondere alle sue esigenze nel rispetto delle regole imposte dalla parità di trattamento.

Ne consegue che l'interpretazione della legge di gara riveste un'importanza fondamentale quale operazione che consente di identificare la volontà effettiva della stazione appaltante, sebbene ogni qualvolta ci si inoltri nei percorsi dell'interpretazione le soluzioni non possono essere mai ritenute univoche e si scontrano fra concezioni formalistiche e teorie sostanzialistiche che di fatto

* Dottore di ricerca

rendono il dibattito in materia ancora aperto. Fra l'altro nel caso dei bandi di gara spesso il problema concerne proprio i poteri dell'amministrazione e la sua attitudine ad interpretare clausole del bando non chiare o equivoche, ricorrendo ad indici quali il contesto applicativo, la *ratio*, ovvero lo scopo sotteso alla emanazione di una clausola del bando. Alla tentazione, infatti, di procedere ad una interpretazione letterale del bando, a cui spesso cede l'amministrazione, si dovrebbe resistere attraverso una lettura sostanziale delle disposizioni, finalizzata alla applicazione concreta dei principi che informano l'intero percorso dell'evidenza pubblica, primo fra tutti la concorrenza¹. È solo in questo modo che si può evitare lo "scollamento" fra il bando e la realtà fenomenica che legittima gli interessati a far valere le proprie pretese in sede giurisdizionale, in modo da recuperare quelle esigenze di giustizia spesso svilite da un agire meccanico e formalistico della pubblica amministrazione. Ovviamente l'interpretazione di un

¹È stato proprio il Consiglio di Stato ad aprire il varco ad una interpretazione sostanzialistica del bando di gara con una pronuncia datata 1985 (sez. IV, 4 settembre 1985, n. 335), successivamente ripreso anche sulla scorta del principio comunitario di massima apertura della procedura di gara, *ex plurimis*, da Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6675; T.A.R. Liguria-Genova, sez. I., 13 luglio 2006, n. 829; Cons. stato, 10 gennaio 2007, n. 37; Cons. stato, sez. V, 2 aprile 2007, n. 1857; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 14 agosto 2007, n. 3078; Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4437; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14 settembre 2010, n. 3476; TAR Valle D'Aosta, Aosta, Sez. I, 6 aprile 2011, n. 25. Tale visione ha il suo necessario presupposto nella definizione dei criteri interpretativi generali utilizzabili con riferimento ai bandi di gara. Tale atto è qualificabile, in estrema sintesi, come un provvedimento amministrativo generale, sottoposto alle norme civilistiche sulla interpretazione dei contratti, in quanto compatibili in relazione alla diversa funzione e natura degli atti amministrativi e, di conseguenza, dei bandi di gara. Si pensi alla regola dell'art. 1362 c.c., nel quale si fa riferimento alla necessità di indagare la comune intenzione delle parti. In questo caso si imporrebbe l'accertamento della volontà dell'autorità che ha emanato l'atto, che non sempre risulta compatibile con una oggettivazione dell'azione amministrativa. Oppure si pensi ancora all'art. 1370 c.c. che impone l'interpretazione contro l'autore della clausola non sempre applicato nella materia degli appalti laddove spesso si è preferita, almeno prima dell'intervento comunitario, una interpretazione favorevole alla p.a., a discapito del concorrente. Cfr. in materia E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; E. CANNATA BARTOLI, *L'interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi secondo Cass. Sez. Un. 203/1956*, in *Foro Amm.*, 1956, 177 e ss; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, Padova, 1993; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; R. LASCHENA, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1989; L. MACCARONE, *Sull'interpretazione dell'atto amministrativo*, Napoli, 2007; L. MERCATI, *L'interpretazione giurisdizionale del provvedimento amministrativo: dal sindacato di legittimità al riesame del merito*, in *Foro Amm.*, 1990, 2012 e ss; A. PRONTERA, *L'interpretazione del bando di gara: pratiche tradizionali e prospettive metodologiche evolutive. Alla ricerca dell'interpretazione "vera"*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2008, 1571; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 325 e ss.

bando di gara può in taluni casi rivelarsi una operazione complessa², ma resta comunque uno strumento che, consentendo l'emersione del sostrato fenomenico, resiste alla più semplice applicazione del sillogismo aristotelico.

