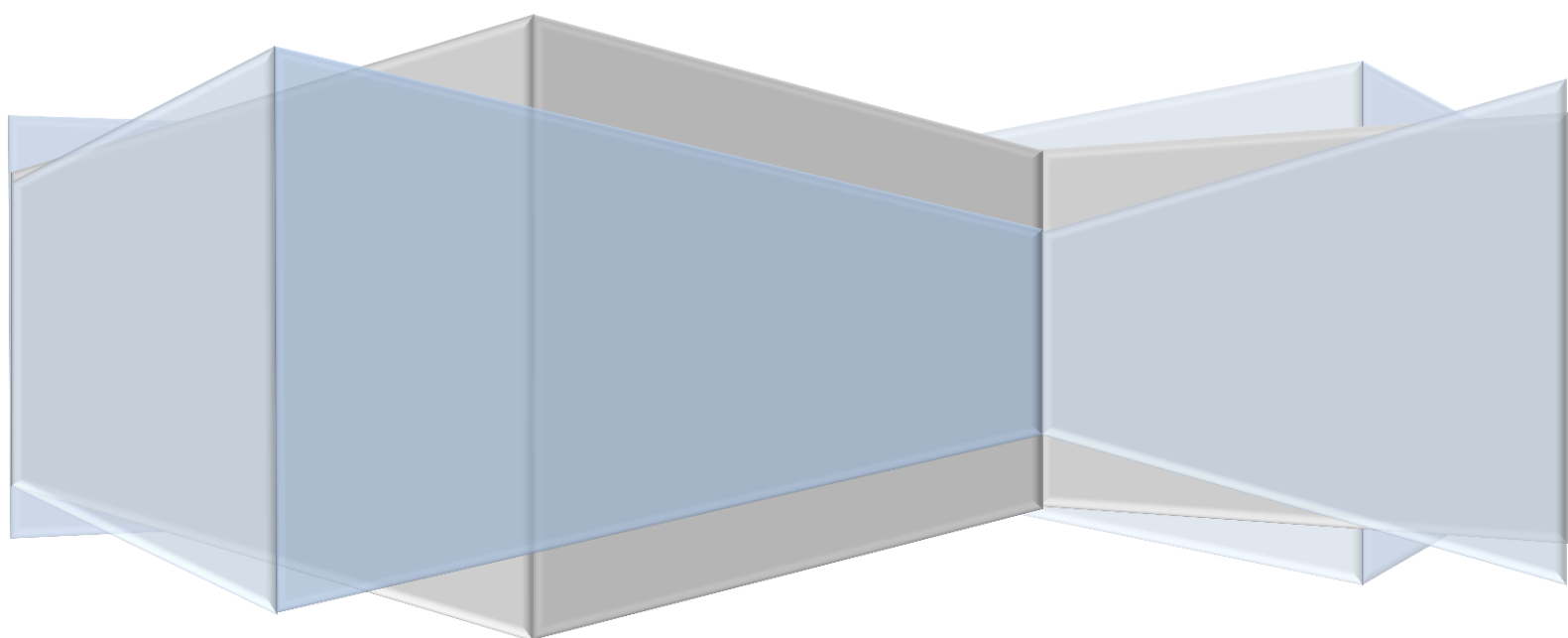


IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

*La giurisprudenza amministrativa dopo
la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.
16 del 30 luglio 2014*



Sommario

Sommario

INTRODUZIONE	4
1. QUADRO APPLICATIVO	6
1.1. Principio di tassatività delle cause di esclusione	6
1.2. Effetti dell'esclusione	9
1.1. Pagamento sanzione	12
1.2. Tempestività nella dimostrazione dei requisiti	13
1.3. Lex specialis	14
1.4. Nullità delle cause di esclusione	16
1.5. Applicabilità alle concessioni di beni	21
2. ONERI DOCUMENTALI	22
2.1 Obblighi dichiarativi	22
2.2 Dichiarazione 'omnicomprensiva'	24
2.3 Persone fisiche e giuridiche	26
2.4 Altri soggetti con obblighi dichiarativi	27
2.5 Modelli predisposti dalla S.A.	29
2.6 Contributo A.N.AC.	31
2.7 A.V.C.P.ass e PASSoe	31
3. OFFERTA	33
3.1 Carenze o difetti dell'offerta economica	33
3.2 Ammissibilità dell'offerta tecnica	34
3.3 Sottoscrizione	35
3.4 Cronoprogramma	37
3.5 Oneri specifici per la sicurezza	39

3.6	<i>Oneri formali, principi di separazione e segretezza</i>	43
3.7	<i>Cauzione provvisoria</i>	45
4.	REQUISITI SPECIALI	49
4.1	<i>Possesso attestazione SOA</i>	49
4.2	<i>Indicazione subappaltatore</i>	51
4.3	<i>Avvalimento</i>	54
4.4	<i>Avvalimento di garanzia</i>	57
4.5	<i>Qualificazione Raggruppamenti</i>	59
4.6	<i>Certificazione di qualità</i>	61
5.	REQUISITI GENERALI	62
5.1	<i>Moralità professionale</i>	62
5.2	<i>Dichiarazione sanzione interdittiva</i>	65
5.3	<i>Intestazione fiduciaria</i>	66
5.4	<i>Negligenza o malafede nell'esecuzione</i>	67
5.5	<i>Regolarità fiscale</i>	69
5.6	<i>Regolarità contributiva</i>	70
5.7	<i>Protocolli di legalità o patti d'integrità</i>	73
5.8	<i>Codice etico della stazione appaltante</i>	74
5.9	<i>Altri fatti compromettenti l'affidabilità</i>	76
	ALLEGATO 1 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 30 LUGLIO 2014, N. 16	78
	ALLEGATO 2 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 25 FEBBRAIO 2014, N. 9	88
	ALLEGATO 3 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 16 OTTOBRE 2013, N. 23	111
	ALLEGATO 4 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 7 GIUGNO 2012, N. 21	118
	ALLEGATO 5 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 2 NOVEMBRE 2015, N. 9	125
	BIBLIOGRAFIA	133
A.	Sentenze	133
B.	Pareri - Pronunce	136
C.	Dottrina	136

INTRODUZIONE

Prende sempre più piede in giurisprudenza l'orientamento "sostanzialistico" in tema di tassatività delle cause di esclusione, che ha trovato una prima investitura nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 30 luglio 2014.

4

L'entrata in vigore della nuova disciplina sul soccorso istruttorio (art. 39 del D.L. n. 90/2014, con cui è stato inserito il comma 2 bis nell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006) e la citata sentenza hanno, infatti, segnato lo scorso anno un punto di flesso per l'orientamento, che si è andato sempre di più consolidando a favore della tutela dell'affidamento dei concorrenti e della concorrenza nella partecipazione alle gare d'appalto.

A circa un anno dalla chiara presa di posizione dell'Adunanza Plenaria, la giurisprudenza sta rivedendo diverse posizioni sull'escludibilità o sanabilità delle irregolarità del concorrente, fornendo un'interessante casistica circa gli elementi che incidono sul possesso dei requisiti e che si vanno ad aggiungere a quelli considerati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, A.N.AC., con la Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015.

Sotto tale profilo, i giudici di Palazzo Spada paiono, in alcune occasioni, andare oltre il principio di tassatività delle clausole di esclusione, dando prevalenza all'impostazione "sostanzialistica" relativa ai requisiti di partecipazione alla gara adottata dall'Adunanza Plenaria, e in linea con la "ratio" di cui all'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014.

Alla luce di tale impostazione, si ritiene ormai che vi sia una chiara volontà del legislatore, anche per le procedure di gara in cui tale novella non è ratione temporis applicabile, di evitare nella fase del controllo e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, esclusioni dalla procedura per mere carenze formali (in questo senso, Cons. Stato Sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539, 21 gennaio 2015, n. 189, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1861, 1° agosto 2015, n. 3769, 17 marzo 2015, n. 1372 e 18 maggio 2015, n. 2504).

A titolo esemplificativo di tale orientamento:

- a. la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del codice dei contratti può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;*
- b. la medesima dichiarazione non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici, poiché una dichiarazione sostitutiva confezionata in tal modo è completa e*

non necessita di integrazioni e realizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

L'apertura del legislatore porta a riflettere su principi quali il favor participationis nella considerazione che la completezza della dichiarazione debba essere valutata in relazione alla sostanziale rilevanza o meno dell'errore o omissione da bilanciare con l'affidamento dei concorrenti sulla legge di gara e sull'eventuale integrazione.

1. QUADRO APPLICATIVO

1.1. **Principio di tassatività delle cause di esclusione**

L'accresciuta centralità del principio di tassatività delle cause di esclusione nella disciplina degli appalti pubblici, da una parte, comporta una maggiore certezza da parte del concorrente in merito agli adempimenti previsti a pena di esclusione, dall'altro, permette la massima partecipazione dei concorrenti, secondo il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza sulla forma.

La previsione del principio di tassatività delle cause di esclusione¹ nelle gare di appalto nasce dalla volontà di ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4460; id. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

La ricca giurisprudenza sulla tassatività delle cause di esclusione, che si intreccia con quella sul soccorso istruttorio, scaturisce dall'incertezza applicativa, derivante dalla riformulazione del Codice dei contratti, D.lgs. n. 163/2006, operata dal D.L. n. 70/2011 (convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106) e ha trovato ulteriore stimolo con le successive modifiche apportate nel 2014 dal cd. Decreto Sviluppo agli articoli 38 e 46² del D.lgs. n. 163 del 2006 (di seguito "Codice" o "Codice dei contratti pubblici").

¹ Secondo il principio di tassatività delle cause di esclusione le stazioni appaltanti possono escludere i candidati o i concorrenti «in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle» (comma 1-bis dell'art. 46 del Codice).

² Il comma introdotto all'art. 38 del Codice dall'art. 39, DL 90/2014, il cd. "Decreto Sviluppo", in vigore dal 25 giugno 2014, integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19 agosto 2014 e numerato comma 2-bis è il seguente:

"La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili,

In questo quadro interpretativo, è nato un orientamento giurisprudenziale volto a circoscrivere l'applicabilità delle nuove disposizioni, che ha tracciato una sottile linea di confine tra la necessità di escludere il concorrente e il suo soccorso istruttorio; ciò a favore di una maggiore chiarezza per l'Amministrazione aggiudicatrice, che è tenuta ad assegnare al concorrente, dopo attenta ponderazione, un termine non superiore a dieci giorni per la produzione di dichiarazioni o documentazioni mancanti.

Tale ponderazione deve tenere conto del fatto che il legislatore, perseguendo l'obiettivo di una disciplina sostanzialistica e semplificatrice in tema di documentazione e accertamento dei requisiti soggettivi, ha esteso e procedimentalizzato il potere di soccorso istruttorio con la prospettiva di ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, di semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, di garantire un più efficace sistema di controllo che riduca il contezioso (Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Il principale ostacolo a tale obiettivo è rappresentato proprio dall'incertezza interpretativa che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta, allorquando, nell'estate del 2014, introduce una nuova chiave di lettura delle cause di esclusione dalle gare di appalto.

Infatti, secondo la stessa Adunanza Plenaria la riformulazione del Codice è finalizzata «a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 d.lgs. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie)» (Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, di cui all'allegato 1).