L'articolo 64 del codice dei contratti, come modificato dalla legge n. 106 del 2011, disciplina le caratteristiche essenziali del bando quale atto che definisce e delinea le modalità di svolgimento del futuro contratto di appalto³; in tale disposizione, infatti, si afferma che attraverso questo atto le stazioni appaltanti rendono nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro, indicando al contempo i sistemi di scelta del privato contraente, ovvero l'intenzione di aggiudicare un appalto basato su un sistema dinamico di acquisizione. Nel quarto comma il legislatore ha indicato gli elementi e le informazioni che il bando di gara deve contenere, mentre nel comma 4-bis (introdotto dall'art. 4, comma secondo, lett. h) della legge n. 106/2011) si specifica che le stazioni appaltanti devono predisporre i bandi sulla base dei modelli approvati dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (ora Autorità Anticorruzione in seguito alle previsioni del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90), con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis del d. lgs. 163/2006, essendo ammesse eventuali deroghe al bando-tipo solo se previste e motivate dalla delibera a contrarre.

² Emblematica in tal senso appare la vicenda sottesa alla sentenza emanata dal T.A.R. Brescia – Lombardia, 15 marzo 2007, n. 263, con nota di C.M. SARACINO, *Ermeneutica contrattuale ed auto-interpretazione del bando: la Babele delle clausole di gara tra chiarificazione ed innovazione*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 1253 e ss. Nel caso sottoposto ai giudici amministrativi, infatti, la pubblica amministrazione aveva deferito la chiarificazione di una clausola di un bando ad una consulenza legale, attraverso la quale era stato desunto il reale significato della clausola stessa. Il Collegio qualifica tale operazione come una interpretazione autentica, la quale tuttavia si sarebbe estesa oltre l'ambito riservato alla interpretazione stessa andando ad introdurre una modifica retroattiva del bando, non consentita ed inammissibile. Il punto emerso in sede di nota alla sentenza, però, concerne proprio la possibilità di qualificare questa operazione in termini di interpretazione autentica. Ad avviso dell'Autore, infatti, il Collegio ne ha ampliato la portata, ricomprendendovi anche le opzioni ermeneutiche elaborate non direttamente dall'autore dell'atto, ma da legali estranei al processo di formazione del bando. Ma vi è di più. L'interpretazione richiesta dalla amministrazione non è avvenuta in un momento prodromico rispetto alla emanazione dell'atto, ma *ex post* solo al fine di suffragare le ragioni della revoca dell'aggiudicazione nei confronti di un concorrente, ovvero per motivare l'insussistenza in capo alla società aggiudicataria del requisito stabilito.

³ Sulle caratteristiche generali del bando di gara si veda in dottrina R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; N. GIOFFRÉ, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della p.a.*, Napoli, 1995; E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, 447 e ss.

In considerazione del suo contenuto, quindi, il bando di gara può essere qualificato come la *lex specialis* idonea ad integrare e specificare le disposizioni legislative e regolamentari in materia⁴, sebbene questa definizione debba essere valutata alla luce delle modifiche introdotte all'articolo 46 del codice dalla legge n. 106/2011, il cui comma 1-bis tipizza le ipotesi di esclusione del concorrente dalla gara, sanzionando al contempo con la nullità le eventuali clausole del bando

⁴ Sul punto cfr. A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 1582 e seguenti. L'Autore, infatti, specifica che il bando di gara "ha di norma duplice carattere", in quanto da un lato riproduce i contenuti essenziali dello schema contrattuale già fissati nella deliberazione a contrarre, dall'altro ha carattere integrativo della delibera, contenendo le clausole ordinarie della gara. In particolare secondo il Consiglio di Stato (sez. V, 12 giugno 2012, n. 3445) il bando di gara, nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può prevedere se necessario anche sub-criteri idonei a ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tal modo l'imparzialità delle valutazioni. Sul bando quale *lex specialis* si veda anche in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6322; Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1700, nella quale in particolare i giudici amministrativi sottolineano come il bando rappresenti la *lex specialis* del procedimento, ovvero "l'atto autoritativo (quindi unilaterale) vincolante tutti i soggetti protagonisti e partecipi del procedimento". Ne deriva che il primo soggetto tenuto all'applicazione rigorosa ed incondizionata delle clausole del bando è proprio la stazione appaltante, in virtù di quel formalismo che, sempre per i giudici amministrativi, caratterizza le procedure di gara al fine non solo di rispondere ad esigenze pratiche di certezza, ma anche di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni fra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644; Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435). Da tale assunto derivano alcune conseguenze in tema integrazione del bando da parte della Commissione di gara. Sul punto è intervenuta dapprima la Corte di Giustizia europea (C. Giust. CE, sez. II, 24 novembre 2005, C-331/04) la quale ha chiarito che il diritto comunitario non osta a che la commissione in una gara pubblica di appalto possa introdurre elementi di specificazione ed integrazione delle clausole contenute nel bando, ma ciò può avvenire a condizione che non introduca nuovi e diversi parametri di valutazione non esplicitati in alcun modo nella *lex specialis*. In considerazione di tale orientamento anche la giurisprudenza nazionale si è uniformata: si vedano *ex plurimis* Cons. stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 810; T.A.R. Torino, Piemonte, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 1281, con nota di F. RUSSO, *La Commissione di gara e la possibilità di modulazione, specificazione ed integrazione dei criteri di valutazione stabiliti dalla lex specialis: ratio e limiti nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Giur. Merito*, 2012, 1178 e ss, in cui l'Autore ritiene opportuno analizzare di volta in volta l'operato della commissione per verificare se i criteri introdotti dalla stessa possono considerarsi come meramente esplicativi dell'iter logico seguito dalla amministrazione, oppure hanno un valore autonomo e separato per cui ampliano i margini delle previsioni della *lex specialis*. Solo in tale ultimo caso la condotta della commissione è da ritenersi illegittima, in quanto contraria ai principi di trasparenza e di parità di trattamento che devono trovare immediata e certa applicazione nella procedura ad evidenza pubblica.

che prevedano l'esclusione per motivi ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti⁵.

Il sistema dei requisiti soggettivi generali che le imprese devono possedere al fine di partecipare ad una pubblica gara, infatti, è impostato dal codice dei contratti *a contrario*, dal momento che non vengono indicati in positivo i requisiti, ma vengono indicate le cause di esclusione dalle procedure di affidamento. L'elencazione delle cause di esclusione prevista dall'articolo 38 del codice, modificato dal decreto legge n. 70/2011, convertito nella legge del 12 luglio 2011, n. 106, ha valenza tassativa, in quanto si stabilisce che la presenza anche di una sola causa di esclusione preclude la partecipazione alla gara da parte del concorrente, oppure legittima la stazione appaltante a rifiutare la stipulazione del conseguente contratto, se sopravvenuta rispetto all'aggiudicazione. La presenza di una clausola di esclusione determina quindi la scelta di un diverso contraente ed implica un'attenta valutazione da parte della stazione appaltante, potendo incidere sulla libertà di concorrenza degli operatori economici⁶.

⁵ Sulle cause di esclusione si vedano, *ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 17 ottobre 2012, n. 8522, sentenza nella quale si afferma la legittimità dell'esclusione di un concorrente dalla gara per aver ommesso di indicare specificamente nell'offerta economica l'importo relativo agli oneri per la sicurezza, a nulla rilevando che il bando non prevedeva nulla al riguardo. Ad avviso del Collegio, infatti, l'inosservanza della prescrizione primaria implica la sanzione dell'esclusione per la natura sensibile degli interessi protetti; TAR Umbria, 31 ottobre 2012, n. 464, il quale, in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, afferma l'illegittimità della clausola del bando che commina l'esclusione dalla gara per chi omette di allegare nella busta recante l'offerta tecnica i computi metrici estimativi delle opere complementari e/o di miglioramento. Sembrano, invece, ammesse, nonostante il principio di tassatività, le clausole contenute nei bandi che prevedono l'esclusione dalla gara nel caso di mancato rispetto dei protocolli di legalità e dei patti di integrità, secondo quanto disposto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, in tema di prevenzione e repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione. Tale eccezione sarebbe giustificata in considerazione del fatto che tali clausole sono strumenti posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico. Sul punto S. FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 293 e ss.