Con questa interpretazione si vuole evitare che, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, seguano esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni.

la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Il comma aggiunto all'art. 46 dall'art. 39, comma 2, DL 90/2014, il cd. cd. Decreto Sviluppo", in vigore dal 25 giugno 2014, integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19 agosto 2014 e numerato come 1-ter è il seguente:

"Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

Ciò a favore di un'istruttoria veloce, preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni e limitando la sanzione espulsiva alla sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, del rispetto dell'obbligo di integrazione documentale, entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante.

La riformulazione degli artt. 38 e 46 del Codice, rappresenta, infatti, un'innovazione legislativa che evidenzia la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio, al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie.

Ciò non toglie che il c.d. dovere di soccorso deve intendersi limitato a consentire la "sanatoria" di difformità e carenze di carattere meramente formale e come tali inidonee a violare gli altrettanto fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di non discriminazione; non potendo, pertanto, con esso supplirsi a sostanziali carenze dell'offerta presentata, integrandola o rielaborandola³ (C.G.A. Reg. Sic., Sez. riun., 15 settembre 2015, n. 787, Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760).

Tanto accertato, l'esclusione dalla gara diviene eccezione, utilizzabile solo nei casi di irregolarità, incompletezza ed omissioni essenziali e non sanabili, poiché riconducibili ad adempimenti previsti nel quadro normativo e già riconosciuti dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 (di cui all'allegato 3) e 7 giugno 2012, n. 21 (di cui all'allegato 4).

La necessità di ricorrere alla sanzione dell'esclusione è, quindi, subordinata all'espressa previsione della norma di legge, allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara.

Non è, tuttavia, necessario che il codice, la legge statale o il regolamento attuativo comminino espressamente l'esclusione dalla gara, poiché – secondo tale orientamento – è sufficiente impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, sempre nella logica del *numerus clausus*, "norme di divieto" pur senza prevedere la sanzione espulsiva (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, di cui all'allegato 2).

Pertanto, sebbene il richiamo normativo al principio della tassatività delle cause di esclusione possa far pensare ad un automatismo tra previsione normativa ed esclusione, all'interprete è, comunque, lasciato il difficile compito di individuare, sempre nella citata logica del *numerus clausus*, quei passaggi normativi che, pur non prevedendo

³ Secondo l'A.N.AC. «è generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo li mite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara» (PARERE precontenzioso n. 125/15/S del 15 Luglio 2015).

espressamente l'esclusione, sono da intendersi come "adempimenti doverosi" o "norme di divieto"⁴.

A supporto di tale argomentazione, è stata più volte citata la massima che segue: *"Sotto la vigenza dell'art. 46 comma 1 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006, per accertare la validità o meno di una clausola escludente, il giudice amministrativo deve verificare se sussistano disposizioni normative che impongano lo specifico adempimento ovvero introducano il relativo divieto, pur senza prevedere espressamente la sanzione dell'esclusione. Invero, come precisato dall'Adunanza Plenaria, deve essere recepita una interpretazione ampia del principio di tassatività delle cause di esclusione, secondo cui il principio è rispettato anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi ovvero introduca disposizioni di divieto"* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 marzo 2014, n. 2783 ed ex multis T.A.R. Campania, Salerno Sez. I, 9 ottobre 2015, n. 2167).

9

1.2. Effetti dell'esclusione

In merito all'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità) prevale l'interpretazione dell'art. 75, comma 6 del Codice, secondo cui l'incameramento della cauzione deve

⁴ Secondo la giurisprudenza che si era consolidata sul precedente nelle gare pubbliche per definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale" (Cons. Stato Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278).

Secondo tale giurisprudenza, la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni, stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso".

Conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi" (Cons. Stato Sez. IV, Sent., 1° settembre 2015, n. 4100).

A titolo esemplificativo, si riportano le seguenti sentenze aderenti all'orientamento pregresso, secondo cui: *«nelle gare pubbliche l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione, richiesti a pena di esclusione, non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara; di conseguenza, la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata per permettere [...] una palese violazione della par condicio fra i concorrenti»* (Cons. Stato, V, 26 gennaio 2012, n. 334 ed anche Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889).

Infatti, secondo tale orientamento, tenuto conto che la disposizione, relativa al c.d. potere di soccorso, deve considerarsi di stretta interpretazione, il rimedio della regolarizzazione documentale non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'articolo 38", tanto che alla stazione appaltante è totalmente precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento (cfr. rispettivamente Cons. di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965 e id., 5 settembre 2011, n. 4981. nonché Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 336, sentenze tutte richiamate in Cons. di Stato, sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925).

essere disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario.

La collocazione di un singolo caso in una fattispecie escludente la partecipazione del concorrente dalla gara comporta un doppio profilo di interesse per lo stesso, ossia il possibile incameramento della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante (art. 75 del Codice) e la conseguente segnalazione da parte di quest'ultima all'A.N.AC., Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lettera 'r' del D.P.R. n. 207/2010, di seguito "Regolamento" (cfr. sull'irrogazione della triplice sanzione - esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza - ex multis TAR Piemonte, To, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 957).

10

Riguardo agli effetti sulla cauzione, va rilevato che è prevalente quell'orientamento che ritiene possibile l'incameramento in applicazione dell'art. 75, comma 6, del Codice in tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

In tal caso, è stato altresì specificato che si intende "per fatto dell'affidatario" qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8 e id. 10 dicembre 2014, n. 34).

Si è, infatti, consolidato nel tempo l'orientamento che ritiene l'art. 75, co. 6, citato una norma di chiusura dell'ordinamento, considerato che la cauzione provvisoria svolge la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta (Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3749).

L'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionata neppure all'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto atteso che essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre ogni ipotesi nella quale sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva (Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302).

Per quanto riguarda l'eventuale segnalazione all'Autorità, questa consegue non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 9 settembre 2015, n. 11114).

Da notare che l'escussione della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si pongono come sanzioni automatiche, conseguenti direttamente ed esclusivamente alla sola mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati con la presentazione dell'offerta.

Sicché, in tal caso, manca qualsiasi valutazione discrezionale in merito ai singoli casi concreti ed alle particolari ragioni, meramente formali o sostanziali, che l'amministrazione ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4587).

Rimane da considerare l'eventualità che il concorrente ritenga di essere stato illegittimamente escluso dalla procedura e voglia vedere riconosciuta in sede giurisdizionale la possibilità di essere riconosciuto come aggiudicatario.

Al riguardo, il vigente quadro normativo *«disconosce in radice qualunque forma di protezione giuridica per l'interesse sostanziale dell'impresa che prospetti la necessità della rinnovazione di una fase del procedimento, in quanto il legislatore ha posto la regola della irrilevanza di alcune sopravvenienze, per rendere più stabili gli esiti finali del procedimento ed evitare che – anche ipoteticamente – possano esservi iniziative distorsive della leale concorrenza tra le imprese»* (Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609).

11

La disposizione è contenuta dal citato comma 2-bis del Codice, la cui importanza induce ad intrattenersi specificamente sull'ampiezza del suo campo di applicazione.

Infatti, benché la previsione sia stata immessa dal legislatore nel testo dell'art. 38 del Codice, essa è applicabile anche nei casi in cui non sia in questione la carenza di uno dei requisiti generali elencati nello stesso articolo, ma qualunque altra potenziale ragione di esclusione di un concorrente.

La disposizione presenta, infatti, una portata ben più ampia dell'elenco di cause ostative contenuto nell'articolo in cui la stessa per ragioni contingenti è stata inserita, poiché ha natura di norma generale - che si riferisce ad «ogni variazione che intervenga [...] successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte» - con autonoma portata precettiva rispetto ai periodi precedenti dello stesso comma.

L'applicabilità del c.d. "principio di stabilità della soglia di anomalia" si desume anche dal disposto del comma 1-ter dell'art. 46 del Codice (anch'esso inserito dal medesimo art. 39 d.l. n. 90/2014), il quale precisa che il comma 2-bis dell'art. 38 si applica *«a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara»*.

Pertanto, una volta conclusa la fase procedimentale dell'ammissione, della regolarizzazione o dell'esclusione delle offerte, qualsiasi sopravvenienza non può essere presa in considerazione dalla stessa Amministrazione.

Ne consegue che, trattandosi di una regola di diritto sostanziale che ha inteso innovare alla disciplina del procedimento di gara, e che solo di riflesso riverbera le proprie coerenti conseguenze sul terreno processuale, la medesima non può neppure essere sospettata di avere inciso sulle garanzie costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale (Cons.

Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609, *cit.*, sulla indefettibilità della tutela giurisdizionale e sulla impossibilità che tale tutela sia «*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione*», riconducibili ai principi costituzionali affermati dagli artt. 24 e 113 Cost.).

1.1. *Pagamento sanzione*

Secondo un primo orientamento, la sanzione pecuniaria individuata negli atti di gara è comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; diversamente, in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà alla semplice esclusione del concorrente dalla gara.

12

Un problema connesso alla tassatività delle cause di esclusione è il pagamento della “sanzione”, prevista nel caso in cui sia applicabile ad una irregolarità essenziale il soccorso istruttorio, se il concorrente non procede all’integrazione richiesta e si rifiuta di pagare la sanzione “pretesa” dalla stazione appaltante.

Al riguardo, pur non sussistendo ancora un preciso orientamento giurisprudenziale, può riportarsi quanto evidenziato dal TAR dell’Emilia Romagna (sezione staccata di Parma, Sez. I, ord. caut. 10 luglio 2015 n. 142, *contra* TAR Toscana, sent. del 18 marzo 2015 n. 444).

Il suddetto Tribunale afferma che sarebbe illogica e ingiustamente afflittiva la sanzione pecuniaria per il concorrente che, reso edotto dell’incompletezza o di altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, scelga di ritirarsi dalla competizione (non avvalendosi del soccorso istruttorio) consentendo alla stazione appaltante di procedere celermente con le operazioni di gara senza strascichi giudiziari.

Sembrerebbe così condivisa dal suddetto TAR la posizione dell’A.N.AC. sulla querelle in esame a favore della non doverosità del suddetto pagamento (Determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015, in ultimo confermata dal Comunicato del 25 marzo 2015 e dal parere n. 155 del 23 settembre 2015).

Tanto osservato, si pone un ulteriore interrogativo di carattere generale rappresentato dall’inquadramento della potestà normativa delle amministrazioni indipendenti e del suo conseguente inquadramento costituzionale.

Sotto un diverso profilo è stato ritenuto che il mancato pagamento della sanzione prevista dall’art. 38, comma 2 bis, del Codice «*non possa comportare l’esclusione dalla gara, nel caso in cui l’omissione sia imputabile non alla aggiudicataria bensì alla stazione appaltante che ha ommesso di quantificarla e di richiederne il pagamento*» (T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, Sent., 11 settembre 2015, n. 345, in merito ad una irregolarità essenziale in relazione alla previsione di cui all’art. 38, comma 1 lettera l) del Codice).

Pertanto, nel caso specifico si è osservato che «*si tratta di aspetto ben suscettibile di doverosa regolarizzazione da parte della stazione appaltante anche in fase successiva alla*

aggiudicazione e stipula del contratto e non condizionante, in assenza di espressa previsione di legge, la validità ed efficacia della aggiudicazione, una volta che la regolarizzazione della dichiarazione omessa sia stata eseguita, come nel caso di specie, nel termine di legge concesso dalla stazione appaltante».

1.2. Tempestività nella dimostrazione dei requisiti

Il principio di tassatività delle cause di esclusione rileva non soltanto ai fini dell'individuazione, sul piano sostanziale, della singola causa di esclusione, ma anche ai fini dell'individuazione, sul piano procedimentale, del momento temporale in cui quel determinato requisito partecipativo deve essere dimostrato.

13

Secondo consolidati principi comunitari e giurisprudenziali, in linea generale, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione e fino alla stipulazione del contratto.

Il mancato possesso o la perdita dei requisiti costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara.

In generale negli appalti, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti speciali mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. n. 445/2000, fatte salve le prescrizioni che impongono la produzione, in fase di partecipazione, di documentazione non autocertificabile (ad esempio, le referenze bancarie o l'ipotesi di cui all'art. 48, comma 1-bis) o laddove, negli appalti di lavori, è di norma (si veda di seguito) anticipata la dimostrazione del requisito speciale con la presentazione dell'attestazione SOA.

Sul piano sostanziale, il principio di tassatività delle cause di esclusione rileva non soltanto ai fini dell'individuazione della singola causa di esclusione, ma anche ai fini dell'individuazione, sul piano procedimentale, del momento temporale in cui quel determinato requisito partecipativo deve essere dimostrato (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2223).

Esemplificativo, a tale proposito, quanto chiarito in tema di beni sottoposti a tutela, laddove la *lex specialis* preveda che i concorrenti avrebbero dovuto «dimostrare di possedere», «a pena di esclusione», oltre che l'attestazione SOA, anche l'ulteriore requisito di avere «regolarmente eseguito, con buon esito, nell'ultimo decennio dalla pubblicazione del bando, lavori di importo complessivo almeno pari a quello indicato nel bando e nel disciplinare, nelle specifiche categorie cui si riferisce l'intervento» (art. 253, comma 30, del Codice dei contratti).

Infatti, in tale caso manca un'espressa previsione che imponga sin dall'inizio della procedura la dimostrazione dell'effettivo possesso di tale requisito speciale di

qualificazione, che non attiene né alla fase iniziale di presentazione dell'offerta né al contenuto dell'offerta stessa.

Più in generale, la possibilità di rendere chiarimenti e integrare la documentazione è quindi posticipata, rispetto all'apertura delle buste.

Ne consegue che l'accertamento, da parte dell'Amministrazione, del possesso del requisito previsto si realizza nel corso di svolgimento della procedura stessa (nel caso di estrazione del soggetto all'interno della quota del 10% dei soggetti controllati) ed, eventualmente, nella fase successiva all'aggiudicazione definitiva, relativa al controllo - sul miglior offerente e sul secondo classificato - dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del Codice (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2223)⁵.

14

1.3. *Lex specialis*

La clausola del bando che dispone un adempimento doveroso a pena di esclusione deve trovare corrispondenza nel quadro normativo e deve altresì ritenersi di stretta interpretazione, dovendo attribuirsi rilievo esclusivo alle espressioni letterali in esse contenute, senza possibilità di chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante che non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica.

Il rapporto tra *lex specialis* e il principio della tassatività delle cause d'esclusione, desumibile dall'articolo 45 della direttiva 2004/18, ha ricevuto una puntuale demarcazione attraverso il comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice⁶ (si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3193 e 13 dicembre 2012, n. 6393).

Infatti, laddove dalla stesura della *lex specialis* di gara risulti inequivocabile il carattere imperativo del precetto che impone ai partecipanti un determinato comportamento, non ricorre la necessità dell'espressa previsione della sanzione ai fini della legittimità del provvedimento di esclusione (Sentenza n. 7 del 2014), ma occorre chiarire la sua legittimità in ragione del principio della tassatività delle cause d'esclusione (Cons. St., Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7, nonché Ad. Plen. 23/2013 e 21/2012).

⁵ In merito all'efficacia dell'attestato SOA senza soluzione di continuità, si veda il paragrafo denominato "Possesso attestazione SOA".

⁶ Il comma 2-bis dell'art. 46, introdotto dall'art.4, comma 2, lett. d) del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 (in vigore dal 14/05/2011), convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106 (in vigore dal 13 luglio 2011), è il seguente:

"La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché ½ nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità ½ del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità ½ relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Affinché siano legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, devono essere conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma art. 46, comma 1-bis, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n.9).

Nel caso in cui tali clausole non trovino una base normativa, devono ritenersi nulle ai sensi dello stesso art. 46, comma 1-bis, e non possono portare all'esclusione del concorrente; nullità che, peraltro, se ricorrono le condizioni di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., non travolge l'intero bando (Cons. St., Ad. Plen., 20 maggio 2013, n. 14).

15

Fatta tale premessa, per giurisprudenza consolidata, le clausole di esclusione da gare pubbliche sono state sempre ritenute di stretta interpretazione, dovendo attribuirsi rilievo esclusivo alle espressioni letterali in esse contenute (Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6951).

Ne consegue che la volontà di sanzionare con l'esclusione l'inosservanza di una specifica modalità di presentazione dell'offerta dev'essere espressa con chiarezza nella *lex specialis* di gara, con la conseguenza che resta preclusa, in mancanza di una suddetta, univoca sanzione, ogni diversa interpretazione sulle conseguenze delle ipotizzate irregolarità.

In mancanza di una previsione espressa e inequivoca, nell'incertezza sull'interpretazione da dare a una clausola della *lex specialis*, è preminente l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti e alla tutela dell'affidamento dei partecipanti in buona fede (Cons. Stato, Sez. VI, 28 aprile 2015, n. 2662).

Peraltro, in tema di interpretazione delle clausole della *lex specialis*, si ritiene che - in coerenza con la visione garantista evidenziata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 - esse vincolino allo stesso modo concorrenti e stazione appaltante, in capo alla quale non sussiste alcun margine di discrezionalità per la loro concreta attuazione, nemmeno qualora risultino formulate in modo inopportuno o incongruo, potendo, in tal caso, al più, ricorrere all'autotutela annullando il bando di gara (*cfr.* Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4302 e *id.*, 19 settembre 2011, n. 5282).

Le uniche fonti della procedura di gara sono, infatti, costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati e i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica; le fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2015 n. 4441; Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5570 e *id.* 13 luglio 2010, n. 4526) .

Come specificato in giurisprudenza, ciò a tutela dell'affidamento dei concorrenti, nei confronti dei quali va preclusa qualsiasi esegesi del testo non giustificata da un'oggettiva incertezza del loro significato, poiché ciò potrebbe condurre all'integrazione delle regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale ed ingenerando incertezze nell'applicazione (Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162 e id. 30 agosto 2005, n. 4431).

1.4. Nullità delle cause di esclusione

Secondo l'Adunanza le Stazioni appaltanti possono, di regola, inserire nei propri atti di gara solamente clausole escludenti che riproducono obblighi previsti dal codice o dal regolamento dei contratti pubblici e da altre disposizioni legislative e laddove queste non siano richiamate vige il principio di eterointegrazione del bando. Sono, invece, nulle le clausole che violano del principio di tassatività o che si contrappongono a precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione.

16

Esaminato il contenuto del principio di tassatività, si deve evidenziare la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, innovando rispetto ad una precedente e controversa giurisprudenza⁷, approfondisce il tema della nullità delle clausole della *lex specialis* di gara.

⁷ La giurisprudenza più risalente, legata alle disposizioni previgenti alla riformulazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, aveva in più occasioni affermato che non fosse consentito al giudice, e tanto meno all'amministrazione, disapplicare le disposizioni di un bando di gara anche se contrarie a norme di legge o di regolamento.

Le regole fissate nel bando dovevano essere applicate dall'amministrazione, anche se illegittime o divenute non conformi allo *jus superveniens* (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6694; Cons. reg. sic., 22 marzo 2000, n. 128; Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 1998, n. 1605, 3 settembre 1998, n. 591, 15 luglio 1998, n. 1059 e 11 maggio 1998, n. 224).

Infatti, secondo tale orientamento, fatta propria dalla stazione appaltante come regola del procedimento di gara una determinata disposizione, questa diveniva indifferente anche ai mutamenti successivamente intervenuti a livello normativo.

In capo all'amministrazione residuava la facoltà (come, più in generale, nei casi d'illegittimità del bando o degli inviti) di provvedere all'annullamento della gara e, semmai, alla conseguente rinnovazione; ciò considerato l'eventuale interesse pubblico all'annullamento in base allo stato iniziale o avanzato del procedimento o dell'esigenza di considerare l'eventuale affidamento dei terzi che hanno confidato nella regolarità della *lex specialis* di gara (Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 1998, n. 1605; Cons. reg. sic., 3 novembre 1999, n. 576 e Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1485).

A tale posizione si opponeva una parte della giurisprudenza dei TAR che aveva ritenuto, invece, che il giudice amministrativo potesse disapplicare le disposizioni del bando di gara, o di qualsiasi altro atto normativo di regolamentazione della gara, quale ad esempio il capitolato speciale, contrastanti con norme sovraordinate (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, 2 aprile 1997, n. 354 e 5 giugno 1997, n. 900).

Infatti, la legge ha rafforzato il principio di tassatività delle cause di esclusione attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici.

Secondo l'Adunanza Plenaria, la scelta di sanzionare con la nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, le singole «*clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici*», richiama anzitutto la necessità di fare richiamo ai principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, comma. 2, del codice civile⁸.

Tale orientamento partiva dal presupposto che il bando o gli altri atti di gara, contenendo prescrizioni di natura normativa (afferenti la fase di scelta del contraente) potevano essere disapplicati dal giudice se confliggenti con norma di rango superiore.

In caso di contrasto con la disciplina comunitaria, era, invece, pacificamente ammessa una disapplicazione normativa mirata da parte del giudice nazionale, laddove il ricorso fosse proposto nei termini previsti dalla legislazione nazionale per impugnare il bando di gara; ciò, seppure limitata all'ipotesi del contrasto dell'atto con la normativa comunitaria e nel caso di comportamento elusivo o scorretto dell'amministrazione, in considerazione di esigenze di tutela degli affidamenti creati dalla stessa normativa (Corte di Giustizia, Sez. VI, 27 febbraio 2003, nel procedimento n. C-327/00).

Dopo la riformulazione del Codice, operata dal D.L. n. 70/2011, emerse anzitutto la necessità di rivedere i percenti equilibri raggiunti dalla giurisprudenza a fronte, da una parte, dell'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione e, dall'altra, della presenza di solo cinque cause di esclusione espressamente comminate dalle disposizioni codicistiche, ovvero: a. assenza dei requisiti generali (articolo 38, comma 1); b. violazione dell'unicità dell'impresa ausiliaria (articolo 49, comma 8); c. mancato utilizzo dei moduli per l'offerta a prezzi unitari (articolo 74, comma 3); d. contemporanea partecipazione sia in forma associata o consorziata sia come impresa singola (articoli 36, comma 5 e 37, comma 7); e. mancata dichiarazione di responsabilità in fase di offerta (articoli 118, comma 2 o 119, comma 5, del Regolamento).

Di contro, restavano fuori dalla sanzione dell'esclusione alcuni adempimenti sostanziali come, ad es., la presentazione tardiva dell'offerta e il mancato possesso dell'attestazione SOA, poiché nessuna norma definisce queste mancanze come causa di "esclusione", come, invece, ad es., fuori dal codice, per il mancato versamento del contributo all'allora AVCP). Dalla conseguente necessità di individuare, anzitutto, quali fossero le (ulteriori e implicite) cause tassative di esclusione, nasceva un vivace confronto giurisprudenziale, rispetto al quale la sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, rappresenta un punto fermo.