⁶ Le cause di esclusione sono le seguenti: lo stato di crisi economica del concorrente (fallimento o altre procedure concorsuali); la pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione; l'aver riportato condanne penali che incidono sulla moralità professionale (sul punto si veda TAR Toscana, sez. I, 7 marzo 2013, n. 362, decisione nella quale i giudici hanno dichiarato l'illegittimità dell'esclusione da una gara d'appalto di una società per mancanza del requisito di moralità da parte del suo amministratore delegato. Tale assunto si fonda sul fatto che la Commissione aggiudicatrice non ha operato una concreta valutazione della gravità dei reati risultanti a suo carico); la violazione del divieto di intestazione fiduciaria (sul punto si veda da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279, sentenza nella quale i giudici precisano che tale divieto è volto a consentire alle

amministrazioni appaltanti di avere sempre certezza della reale identità dei propri contraenti, prevenendo in tal modo il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni criminali nell'esecuzione dei pubblici appalti. Le eventuali verifiche che la stazione appaltante compie dopo l'aggiudicazione sono dunque espressione del potere autoritativo della stessa e sono idonee ad incidere in senso caducante sull'aggiudicazione e sul contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo); gravi infrazioni in materia di sicurezza e degli obblighi inerenti derivanti dai rapporti di lavoro; l'aver commesso gravi negligenze o l'aver agito con malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o l'aver commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale (questa causa di esclusione è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11. In particolare la Corte ritiene che il diritto comunitario non giustifica una normativa nazionale che imponga l'esclusione automatica da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di un operatore economico con il quale l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di appalto per causa imputabile all'operatore medesimo; sul piano del diritto interno si veda TAR Lecce, sez. II, 26 marzo 2013, n. 668, il quale ha considerato quale grave errore professionale l'aver fatto ricorso in un precedente appalto con una diversa stazione appaltante ad un subappalto non autorizzato. La violazione di un divieto così grave, infatti, è idoneo di per sé ad incidere in maniera negativa sul rapporto fiduciario fra stazione appaltante ed appaltatore, tutelato dalla disposizione in esame); l'aver commesso gravi violazioni fiscali (sul punto TAR Napoli, sez. I, 17 luglio 2013, n. 3726, sentenza nella quale viene specificato che tale requisito, indispensabile per la partecipazione alla gara, deve permanere per tutto l'arco di svolgimento della stessa, circostanza che rende irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione tributaria, seppur con effetto retroattivo. Tale assunto si fonda sul fatto che la regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta presentata e comporterebbe una violazione del principio della *par condicio* rispetto agli altri concorrenti rispettosi della procedura); l'aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti; l'aver commesso violazioni gravi in materia di contributi previdenziali ed assistenziali (sul possesso dei requisiti morali si veda TAR Bari, sez. I, 25 ottobre 2012, n. 1812, nella quale si afferma che l'impresa cooptata una volta designata nella fase d'offerta diventa parte integrante del raggruppamento temporaneo di imprese e non può essere successivamente sostituita perché si trova in una situazione di irregolarità contributiva); l'aver violato la normativa a tutela dei disabili; l'applicazione delle sanzioni interdittive; l'aver presentato falsa dichiarazione o falsa attestazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA (la lettera m-bis è stata introdotta con il decreto sviluppo, l. 106/2011); l'aver omesso la denuncia alla competente autorità giudiziaria nei casi della lettera m-ter; in presenza di offerte imputabili ad un unico centro decisionale. Sul tema si veda: G. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e A. M. Sandulli, Milano, 2005, 577; C. ESPOSITO, *Gli appalti pubblici di lavori*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 839. Sul mancato coordinamento fra l'art. 84 del codice antimafia (D. lgs. 6 settembre 2011, n. 159) e l'art. 38 del codice appalti si veda G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D. lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 256 e ss.