⁸ La sentenza chiarisce altresì che il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co. 1, del Codice 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.

Il comma 1-ter - aggiunto all'art. 46 del Codice dall'art. 39, comma 2, DL 90/2014 - appare tuttavia superare tale chiarimento, poiché, come visto, prevede le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di "mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni", dando quindi la possibilità di produrre tardivamente documenti o dichiarazioni mancanti o sanatore la forma omessa.

Pertanto, l'eventuale «nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela » (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14, in applicazione del principio "vitiatur sed non vitiat" ossia "è viziato ma non vizia" in materia di gare pubbliche).

Pertanto, la nullità di tali clausole incide – e non poco – sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, poiché la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d'ufficio (art. 31, co. 4, c.p.a.).

Di contro, in linea generale, ai sensi dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., il ricorso nel settore degli appalti deve essere proposto nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'esclusione di cui all'art. 79 del Codice (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2014 e id. 23 aprile 2014, n. 2057).

Ciò premesso, la citata Adunanza Plenaria chiarisce che nelle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si possono verificare le seguenti ipotesi:

- a. *«legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione dell'impresa;*
- b. *legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);*
- c. *legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque inapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;*
- d. *legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento».*

Il bando può, quindi, anzitutto recepire esplicitamente le clausole che impongono adempimenti doverosi a pena di esclusione previste dalle norme.

Coerentemente a tale principio, è stato quindi osservato (T.A.R. Sardegna, Sez. I, Sentenza 17 ottobre 2014, n. 821) che le Stazioni appaltanti possono, di regola, inserire nei propri atti di gara solamente due tipologie di clausole escludenti:

1. quelle che riproducono obblighi previsti dal codice o dal regolamento dei contratti pubblici e da altre disposizioni legislative;
2. quelle che appaiono funzionali ad evitare incertezze sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ovvero ad assicurarne la segretezza, poiché indirettamente richiamate dall'art. 46.

In secondo luogo, il bando può essere sottoposto al meccanismo di eterointegrazione, che consente di completare la disciplina di gara a fronte di norme imperative, ai sensi dell'art. 1339 del cod. civ. (cfr. Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 18 e Sez VI, 9 aprile 2015, n. 1798).

Riguardo quest'ultimo caso, è stato altresì osservato che *«l'estensione delle ipotesi di eterointegrazione delle cause "escludenti" dalla selezione vanno valutate con rigore, non solo in considerazione della portata sostanzialista del richiamato art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti, ma anche in considerazione del fatto, in coerenza con detta norma, che la predisposizione del "tipo-contrattuale" da parte dell'Amministrazione determina un legittimo affidamento nel concorrente rispetto alle regole predisposte da seguire per correttamente partecipare alla gara»* (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 17 giugno 2014, n. 1781).

Non è, invece, facilissimo cogliere la distinzione tra le ipotesi sub. c) e sub. d), in cui assume rilievo la distinzione tra una clausola della *lex specialis* posta *"in violazione del principio di tassatività"* e quella posta *"in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione"*.

Infatti, secondo la richiamata sentenza dell'adunanza Plenaria, il bando può altresì:

- introdurre delle clausole non previste dal Codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali e, in tal caso, consegue la nullità della clausola, che può essere *«disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice»*; quindi *«il Tribunale può disapplicare la clausola nulla (in quanto ultronea rispetto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 46 richiamato), che, pertanto, può essere impugnata unitamente all'atto concretamente lesivo, senza incorrere, come tradizionalmente avveniva a fronte di tutte le clausole escludenti, in alcuna preclusione»* (T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV, Sent., 09-12-2014, n. 3246, sulla omessa dichiarazione e/o all'irregolare posizione dei progettisti di cui all'art. 90, comma I, lett. d), e), f), f bis), g) e h) del Codice prevista a esclusione dalla gara, ed, anche, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, sentenza 2 luglio 2014 n. 3621, in cui è stato ritenuto che fosse illegittimo il provvedimento di esclusione dalla gara di un'impresa che aveva prodotto un certificato di qualità non in originale o in copia autentica, costituendo questo un adempimento formale non essenziale e non previsto da alcuna norma di legge o regolamento);

- può dettare una disciplina incompatibile con quella contenuta nel Codice, nel regolamento di esecuzione o in altre leggi statali, consentendo la partecipazione di imprese cui, avuto riguardo alla disciplina normativa, tale partecipazione sarebbe preclusa⁹; nel qual caso *«in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento»*.

Quest'ultimo caso, è stato altresì riscontrato nella presenza di clausole difformi a quelle previste per la piena affidabilità della cauzione provvisoria.

Al riguardo, è stato osservato che *«non può ritenersi nulla la clausola del bando di gara che non risulta impugnata che prevedeva a pena di esclusione la mancata costituzione della cauzione provvisoria ovvero la prestazione di una cauzione difforme da quanto richiesto o di importo insufficiente. Tale clausola è espressiva di un interesse rilevante e qualificato dell'Amministrazione aggiudicatrice non solo in ordine alla piena affidabilità della cauzione provvisoria, ma anche in relazione alla capacità economica della stessa, sicché non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. St., Sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 5192: CGA 18 giugno 2014, n. 327). Inoltre, potrebbe al più desumersene un'incompatibilità con la disciplina contenuta con l'art. 75, D.Lgs. n. 163 del 2006, il che impone secondo quanto stabilito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la sua contestazione mercé espressa impugnazione della clausola contenuta nella lex specialis, evento quest'ultimo non realizzatosi»* (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278).

Inoltre, con riferimento a queste ultime statuizioni, l'Adunanza Plenaria tratta di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi, secondo cui il bando:

- I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione;
- II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa;
- III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

In adesione a tale orientamento, l'A.N.AC. ha chiarito che *«le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1 - bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo, e ciò comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause*

⁹ Così interpretato in amministrativamente, rivista di diritto amministrativo, Fascicolo n. 7-8/2014 (ISSN 2036-7821) e sul sito www.neldiritto.it.

di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale» (PARERE precontenzioso n. 125/15/S del 15 Luglio 2015).

1.5. Applicabilità alle concessioni di beni

Seppure il principio di tassatività è applicabile unicamente alle procedure di gara disciplinate dal Codice ovvero in quelle in cui vi sia stato un auto-vincolo dell'amministrazione procedente, negli altri casi permane la necessità di una puntuale osservanza della legge di gara e del rispetto del superiore principio della garanzia della par condicio dei concorrenti.

21

Il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici, si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice in via diretta ovvero per auto-vincolo dell'amministrazione procedente (cfr. Adunanza plenaria n. 9 del 2014).

Ne consegue che tale disciplina non si applica laddove non si tratti di una procedura di gara disciplinata dal codice dei contratti pubblici, poiché ha ad oggetto la concessione di un bene pubblico e del connesso servizio pubblico locale di gestione di infrastruttura sportiva, laddove neppure l'amministrazione ha inteso auto-vincolarsi sul punto (cfr. in fattispecie analoga Ad. plen. n. 9 del 2014 cit. e n. 7 del 2014).

Permane, tuttavia, anche in questi casi, la necessità di una puntuale osservanza della legge di gara e del rispetto del superiore principio della garanzia della par condicio dei concorrenti (cfr. sulle concessioni Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2015, n. 2839, in merito alla legittimità delle prescrizioni inerenti la timbratura e la controfirma su tutti i lembi di chiusura del plico contenente le buste recanti le offerte e la domanda di partecipazione).

2. ONERI DOCUMENTALI

2.1 *Obblighi dichiarativi*

L'attenzione della giurisprudenza è rivolta all'individuazione, ai fini dichiarativi, dei soggetti muniti di effettivi poteri rappresentativi secondo un'interpretazione sostanzialistica che privilegia il raggiungimento del miglior risultato sostanziale senza nulla aggiungere alla trasparenza dell'attività amministrativa.

22

La giurisprudenza ha espresso in più occasioni la necessità di valutare in concreto l'esistenza del potere di rappresentanza per individuare i soggetti obbligati alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti; ciò al fine di impedire l'accesso ai contratti pubblici a soggetti non meritevoli.

In particolare, l'art. 38 fa sì che si eviti che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate da persone fisiche che non possiedano i requisiti di onorabilità e affidabilità morale e professionale richiesti dalla norma (Ad. Plen. 16 ottobre 2013 n. 23).

L'attenzione della giurisprudenza è rivolta all'individuazione, ai fini dichiarativi, dei soggetti muniti di effettivi poteri rappresentativi secondo un'interpretazione sostanzialistica che privilegia il raggiungimento del miglior risultato sostanziale senza nulla aggiungere alla trasparenza dell'attività amministrativa.

Sotto il profilo normativo, tale orientamento trova giustificazione dalla lettura dello stesso articolo 38 del Codice, che fa sempre riferimento ad una situazione di effettiva gestione societaria ("amministratori muniti di poteri di rappresentanza").

Il fine di tale orientamento è di «evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza» (Cons. Stato, Sez. IV, 9 giugno 2015, n. 2826).

Tale chiave di lettura è coerente con l'interpretazione sostanzialista espressa dall'orientamento generale del diritto dell'Unione, che prende spunto dall'art. 45 della direttiva CE 2004/18, in cui è fatto esplicito riferimento a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa (Cons. di Stato, Sez. III, 1 luglio 2015, n. 3274).

In tal caso, la stazione appaltante tiene conto della volontà sottesa alla riformulazione degli articoli 38 e 46 del codice di semplificare, da una parte, dell'attività dichiarativa e, dall'altra, di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in

capo anche ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5240, secondo cui, devono trovare applicazione le cause ostative ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici anche se, qualora il bando non contenga specifiche comminatorie e l'esclusione dell'impresa può essere disposta non già per la mera omissione della dichiarazione, ma solo per l'effettiva assenza del requisito in capo a tali procuratori).

Ne consegue che nel caso il concorrente abbia due soci al 50%, entrambi devono essere controllati, poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario, ma devono concordare su ciascuna decisione (Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3621, e Sez. VI, 28 gennaio 2013 n. 513, fatta propria anche dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 6 novembre 2013, n. 24).

Inoltre, la giurisprudenza assolutamente prevalente sosteneva, e sostiene, che i procuratori ad negozia non rientrino nel novero dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), in quanto operano su un oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito esso la procura.

Tuttavia, la prassi mostra l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti, tanto che questi, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

In tali casi, i suddetti soggetti rientrano nel perimetro sub art. 38 del codice e di conseguenza sussista in capo a tali soggetti l'obbligo dichiarativo delle eventuali cause ostative (Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23).

Infatti, in questa fattispecie, il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura dell'amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. , poiché 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.

Detta conclusione non è smentita dal menzionato articolo 45 della direttiva U.E., il quale anzi sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura (Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231).

Da tale quadro interpretativo deriva, nel complesso, che, 'a monte' di ogni valutazione, è necessario prima approfondire la reale posizione del concorrente che non ha fornito le dovute dichiarazioni.

L'eventuale ricorso al soccorso istruttorio, infatti, si colloca 'a valle' di una valutazione sulla completezza delle dichiarazioni che è basata su una norma che ricerca un equilibrio tra le ragioni fondanti di tutela della stazione appaltante e la varietà di situazioni concrete difficilmente prevedibili e organizzabili (Cons. Stato, in ult. cit.).

E' stato, quindi, affermato che la possibilità di sanare in gara la mancanza di una dichiarazione non esime la stazione appaltante dalla valutazione in concreto della necessità della stessa (Cons. Stato, Sez. III, 6 febbraio 2015, n. 619, e id, 11 febbraio 2013, n. 768).

Ciò ha portato ad ammettere la legittimità della condotta di un'Amministrazione che aveva chiamato i partecipanti alla gara a predisporre una dichiarazione assai elaborata, da cui erano derivati errori di compilazione. Una volta accertato che non era stata occultata alcuna circostanza significativa, era stata riconosciuta l'incompletezza della dichiarazione come palesemente ascrivibile ad errore materiale e, pertanto, ammissibile di soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2015, n. 4249).

24

La giurisprudenza ha inoltre aggiunto che il possesso dei requisiti di capacità generale, di cui all'art. 38 del codice dei contratti, deve essere assicurato non solo all'atto di presentazione della domanda, ma per tutta la procedura di gara ed anche dopo l'aggiudicazione, per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2015, n. 2048, *cit.*).

2.2 Dichiarazione 'omnicomprensiva'

La valorizzazione del potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie, ha comportato il consolidarsi di un orientamento secondo cui è del tutto conforme alla disposizione primaria la dichiarazione sostitutiva che consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese.

Il punto di partenza della dichiarazione sostitutiva c.d. 'omnicomprensiva' deve essere rinvenuto nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014, che ha affermato i seguenti principi di diritto: «*nelle gare d'appalto la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, può essere riferita in via generale ai requisiti di moralità professionale previsti dalla norma de qua e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore, con la conseguenza che la dichiarazione in parola è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio*» (Cons. Stato Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4583).

Secondo tale orientamento, la dichiarazione non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici; la stessa regola deve valere per i soci, dovendosi in caso contrario evidenziare un'inammissibile disparità di trattamento nella disciplina dell'accesso alle procedure di gara (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1861, e id. 17 marzo 2015, n. 1380 nonché id. 22 gennaio 2015, n. 268).

Naturalmente, affinché la dichiarazione possa essere ritenuta omnicomprensiva il soggetto non si deve essere limitato a renderla relativa alla propria posizione, omettendo radicalmente di renderla anche in relazione agli altri soggetti sottoposti ad obblighi dichiarativi (Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 462, e Sez. III, 4 marzo 2015, n. 1079, che evidenzia come tali dichiarazioni siano valevoli anche per i procuratori speciali muniti di ampi poteri rappresentativi).

Pertanto, con riferimento ai soggetti diversi dal titolare e/o dal legale rappresentante dell'impresa, si può procedere all'esclusione unicamente nel caso di riscontro dell'effettiva assenza del requisito di moralità richiesto (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1861) o, comunque, nei casi in cui l'autocertificazione ex art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445 del 2000, si sia rivelata una dichiarazione non veritiera e, pertanto, la stessa costituisca causa ostativa di partecipazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h) del codice (Cons. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 219, in cui il soggetto aveva dichiarato di essere l'unico amministratore, quando non lo era).

Sulla dichiarazione c.d. 'omnicomprensiva' sono stati conseguentemente enunciati (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4765) i seguenti principi di diritto:

- a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 del Codice può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;
- b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 del Codice non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;
- c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni e realizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso.

Di contro, è stato osservato che la dichiarazione 'omnicomprensiva' può essere idonea a certificare i requisiti dell'impresa, solo nel caso in cui la *lex specialis* non richiede diversamente.

Infatti, può essere legittimamente previsto uno specifico onere a carico dei singoli, «*proprio al fine di riferire ai soggetti così indicati (e solo ad essi) la successiva dichiarazione, resa nell'ambito della stessa ed unitaria manifestazione di conoscenza, della assenza di cause di esclusione per gli amministratori, pur genericamente indicati, muniti di poteri di rappresentanza*» (Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2015, n. 395).

Qualora invece la *lex specialis* non contenga una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione di cui art. 38 citato, ma «*soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito*»

(orientamento confermato in ultimo da Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4583, e Sez. III, 4 marzo 2015, n. 1079).

2.3 Persone fisiche e giuridiche

La giurisprudenza sostanzialistica ha chiarito che le disposizioni riguardanti il possesso dei requisiti di moralità, richiesti dall'art. 38 del codice dei contratti, si riferiscono a tutti i soggetti, persone fisiche, dotati di poteri decisionali e di rappresentanza dell'impresa anche se tali soggetti siano poste ai vertici di persone giuridiche controllanti il concorrente.

26

Il comma 1 lett. b) e c) dell'art. 38 del Codice¹⁰ individuano i soggetti tenuti alle relative dichiarazioni, precisando - per quanto interessa le società - che risulta la necessità di irrogare la sanzione dell'esclusione ogni qual volta le cause ostative o i procedimenti richiamati siano pendenti nei confronti, fra gli altri, del "socio unico persona fisica" ovvero del "socio di maggioranza" (persona fisica?) in caso di società con meno di quattro soci.

Il dibattito giurisprudenziale più risalente in materia ha sostanzialmente riguardato la possibilità di estendere il controllo anche a soggetti che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore o "socio di maggioranza", esercitano un'influenza dominante nell'organo amministrativo della persona giuridica.

In quest'ottica, l'orientamento sostanzialistico ritiene che «la possibilità di estendere i soggetti obbligati a fornire le dichiarazioni di moralità risiede nell'esigenza di evitare che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte

¹⁰ L'art. 38 del Codice al co. 1 lett. b) e c) sancisce: "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

- b) *nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda [...] gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;*
- c) *nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: [...] degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio".*

organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale che si giovino dello schermo di chi, in virtù di disposizioni statutarie, riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza. Più in generale, si vuole evidenziare la necessità di un controllo esteso ai soggetti con i quali di fatto l'amministrazione stipulerà un contratto» (Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2015, n. 2048, cit.).

Pertanto, al fine di evitare elusioni della norma, parte della giurisprudenza estende i controlli anche al socio di maggioranza 'persona giuridica', poiché anch'esso soggetto con potere di indirizzo strategico del concorrente, cui la stazione appaltante dovrebbe interfacciarsi per stipulare un eventuale contratto (Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2015, n. 2048, cit. e TAR Puglia, Bari, Sez. I, 30 agosto 2013, n. 1287).

Di diverso avviso è quell'orientamento che, partendo da una lettura formalistica della disposizione sopra citata, ritiene debba essere esclusa la necessità di verificare i requisiti di moralità, laddove l'organizzazione societaria sia diversa da quella contemplata espressamente dall'art. 38 del Codice e, pertanto, non si estenda alla persona giuridica controllante la società concorrente.

Quest'ultima interpretazione aveva sin qui fatto riferimento alla Determinazione n. 1 del 16 maggio 2012 l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con cui la stessa Autorità aveva chiarito che le verifiche vanno in ogni caso riferite al solo socio di maggioranza persona fisica, coerentemente con quanto espressamente previsto dalla norma nel caso di socio unico.

Per quanto riguarda l'ipotesi di "socio unico" persona giuridica, sempre quest'ultimo orientamento aveva precisato che il citato art. 38, comma 1, lettera c), del Codice va interpretato, anche in ossequio ai principi del "*favor participationis*" e di tassatività delle clausole di esclusione, ed in particolare nel senso che, visto l'espresso riferimento al socio unico "persona fisica", nessuna dichiarazione deve essere rilasciata dal socio unico quando la società è partecipata non da un unico socio persona fisica bensì da una persona giuridica (Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1648).

2.4 Altri soggetti con obblighi dichiarativi

In adesione al principio sostanzialistico, l'obbligo dichiarativo si estende a tutti i soggetti che, pur avendo, o avendo avuto, influenza sul concorrente, non possono annoverarsi fra quelli "agevolmente identificabili", trattandosi di persone che la stazione appaltante non può individuare con immediatezza, senza dover necessariamente e previamente acquisire ulteriori elementi informativi.

Un problema specifico in merito agli obblighi dichiarativi, è quello riguardante i concorrenti che siano stati beneficiari di cessione d'azienda nell'anno antecedente alla gara di appalto.

Come visto, per l'Adunanza Plenaria (n. 16/2014 cit.) sono ammesse dichiarazioni "generiche", attestanti la mancanza di cause ostative per l'impresa concorrente, laddove concernenti persone non agevolmente identificabili dall'Amministrazione, attraverso l'accesso a registri, banche dati, etc.

Al riguardo, è stato osservato che gli amministratori e soci dell'azienda ceduta – cui l'obbligo di dichiarazione si estende in virtù di un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 10, e id. 7 giugno 2012, n. 21) – non possono annoverarsi fra quelli "agevolmente identificabili" nel senso suindicato, trattandosi di persone che la stazione appaltante non può individuare con immediatezza, senza dover necessariamente e previamente acquisire ulteriori elementi informativi (dai concorrenti stessi o *aliunde*).

28

Infatti, quand'anche il fatto storico dell'operazione di incorporazione, fusione o cessione di azienda verificatosi nell'ultimo anno sia conoscibile attraverso le visure camerali, la consultazione di esse certamente non fornisce alcuna indicazione in ordine all'identità degli amministratori e direttori tecnici delle società "incorporate", sì da costringere l'Amministrazione ad ulteriore attività istruttoria volta alla ricostruzione del pregresso assetto societario di dette diverse imprese (Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140).

Ciò nonostante, l'incertezza interpretativa permane, poiché non è ancora esaurito l'opposto orientamento che, seguendo l'Adunanza Plenaria (sentenza 16 ottobre 2013, n. 23), ha negato la possibilità di una diretta declaratoria di esclusione nel caso in cui l'omissione della dichiarazione sia riferita ad amministratore dell'azienda ceduta, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame.

Ne conseguirebbe che, qualora la *lex specialis* non contenga una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione (Cons. di Stato, Sez. IV, 1° settembre 2015 n. 4089).

Infine, nel caso di appalto integrato, è stato chiarito che i progettisti indicati, al pari di quelli associati, sono operatori economici esecutori di una pubblica commessa (anche se per effetto di un incarico da parte delle imprese esecutrici dei lavori); ciò, giustifica l'applicazione della prescrizione contenuta negli articoli 53 del Codice e 275 del Regolamento, a mente della quale deve trattarsi di soggetti "qualificati" (Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 775).

Non vi è, pertanto, motivo per non ritenere agli stessi «*applicabili le regole ordinarie di partecipazione alla procedura in relazione alla composizione soggettiva dagli stessi prescelta, soprattutto quando si tratti di disposizioni dettate a garanzia della affidabilità, serietà e corretta realizzazione della prestazione*» (Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4715).

2.5 Modelli predisposti dalla S.A.

Nel caso di dichiarazioni rese con forme diverse dai modelli predisposti dalla stazione appaltante il compito del 'soccorso istruttorio' non è quello di 'sanare' una lacuna documentale, ma – più semplicemente – quello di integrare una fonte documentale, laddove sia necessario acquisire lumi in ordine al preciso senso da attribuire alle dichiarazioni rese dal concorrente.

Un problema che si può presentare in gara, è la presentazione di una dichiarazione che si discosti sostanzialmente dai modelli predisposti dalla stazione appaltante¹¹.