Con tale modifica in materia di cause di esclusione si imbriglia in sostanza il contenuto del bando al rispetto pedissequo delle disposizioni legislative, per cui sembra potersi affermare che la tradizionale impostazione che qualifica il bando in termini di *lex specialis* sia stata ormai superata. È anche vero, tuttavia, che il comma 4-bis dell'articolo 64 (introdotto dall'articolo 4, comma 2, lett. h, della legge 106 del 2011) stabilisce che eventuali deroghe sono consentite solo previa espressa motivazione nella delibera a contrarre da parte della stazione appaltante. Tale assunto sembrerebbe, quindi, avallare di nuovo la tesi che definisce il bando come *lex specialis*, ma al riguardo è intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁷, la quale ha chiarito che le deroghe non possono in alcun modo comportare l'introduzione nei bandi di una prescrizione posta a pena di esclusione e non derivante dalle leggi vigenti, dovendosi applicare in tal caso la sanzione della nullità prevista dal novellato articolo 46 del codice. Ne risulta che lo spazio di operatività della deroga è assolutamente residuale, in quanto potrà trovare applicazione solo qualora sia necessario inserire nel bando delle clausole di esclusione che, pur derivanti dalle disposizioni legislative, tuttavia non siano state contemplate nei bandi-tipo, perché ad esempio sancite da una normativa sopravvenuta.

A fronte di una *deminutio* nel contenuto sostanziale del bando che scalfisce la sua innata qualifica di *lex specialis*, si identifica l'intento e la *ratio* del legislatore il quale, nel determinare tassativamente le ipotesi di esclusione, vuole garantire l'attuazione del principio di massima partecipazione e concorrenza da parte dei concorrenti⁸.

Sul punto è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹, la quale ha precisato la portata e l'ambito oggettivo del principio di tassatività delle cause di esclusione in relazione al contenuto dei bandi di gara, esemplificando le diverse ipotesi di interrelazione fra le clausole ed i bandi. L'esclusione *de plano* dalla gara si verifica quando il concorrente viola la legge di gara che recepisce le disposizioni del codice dei contratti riguardanti adempimenti doverosi a pena di esclusione dalla gara; qualora invece il bando sia silente sul punto, ai sensi dell'articolo 1339 del codice civile, si procede alla eterointegrazione del bando, in considerazione della portata imperativa delle

⁷ V. Documento di consultazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, "Bando quadro", indicazioni per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46 comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici del 5 giugno 2012.

⁸ Sul punto si veda Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619, con nota di C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro Amm.*, CDS, 2011, 3733 e ss.

⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

disposizioni del codice inerenti tali adempimenti e, in caso di omissioni, si procede all'esclusione dalla gara. Qualora, invece, il bando di gara introduca cause di esclusione non previste dal codice, la relativa clausola escludente è nulla ed è disapplicabile dal giudice e dalla stessa stazione appaltante, diversamente dall'ipotesi in cui la legge di gara espressamente si pone in contrasto con le clausole escludenti disposte dal codice, in tal caso infatti a parere dell'Adunanza Plenaria le clausole non saranno nulle, ma sarà necessaria una impugnativa diretta al fine di applicare utilmente le disposizioni legislative in materia di esclusione dalla gara.

Inoltre l'Adunanza Plenaria chiarisce che l'articolo 4, comma 2, lett. d, nn. 1 e 2, del d.l. n. 70/2011, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, non ha effetti retroattivi, trovando applicazione solo relativamente alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del predetto decreto legge, in base alla considerazione che la norma non ha natura di interpretazione autentica, non possedendo gli indici rivelatori elaborati dalla giurisprudenza europea, costituzionale ed amministrativa¹⁰.

Il principio di tassatività delle clausole di esclusione così introdotto apre alla problematica inerente il permanere dell'onere in capo alla stazione appaltante di invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una regolarizzazione documentale, in applicazione del principio del soccorso istruttorio. A parere dell'Adunanza Plenaria il potere di soccorso sancito dal primo comma dell'articolo 46 del codice è ammesso limitatamente alla regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero al completamento dei requisiti soggettivi di partecipazione, alla richiesta di chiarimenti, alla rettifica di errori materiali o refusi ed alla interpretazione di clausole ambigue sempre nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti. Ne consegue che il potere di soccorso non consente la produzione tardiva di un documento o di una dichiarazione mancante, qualora si tratti di inadempimenti che siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento o dalle leggi statali.