29

A tale riguardo, è stato affermato che nel nostro ordinamento sussiste il c.d. “principio della libertà delle forme” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041, in merito alla contestazione in ordine alla dichiarazione del possesso dei cc.dd. requisiti morali, che veniva rilasciata dal concorrente in forma sintetica ed omnicomprensiva, mancando lo specifico riferimento ai fatti di reato, consistenti in partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio).

Secondo tale orientamento, se in nessuna parte del bando o del disciplinare di gara è previsto, e tanto meno a pena di esclusione, che i singoli soggetti interessati debbano rendere autonome e specifiche dichiarazioni, «non appare giusto né equo» che sia escluso da una procedura di gara il soggetto che: 1) possa dimostrare di avere tutti i prescritti requisiti richiesti dal bando; 2) abbia inteso dichiarare in buona fede di esserne in possesso.

In questo caso l'esclusione dalla procedura sussisterebbe «per il solo e semplice fatto (formale) di aver errato (rectius: di aver commesso un errore materiale, per omissione) nella esposizione delle sue affermazioni al riguardo (o per il semplice fatto di essersi discostato dalla pedissequa riproduzione del modello di dichiarazione prescritto nel bando)» (Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041 cit.).

Per tale motivo, l'esclusione è legittima solo se manca il possesso sostanziale dei requisiti previsti, e non può basarsi sulla semplice forma della dichiarazione.

Ne consegue che la dichiarazione 'omnicomprensiva' resa dal concorrente - in cui si esprimono in forma sintetica, anziché in forma analitica, le informazioni richieste dalla PA - non costituisce un caso di mancanza assoluta (e cioè di omessa produzione) di documenti richiesti dal bando, ma – al più – di avvenuta produzione di documenti assoggettabili a verifiche e ad analisi.

¹¹ Il 13 ottobre del 2014 l'A.N.AC. ha pubblicato il bando-tipo n. 2/2014, riferito all'affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari, con procedura aperta per appalto, di sola esecuzione lavori, per contratti di importo superiore a euro 150.000 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Nel bando tipo sono previsti i modelli cui si deve attenersi la stazione appaltante nella predisposizione del bando stesso e sono standardizzate le dichiarazioni del concorrente.

Si tratta, infatti, di acquisire lumi in ordine al preciso senso da attribuire alle dichiarazioni in questione, al fine di eventualmente consentirne – ove necessario - *«l'integrazione in funzione puramente chiarificatrice»* (e perciò senza sanzione?); tutto ciò nell'interesse della stessa Amministrazione al conseguimento del più efficace risultato della procedura di gara, e non è già al fine *«di introdurre di un ennesimo insidioso ostacolo per l'imprenditore»* (Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041, *cit.*).

2.6 Contributo A.N.AC.

Viola il principio di proporzionalità l'aver considerato come determinante l'irregolarità del versamento del contributo da versare all'A.N.AC., poiché questa anche laddove riscontrata non potrebbe dar luogo all'esclusione dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione.

L'obbligo del versamento della contribuzione a favore dell'A.N.AC., posta a carico dei concorrenti, si riferisce a tutti i contratti pubblici soggetti all'applicazione del Codice degli appalti pubblici, aventi a oggetto l'acquisizione di servizi e forniture e la realizzazione di lavori pubblici, nei settori «ordinari» e nei settori «speciali», indipendentemente dalla procedura adottata o dal contratto affidato.

Nel valutare l'eventuale irregolarità riscontrata nel suddetto versamento, la stazione appaltante, prima di dar luogo all'esclusione dalla gara, deve sempre considerare i principi di proporzionalità e tassatività delle cause di esclusione, anche laddove sia presente un'espressa previsione del bando.

Pertanto, non può essere annullata l'aggiudicazione già disposta in favore di un concorrente qualora il bollettino del versamento della tassa a favore dell'A.V.C.P. (ora A.N.AC.) rechi un codice fiscale diverso dal suo, e appartenente ad altra Società.

Ne consegue che l'errore, come sopra descritto, commesso dall'aggiudicatario, non può inficiare la partecipazione alla procedura dello stesso, essendo applicabile in tal caso l'art. 46 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai sensi del quale sono nulle le clausole di esclusione da una gara di appalto qualora siano diverse da quelle tipizzate nella stessa disposizione (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2945).

Sotto questo aspetto, inoltre, anche dovesse accertarsi che la tassa in questione sia pagata da altro soggetto, diverso dal concorrente, nulla osterebbe a che tale obbligazione sia assolta da un terzo, in favore della partecipante alla gara di un concorrente (Cons. Stato, in ultimo cit.).

2.7 A.V.C.P.ass e PASSoe

La mancata inclusione del documento PASSOE nella busta contenente la documentazione amministrativa, non può costituire causa di esclusione, in quanto costituisce una semplice liberatoria per verificare i requisiti dei concorrenti, non un requisito in senso proprio.

Con l'introduzione del sistema AVCPass - ossia lo strumento informatico che permette la verifica informatica dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche - i concorrenti sono obbligati a fornire alle stazioni appaltanti un documento denominato PASSoe.

Infatti, l'art. 6-bis, comma 1 del Codice dispone che, dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal Codice sia acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità, di cui l'A.V.C.P.ass rappresenta lo strumento applicativo e interfaccia web (articolo inserito dall'art. 20, comma 1, lett. a), D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 aprile 2012, n. 35).

Al riguardo, il TAR Lazio ha chiarito che, in linea generale, il PASSoe si sostanzia in una liberatoria ai fini della privacy, che autorizza alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori di utilizzare il sistema per accedere, attraverso le cooperazioni applicative con gli enti certificanti, ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente (*cf.* art. 6-bis del Codice in merito all'obbligo delle stazioni appaltanti di accedere alla banca dati dell'A.N.AC. per la verifica dei requisiti di gara).

Pertanto, si può ragionevolmente ritenere - secondo il citato Tribunale - che si tratta di una carenza documentale "indispensabile" ai fini della verifica del requisito, ma non "essenziale", quindi non soggetta ad alcuna sanzione (TAR Roma, Sez. II bis, 7 agosto 2015 n. 10753).

Tale passaggio richiama il c.d. *tertium genus* dell'A.N.AC. laddove rappresenta che in sede di gara possano presentarsi irregolarità o carenze della dichiarazione che non possono considerarsi essenziali, e quindi soggette a pagamento, ma nel contempo non sussumibili neanche nella categoria delle non essenziali e non indispensabili, configurandosi invece come elementi esigibili dalla stazione appaltante per una veloce verifica delle autocertificazioni (contra TAR Campania, Salerno, 23 marzo 2015 n. 663 sull'assunto che essendo espressamente la comminatoria di esclusione per tale carenza e non trattandosi di dichiarazioni, non era neppure applicabile l'istituto del neo soccorso istruttorio "a pagamento" art. 38, comma 2-bis del Codice).

Pertanto, la stessa A.N.AC. nelle note di commento al bando tipo n. 2/2014 nega che la mancata prenotazione del PASSoe possa essere riconosciuta come causa di esclusione; ciò considerato, come osservato dal TAR Lazio, che l'art. 6-bis del Codice non sancisce che spetta ai concorrenti l'onere di produzione del PASSOE a pena di esclusione dalla gara.

Invero, qualora la stazione appaltante riscontri una diffusa difficoltà tra i concorrenti a presentare il PASSoe, causa malfunzionamento del sistema, vi è un interessante precedente giurisprudenziale in cui è stato chiarito che l'interesse pubblico prevalente rimane quello di un rapido affidamento dell'appalto.

Pertanto, nel caso specifico non è stata valuta come pretestuosa la motivazione che ha portato all'esercizio del potere in autotutela da parte della stazione appaltante, con conseguente revoca della gara e successiva rinnovazione della stessa (Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, 26 gennaio 2015, n. 62).

3. OFFERTA

3.1 *Carenze o difetti dell'offerta economica*

A fronte di mancanze nell'offerta, l'esclusione va disposta anche in assenza di una specifica prescrizione della lex specialis, dovendosi tutelare il superiore interesse alla par condicio tra i concorrenti, e senza che neppure sia possibile ricorrere al soccorso istruttorio, laddove evidenzi una carenza relativa al profilo negoziale dell'offerta e non già di una semplice irregolarità marginale o mancanza delle dichiarazioni da rendersi in fase di gara.

33

Per orientamento giurisprudenziale costante, nelle gare in materia di pubblici appalti, è sempre escluso il soccorso istruttorio per supplire, a carenze dell'offerta.

L'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" di cui al più volte menzionato art. 46 e non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2916).

Tale assunto vale tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, potendosi al più ammettere in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale, ma sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione.

Infatti, in quest'ultima ipotesi, non essendo consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, l'eventuale integrazione della documentazione si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (cfr. sul punto le dirimenti, conclusive e vincolanti argomentazioni della citata Ad. plen., n. 9 del 2014 cit.).

A titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'offerta economica, da segnalare che è stato ritenuto irrilevante, ai fini della comminatoria di esclusione, l'inserimento nell'offerta tecnica di prezzi di listini ufficiali, o il riferimento a prezzi praticati sul mercato, ovvero ad elementi del tutto marginali che non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica (Cons. Stato, Sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4615, e Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Infatti, *“un'interpretazione delle clausole di gara secondo criteri di ragionevolezza (nonché, si aggiunge, alla luce del principio di conservazione dei valori giuridici) – reputa irrilevante, ai fini della comminatoria di esclusione, l'inserimento nell'offerta tecnica di prezzi di listini ufficiali, o il riferimento a prezzi praticati sul mercato, ovvero ad elementi del tutto*

marginali che non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica” (Sez. VI, n. 5890 del 27 novembre 2014).

Sulla stessa linea interpretativa, la giurisprudenza che ha ammesso - nelle procedure di gara il cui criterio di aggiudicazione sia quello dell’offerta economica più vantaggiosa - di non considerare l’errata indicazione del ribasso in termini percentuali causa di esclusione; ciò laddove sia evidente l’errore di calcolo e l’offerta economica appaia comunque completa degli elementi costitutivi (Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487).

In merito alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per l’offerta, l’A.N.AC. sul punto ha chiarito che l’eventuale ampliamento dell’ambito applicativo dello stesso sino a consentire il completamento o l’integrazione dell’offerta, altererebbe *la par condicio*, il libero gioco della concorrenza e violerebbe il canone di imparzialità nonché di buon andamento dell’azione amministrativa. Inoltre, eludendo la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte (determinazione n. 1/2015 *cit.*).

34

3.2 Ammissibilità dell’offerta tecnica

La valutazione di punteggi da assegnare all’offerta tecnica, così come la sua “incertezza assoluta”, rientra nell’ampia discrezionalità dell’Amministrazione che tuttavia non deve risultare abnorme o sconfinare nell’arbitrio, ma rimanere nei limiti della opinabilità.

Anche l’offerta tecnica è stata ritenuta non suscettibile di integrazione postuma il progetto proposto dall’impresa offerente, laddove questo si sia rivelato inadeguato rispetto a quello posto a base di gara (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4460).

Infatti, in questo caso, sussistono i presupposti che legittimano l’esclusione del concorrente dalla gara, laddove manca un elemento essenziale per la formazione dell’accordo necessario per la stipula del contratto e non già la mera ‘penalizzazione’ dell’offerta nella valutazione del punteggio da assegnare (Cons. Stato, Sez. III, 1° luglio 2015, n. 3275).

Il principio di tassatività delle cause di esclusione - sancito dall’art. 46, co. 1-bis, del codice dei contratti pubblici - esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di «incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta» (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601, che ha chiarito che eventuali carenze progettuali, riferibili, nella sostanza, a migliorie proposte secondo quanto stabilito dal disciplinare di gara, non incidono su elementi essenziali del progetto base).

Inoltre, in questi casi, la valutazione dell’organo tecnico non deve risultare abnorme e, a tale scopo, l’Amministrazione può risultare utile motivare (anche in modo sintetico se

esaustivo) la ragione per cui si è ritenuta non ammissibile l'offerta; ciò in parallelo a quanto accade per l'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici, in cui la discrezionalità dell'Amministrazione non deve sconfinare nell'arbitrio, ma rimanere nei limiti della opinabilità (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e id., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1928; Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5604; Sez. III, 31 luglio 2013, n. 4038; Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1813, cui rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. "d", e 120, comma 10 c.p.a.).

Questa la valutazione delle offerte – e dunque anche quella della loro "incertezza assoluta" – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo.

Ne consegue che le eventuali censure che sul merito di tale (opinabile) valutazione sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601, *cit.*).

3.3 Sottoscrizione

Un concorrente non può essere escluso dalla gara per mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica, poiché è sufficiente che l'offerta tecnica sia sottoscritta in calce al documento per garantire provenienza, serietà, affidabilità ed insostituibilità dell'offerta, eventuali oneri aggiuntivi contrastano con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

La giurisprudenza ha approfondito il rapporto tra l'istituto del soccorso istruttorio, posto a garanzia della massima partecipazione delle imprese, e l'interesse sostanziale delle stazioni appaltanti a poter confidare su una provenienza certa ed indiscutibile dell'offerta da uno degli operatori economici partecipanti alla gara (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2954).

E' stato, pertanto, osservato che, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dal citato art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti, la stazione appaltante è legittimata ad escludere il concorrente dalla procedura di affidamento laddove riscontri l'«incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta», la quale, a sua volta, può conseguire al «difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali» (Cons. Stato, in ultimo cit. e Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

Ancora, la giurisprudenza ha puntualizzato che per sottoscrizione deve intendersi «la firma in calce», e che questa non può essere sostituita dalla sottoscrizione solo parziale delle pagine precedenti a quella conclusiva della dichiarazione stessa oppure solo in apertura di esso ("in testa"), o sul mero frontespizio di un testo di più pagine.

E', infatti, soltanto con la firma in calce che si esprime «*il senso della consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto*» (Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317), valore la cui lesione integra una delle cause di esclusione operanti anche nel vigente regime di tassatività delle circostanze escludenti (Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2015 n. 4971).

Di contro, la mancanza della sottoscrizione inficia irrimediabilmente la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, legittimando l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella *lex specialis* (cfr., da ultimo, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

La mancanza della firma, pertanto, non può considerarsi quale mera irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria un'espressa previsione della *lex specialis* (cfr. Consiglio Stato, n. 5547/2008, n. 1832/2010 e n. 528/2011; per la giurisprudenza che ritiene tassativa la sottoscrizione anche in calce all'offerta tecnica cfr. anche Cons. Stato, n. 2317/2012).

Al riguardo, uno specifico orientamento giurisprudenziale ha osservato che, laddove la finalità sottesa alla sottoscrizione risulti in concreto conseguita - poiché l'impresa «*fa propria la dichiarazione contenuta nel documento*», vincolandosi alla stessa ed assumendo le conseguenti responsabilità - non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara (Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933 e Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1195, 25 gennaio 2011 n. 528, 7 novembre 2008 n. 5547).

Eventuali oneri aggiuntivi posti a carico dei concorrenti contrastano con il principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2012, n. 2317).

Infatti, secondo tale orientamento, il requisito della sottoscrizione dei documenti che costituiscono parte integrante dell'offerta può essere soddisfatto anche con forme equipollenti, quali l'apposizione della sola sigla, unitamente al timbro dell'impresa e alle generalità del legale rappresentante (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063) od anche della sola sigla in calce al documento (Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933) o della sottoscrizione autografa anche se in difetto della firma digitale nella sottoscrizione dell'offerta tecnica, poiché in questi casi deve prevalere il principio del *favor participationis* (Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4595).

Infine, se è necessario considerare il dato sostanziale, è altresì, sufficiente che la sottoscrizione sia apposta nel secondo ed ultimo foglio del documento in cui è contenuto il ribasso, qualora quest'ultimo sia materialmente unito al primo. Infatti, deve ritenersi che anche in questo caso sia stata manifestata, in modo chiaro e riconoscibile, la volontà del concorrente di offrire il ribasso sulla base d'asta contenuto nel primo foglio e, di contro, deve ritenersi affetta da nullità la contraria disposizione di *lex specialis* che impone la sottoscrizione per esteso di ogni pagina dell'offerta nonché la conseguente esclusione della gara disposta virtù della stessa (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2954).

Ancora più complesso è il tema della sanabilità da parte del concorrente, nel caso in cui vi sia un difetto di sottoscrizione dell'offerta economica.

Al riguardo, un recente orientamento del TAR, in radicale controtendenza rispetto alle indicazioni fornite dall'A.N.AC. con la deliberazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, nega che il concorrente possa sanare l'offerta priva della sottoscrizione mediante il ricorso al nuovo soccorso istruttorio (Tar Lombardia, Milano, sezione 4, 13 luglio 2015, n. 1629 e Tar Molise, Sez. 1, 11 settembre 2015, n. 338, in merito alla non assimilabilità al concorrente del progettista designato, pena la nullità della clausola).

Secondo tale interpretazione, il nuovo comma 1-ter dell'articolo 46 del Codice deve comunque essere letto in combinato disposto con il precedente comma 1-bis, ai sensi del quale *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti ...) nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ...”*. Proprio in ragione del fatto che il legislatore non sia intervenuto anche su tale disposizione, peraltro, induce a ritenere che, anche nell'attuale quadro normativo, permangano alcune ipotesi di errori insanabili, tra i quali deve ricomprendersi l'assenza di sottoscrizione, poiché rende incerta la provenienza della una domanda.

In attesa di eventuale pronuncia del Consiglio di Stato sull'argomento, si ricorda che la soppressa A.V.C.P. osservava che, anche qualora la disciplina di gara risulti ambigua in merito ai documenti da sottoscrivere a pena di esclusione, nondimeno la sottoscrizione è indispensabile alla luce dell'eterointegrazione legale del contratto (articoli 1339-1374 del Codice civile), in forza dell'articolo 46, comma 1-bis del Codice dei contratti (parere n. 92 del 22 maggio 2013).

3.4 Cronoprogramma

Indipendentemente dalla specifica previsione della lex specialis, alla presentazione in offerta di un cronoprogramma, corrisponde un giudizio discrezionale di “affidabilità” sull'offerta temporale del concorrente, che può legittimare l'esclusione dello stesso; in questo caso non è neppure possibile il ricorso al soccorso istruttorio che si porrebbe in contrasto con il principio generale della par condicio tra i concorrenti.

Un aspetto su cui si è concentrata la giurisprudenza, è il rapporto tra il principio di tassatività delle cause di esclusione e il cronoprogramma eventualmente evidenziato nella documentazione di gara.

Al riguardo, è stato osservato che la *lex specialis* di gara rappresenta l'esplicazione del potere discrezionale spettante alla stazione appaltante, la quale può legittimamente prevedere il cronoprogramma tra i documenti costituenti l'offerta.

Sicché, spetta alla stazione appaltante individuare *«gli elementi e i documenti in concreto necessari o utili ai fini della valutazione dell'offerta e risponde alla ragionevole esigenza di garantire una conoscenza puntuale dei tempi delle singole fasi di lavorazione ai fini della verifica sull'affidabilità dell'offerta, del controllo sui tempi di esecuzione e dell'erogazione*

dei compensi in corrispondenza con gli stati di avanzamento dei lavori» (Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2015, n. 2757 e sulla rilevanza dell'interesse pubblico a far emergere, in sede di offerta, i tempi di esecuzione delle singole lavorazioni, Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5159).

Sotto un profilo diverso, il riferimento esplicito della *lex specialis*¹² al valore contrattualmente vincolante del cronoprogramma evidenzia l'inerenza di detto ultimo atto alla struttura dell'offerta e quindi la conseguente impossibilità di accordare, a fronte di una sua sostanziale incompletezza, un soccorso istruttorio che si porrebbe in contrasto con il principio generale del rispetto della *par condicio* fra i concorrenti¹³ (Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2015, n. 2757 *cit.* e sulla mancata sottoscrizione dello stesso come causa di esclusione T.A.R. Lombardia, Milano, 4 agosto 2015, n. 1884).

Vi è, tuttavia, un diverso orientamento che lega il cronoprogramma all'art. 88, ult. comma, Codice dei contratti pubblici, a mente del quale l'Amministrazione può procedere all'esclusione dell'offerta che risulti complessivamente inaffidabile, è possibile l'esclusione del concorrente, indipendentemente dal fatto che il cronoprogramma fosse previsto dal bando di gara.

Infatti, nel caso in cui sia *«stato legittimamente verificato che i tempi offerti dall'appellante non potevano considerarsi sostenibili in base all'organizzazione della medesima, comportando tempi ristrettissimi per la realizzazione dei lavori reputati non adeguati»*, l'esclusione è fondata su *«un giudizio di non affidabilità dell'offerta temporale, analiticamente motivato in contraddittorio con la ricorrente»* (Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4655, in cui l'appellante non aveva nemmeno chiarito come rispettare il termine di 180 giorni, naturali e consecutivi, che aveva dichiarato nell'offerta).

¹² Nel caso affrontato nella sentenza n. 2757/2015 dal Cons. di Stato era esplicitato che si doveva *«a pena di esclusione indicare in cifra e lettere, sull'apposito modulo "scheda offerta tempo", la percentuale determinante la riduzione dei tempi di esecuzione per dare ultimati i lavori (l'offerta tempo si riferisce alla riduzione percentuale dei giorni)»*, soggiungendo che *«unitamente alla scheda offerta tempo, a pena di esclusione, si dovrà allegare il cronoprogramma dettagliato dei lavori, con indicazione delle singole fasi di lavorazione e dei tempi occorrenti, redatto sulla scorta del cronoprogramma allegato al progetto esecutivo»*, e che *«il cronoprogramma sarà ritenuto vincolante ai fini contrattuali»*.

¹³ La sentenza appare coerente con quanto affermato, prima della riformulazione dell'art. 38 del Codice, dalla più volte citata Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 25 febbraio 2014, n. 9 (allegato 2), secondo cui *"il potere di soccorso sancito dall'articolo 46, comma 1, del medesimo codice (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione 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"*.

3.5 Oneri specifici per la sicurezza

L'Adunanza Plenaria in due distinte decisioni afferma la necessità, anche nelle procedure di affidamento di lavori, di indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'impresa offerente; ciò, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, poiché tale mancanza incide sul contenuto dell'offerta. Permane, tuttavia, un possibile contrasto con il principio di tutela dell'affidamento nei casi in cui la stazione appaltante abbia omissis di indicare nel bando la loro obbligatoria quantificazione in offerta.