Questa interpretazione restrittiva del principio del soccorso istruttorio in ambito contrattuale non è stata però accolta dal legislatore, il quale all'articolo 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, come convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 144, nell'ambito della semplificazione degli oneri formali nella partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha previsto che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli

¹⁰ Sul punto si rinvia a CEDU, sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte Cost., 11 giugno 2010, n. 209 e 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9.

elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma due dell'articolo 38 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara"¹¹.

La modifica intende avvalorare la portata del principio del soccorso istruttorio, dal momento che attribuisce alla stazione appaltante il potere di assegnare al concorrente inadempiente un termine non superiore a dieci giorni affinché vengano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto ed il soggetto onerato, sebbene si tratti di un adempimento richiesto per le sole carenze essenziali riguardanti le dichiarazioni relative alle condanne penali, violazioni fiscali e contributive o situazioni di controllo rispetto ad altri partecipanti; per le irregolarità ritenute non essenziali, infatti, la novellata disposizione prevede che la stazione appaltante non debba chiedere alcuna regolarizzazione né applicare alcuna sanzione.

La disciplina viene quindi diversificata a seconda del tipo di irregolarità in cui è incorso il concorrente, in quanto solo le carenze essenziali, se non regolarizzate, possono determinare l'esclusione dalla gara, mentre alle irregolarità non essenziali, che per il legislatore sono quelle che riguardano la mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, non segue la regolarizzazione né l'applicazione di alcuna sanzione.

La novella, dunque, incidendo sul tenore del principio di tassatività in precedenza introdotto, vuole ridurre i casi in cui si procedeva all'esclusione delle imprese a causa di meri errori formali nella presentazione dei documenti di gara e diversifica il comportamento della stazione appaltante a seconda che l'irregolarità contestata sia o meno essenziale, tuttavia non chiarisce né specifica quali siano le carenze da giudicare come essenziali, rimettendo di fatto alla stazione appaltante il difficile compito di individuare le fattispecie alle quali applicare la sanzione pecuniaria con la successiva regolarizzazione a pena di esclusione dalla gara e le carenze da giudicare invece come non essenziali, le quali non determinano alcuna conseguenza in capo al concorrente inadempiente.

La stazione appaltante è dunque onerata dall'articolo 39 del d.l. 90/2014 di un'ulteriore funzione che si preannuncia di difficile esecuzione dal momento che si muove in un campo che il legislatore lascia indefinito e che nondimeno incide sulla esclusione di un concorrente dalla gara, dovendo individuare nel bando le

¹¹ Così dispone l'articolo 39 del d.l. 90/2014, come convertito dalla legge n. 144/2014, che ha introdotto all'articolo 38 del codice dei contratti pubblici il comma 2-bis. Sul punto si veda TAR Cagliari, ord.14 gennaio 2015, n. 22; TAR Campania, 10 dicembre 2014, n. 6481; TAR Piemonte, 6 novembre 2014, n.445.

relative fattispecie e quantificare le sanzioni da applicare alle imprese per le eventuali irregolarità ritenute essenziali¹².

Nella legge di gara, infatti, dovranno essere indicate le carenze cosiddette essenziali inerenti gli adempimenti di cui al secondo comma dell'articolo 38, suscettibili di regolarizzazione da parte del concorrente inadempiente e per le quali la stazione appaltante deve quantificare la sanzione pecuniaria da applicare all'impresa incorsa nella irregolarità, e devono essere inoltre identificate le irregolarità non essenziali per le quali non è prevista alcuna sanzione. Si tratta di una nuova funzione del bando di gara che deve essere letta in combinato con le previsioni del secondo comma dell'articolo 38, che riguarda nello specifico le dichiarazioni sostitutive inerenti le condanne penali riportate comprese quelle per le quali il concorrente beneficia della non menzione nel casellario giudiziale, la violazione delle norme in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, la regolarità degli adempimenti fiscali e contributivi, le eventuali situazioni di controllo.

Sembra potersi affermare che l'omissione di talune di queste dichiarazioni non possa che essere considerata come una irregolarità essenziale dalla stazione appaltante, per la quale in caso di mancata regolarizzazione deve scattare l'esclusione dal procedimento di gara del concorrente inadempiente. Con riferimento, invece, alle irregolarità non essenziali l'articolo 39 del d.l. 90/2014 le definisce come mancanza di dichiarazioni non indispensabili, sebbene non specifici quali siano le dichiarazioni che possano essere omesse dal concorrente senza incorrere nella sanzione dell'esclusione.

Se si considera l'impostazione sistematica del codice in materia di cause di esclusione emerge la necessaria attestazione dei requisiti di cui all'articolo 38, confermata dal primo comma dell'articolo 46, che non è stato oggetto di riforma, il quale limita l'operatività del principio del soccorso istruttorio all'ipotesi di produzione di certificati, documenti o dichiarazioni che sia necessario completare o per i quali è opportuno chiedere chiarimenti, escludendo la possibilità di produrre il certificato o le dichiarazioni in un momento successivo.

Tale conclusione, tuttavia, sembra essere superata dall'attuale formulazione dell'articolo 38, comma 2-bis, nel quale si fa riferimento anche alla "mancanza (...) delle dichiarazioni sostitutive di cui al secondo comma".

¹² Inoltre l'articolo 46 del d. lgs. 163/2006, come modificato dall'articolo 39 del d.l. 90/2014 e dalla relativa legge di conversione n. 144/2014, al comma 1-ter, dispone che le previsioni dell'articolo 38, comma 2-bis, si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare, come ad esempio nel caso in cui il concorrente si avvalga dell'istituto dell'avvalimento.

In altri termini, dopo la riforma, la pura omissione della presentazione delle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma secondo, dovrebbe essere considerata come una irregolarità essenziale che, se non sanata nel termine concesso dall'amministrazione, dovrebbe determinare *de plano* l'esclusione dal procedimento (cfr. Cons. Stato, sez.VI, 5 gennaio 2015, n. 18).

Quanto invece alla incompletezza degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive la questione circa la essenzialità o meno del dato mancante sembra essere rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la quale, in considerazione del disposto del secondo comma dell'articolo 38, potrebbe considerare essenziale la dichiarazione delle condanne penali riportate, comprese quelle riguardanti la non menzione, mentre potrebbe considerare come non essenziali le dichiarazioni delle condanne per reati depenalizzati, per le quali è intervenuta la riabilitazione, per reati dichiarati estinti dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna, tutte ipotesi peraltro che per espressa previsione del d.l. 70/2011 il concorrente non era tenuto ad indicare e la cui omissione, quindi, anche nella precedente versione dell'articolo 38, non avrebbe determinato l'esclusione del concorrente dalla procedura.

Le irregolarità non essenziali, infatti, vengono tautologicamente definite come quelle attinenti alla mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili. Da una lettura sistematica delle disposizioni del codice si desume che le dichiarazioni di cui al comma due dell'articolo 38 sono indispensabili, poiché attraverso le stesse si attestano i requisiti richiesti a pena di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici appalti. Quindi le irregolarità non essenziali non possono che attenerne alla mancanza di dichiarazioni ulteriori rispetto a quelle previste dall'articolo 38 oppure all'incompletezza delle dichiarazioni in ordine a requisiti non indispensabili che devono essere identificati dalla stazione appaltante nel bando di gara. Se il d.l. 70/2011 ha delineato un'ipotesi di dichiarazione non essenziale quando ha affermato che il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione sostitutiva le condanne per reati depenalizzati, per le quali è intervenuta la riabilitazione, per reati dichiarati estinti dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna, l'attuale riforma non ha esplicitato ulteriori ipotesi di irregolarità non essenziali, rimettendo di fatto la scelta alla discrezionalità della stazione appaltante, seppur nei limiti impliciti in precedenza illustrati.

L'interprete, quindi, ha davanti a sé un sistema che, sebbene sia ancora improntato sul principio di tassatività delle cause di esclusione, vede l'emergere del potere di soccorso istruttorio al di là dei confini sanciti dall'articolo 46 del codice che, se non correttamente applicato, può di fatto determinare una disparità di trattamento fra le diverse procedure in contrasto con il principio comunitario della *par condicio* di tutti gli operatori economici.