39

L'obbligatorietà dell'indicazione in offerta degli oneri aziendali per la sicurezza, nasce dall'articolo 86 del Codice dei Contratti, secondo cui *«nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento [...], gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture».*

Detta norma sembrerebbe rivolgersi alle stazioni appaltanti, imponendo loro, *«nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte»*, di effettuare una specifica valutazione della congruità dei costi del lavoro e della sicurezza indicati dai concorrenti.

Nel successivo articolo 87, comma 4, ult. periodo del Codice, è, inoltre, specificato che: *«Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture».*

Al riguardo, si è evidenziata nel tempo una mutevole giurisprudenza che mettendo in rilievo l'ambiguità delle disposizioni sugli oneri aziendali per la sicurezza, ha ritenuto, in un primo momento, applicabile l'obbligo di indicazione in gara di tali oneri ai soli appalti di servizi e di forniture, e non a quelli di lavori.

Tale ambiguità ha portato successivamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ad enunciare il principio di diritto secondo cui: *«nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara»*; ciò, senza possibilità di sanare tale mancanza ricorrendo al potere di soccorso istruttorio, poiché determinante la *«incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta»* (sentenza AP n. 3 del 20 marzo 2015).

A fronte di tale principio, neppure sembrerebbe sufficiente la mera precisazione da parte del concorrente, che nell'offerta finale sono stati considerati gli oneri della sicurezza

aziendali, laddove manchi una precisa quantificazione degli stessi o questa sia pari a zero; anche in tal caso, infatti, perdura l'incertezza sulla congruità degli stessi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2941, in cui è stato chiarito che l'indicazione dei costi sulla sicurezza pari a zero determina la mancanza di un elemento essenziale dell'offerta economica).

E' stato, infatti, ritenuto che anche all'indicazione dei suddetti oneri possa essere applicato quanto sostenuto per l'offerta economica pari a zero, che il prevalente indirizzo giurisprudenziale ritiene possa equivalere al caso di mancata offerta, pur in mancanza di preclusione espressa nella *lex specialis* di gara.

Ciò, in conformità al disposto dell'art. 46, co. 1-bis, del codice dei contratti.

In questo caso, infatti, si realizza il difetto non già di una voce di prezzo, ma di un elemento essenziale dell'offerta economica, la cui essenzialità può essere resa specificamente manifesta dall'approntamento della formula matematica di valutazione dell'offerta elaborata dalla stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 177).

Tornando agli oneri specifici per la sicurezza, la suddetta sentenza dell'Adunanza plenaria ha, inoltre, comportato una presa d'atto da parte dell'A.N.AC. che, modificando il bando tipo n. 2/2014, ha imposto alle stazioni appaltanti, di prevedere espressamente nei bandi di gara l'obbligo per gli operatori economici di indicare in offerta gli oneri della sicurezza aziendali (comunicato pubblicato il 19 giugno 2015).

Ciò, al fine di garantire l'osservanza del principio di diritto espresso nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria e di «evitare di generare un errato affidamento dei concorrenti in ordine all'assenza dell'obbligo in questione».

Le stazioni appaltanti, pertanto, secondo le indicazioni su bando-tipo, sono tenute ad indicare - nei bandi di gara e nei modelli di dichiarazione di offerta economica - l'obbligo delle imprese di specificare espressamente nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali, utilizzando la seguente formula: «La dichiarazione dovrà contenere altresì l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza ai sensi dell'art. 87 c. 4 del Codice» (vedi anche parere di precontenzioso n. 44 dell'8 aprile 2015).

Ciò posto, è possibile affermare che non si è mai sopito l'orientamento opposto, volto alla non escludibilità del concorrente per le ragioni suddette; anzi, quest'ultimo orientamento ha ritrovato vigore dopo una nuova ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria.

Infatti, nell'ordinanza è stato evidenziato che la sostanziale discordia, ante Plenaria, della giurisprudenza aveva, comunque, creato un incolpevole affidamento degli operatori di mercato in merito alla non obbligatorietà dell'indicazione in offerta degli stessi oneri, laddove non richiesti dalla *lex specialis* di gara.

Ne conseguiva la necessità di chiarire il “regime” cui assoggettare le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si fosse esaurita anteriormente al predetto pronunciamento; ciò al fine di ovviare all’eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. “soccorso istruttorio” di cui all’art. 38, co. 2-bis del Codice, e, quindi, invitando il concorrente interessato a integrare o precisare la dichiarazione carente (Cons. Stato, Sez. V, ord. 3 giugno 2015, n. 2707).

L’udienza pubblica dell’Adunanza Plenaria si è tenuta il 7 ottobre 2015 e ha portato alla sentenza del successivo 2 novembre, n. 9 (allegato 5), poi confermata nei contenuti dalla successiva sentenza del 1° dicembre 2015, n. 11.

Nel conseguente provvedimento è stato chiarito, tuttavia, che *«non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell’Adunanza Plenaria n.3 del 2015»*.

Anche in quest’ultima decisione, infatti, è espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell’omissione dell’indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, poiché ciò si sarebbe risolto in un’inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell’offerta (cfr. Ad. Plen. n. 3 del 2015, punto 2.10).

Non ravvisandosi, peraltro, ragioni nell’immediato per disattendere tale avviso, resta attuale l’indicazione in merito alla necessità di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, anche se non previsti nella *lex specialis* di gara, al fine di evitare l’esclusione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 17 novembre 2015 n. 5246 con cui la Sezione muta il precedente orientamento espresso in id. 28 settembre 2015, n. 4537, ancora contraria all’esclusione TAR Campania, Salerno, 20 novembre 2015, n. 2457).

Tale indicazione resta valida nonostante, nel frattempo abbia ripreso corpo l’orientamento contrario a quello condiviso dall’Adunanza Plenaria che, sostenuto da alcune sezioni del Consiglio di Stato (ad es., Sez. III, 7 settembre 2015 n. 4132) ha trovato, in ultimo, una completa spiegazione in una sentenza del TAR Lazio.

In particolare, quest’ultimo – condividendo la posizione espressa dall’ANCE e da ITACA, prima dell’Adunanza plenaria n. 3/2015 - ha chiarito che *«non si riscontrano motivi giuridici validi per discostarsi dall’orientamento, assunto anche da questo Tribunale, secondo il quale la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3 del 2015, debba essere interpretata nel senso che nelle procedure ad evidenza pubblica la regola di specificazione (o separata indicazione) dei costi di sicurezza, ai sensi degli articoli 86 e 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006, opera in via primaria nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici in sede di predisposizione delle gare di appalto e di valutazione dell’anomalia, con la conseguenza che l’assenza di scorporo nel quantum fin dalla fase di presentazione dell’offerta non può risolversi in causa di esclusione dalla gara, anche alla luce dei criteri di tassatività delle cause espulsive previsti dall’art. 46, comma 1 bis, del medesimo codice, assumendo – per*

tali motivi - coerentemente rilevanza esclusivamente nell'ambito del sub procedimento di verifica dell'anomalia» (Roma, Sez. II bis, 15 settembre 2015).

Inoltre, va ulteriormente evidenziato che in una recente ordinanza del TAR Piemonte (Torino, Sez. II, 29 ottobre 2015, n. 330) è stato osservato che laddove la documentazione di gara non richieda la specificazione separata degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta economica, tale circostanza (unita ad una giurisprudenza ancora incerta) può indurre in errore i concorrenti, circa la necessità di adempiere a quanto prescritto dall'art. 87 del Codice dei contratti pubblici, *«nel senso definitivamente chiarito soltanto dalla decisione n. 3 del 2015 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato».*

42

Ne consegue, secondo l'ordinanza, che *«appare necessario approfondire i profili di censura, nella fase del merito, anche ai fini di un'eventuale rimessione alla Corte di Giustizia UE della questione giuridica qui controversa (si veda, per il condivisibile richiamo del principio di tutela dell'affidamento: Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., ord. n. 1 del 15 gennaio 2015)».*

La citata ordinanza (confermata con la sentenza del 12 novembre 2015, n. 1569) è altresì coerente con quanto affermato dal Consiglio di Stato, sempre in un caso di mancata indicazione degli oneri aziendali, il quale ha definito "esclusione a sorpresa", l'esclusione del concorrente che abbia fatto affidamento sulla completezza o regolarità della documentazione di gara utilizzata (cfr. Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4583); ciò, in violazione del suddetto principio che trae origine dalla buona fede contrattuale di cui agli artt. 1375 e 1175 del Codice civile.

Rimane, quindi, aperto solo un piccolo spiraglio in ordine al "regime" cui assoggettare le procedure nelle quali la stazione appaltante abbia omissso di indicare nel bando la loro obbligatoria quantificazione in offerta, violando il principio di tutela dell'affidamento, laddove vi sia l'effettiva rimessione della questione alla Corte di Giustizia UE.

In ogni caso, nessuna esclusione può, invece, essere comminata per la mancata quantificazione degli "oneri esterni" della sicurezza o "da interferenza", calcolati dalla Stazione appaltante, poiché non vi è alcuna norma che imponga ai concorrenti (tantomeno, a pena di esclusione) di riprodurre nella loro offerta detti oneri.

Vi sono, infatti, radicali differenze che investono la natura degli oneri di sicurezza interni e di quelli esterni e che *«escludono, invero, che la regola della necessaria indicazione da parte delle concorrenti degli oneri aziendali, i quali sono appunto loro individualmente propri, possa essere estesa anche agli oneri c.d. esterni, giacché la definizione di questi ultimi compete appunto, per converso, alla sola Amministrazione, chiamata a fissarli a monte della procedura, e su di essi le concorrenti non dispongono di alcun potere dispositivo, sicché anche una loro eventuale indicazione sul punto sarebbe solo pedissequamente riproduttiva di quella posta a base della procedura»* (Cons. Stato, Sez. V, 6 novembre 2015, n. 5070).

3.6 *Oneri formali, principi di separazione e segretezza*

Laddove una clausola preveda a pena di esclusione un adempimento che non trovi fondamento diretto nel quadro normativo, bensì, apparentemente, nella sola legge di gara, è d'obbligo una verifica sulla validità della clausola medesima, facendo ricorso al principio della tassatività delle cause di esclusione e, con esso, del favor participationis.

Il principio della segretezza dell'offerta impone che, «*fintanto che non sia stata ultimata la valutazione tecnica delle offerte, sia interdotta, al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti, al fine di scongiurare che la commissione sia influenzata, nella valutazione della componente tecnica dell'offerta, dalla conoscenza dell'offerta economica; così facendo, si salvaguardano i principi di imparzialità e di par condicio, ragion per cui l'eventuale violazione del principio di segretezza della offerta economica fa scattare l'esclusione del concorrente dalla gara, finanche in assenza di espresse previsioni della lex specialis*» (cfr. Parere di Precontenzioso A.N.AC. n. 60 del 19 marzo 2014 che rinvia a Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3575).

Tuttavia, il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica non può venir interpretato a tal punto da eliminare le naturali e obiettive interferenze tra i due aspetti quello tecnico e quello economico (in ultimo Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181, ma anche Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1) .

Infatti, come osservato dal Consiglio, in considerazione del difetto espresso di una norma primaria o regolamentare che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, dal quadro normativo si desumono i seguenti principi: «*a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate; c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla; e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica*» (Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181 cit. e Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Ciò posto, è stato viceversa osservato che l'inosservanza della formalità indicate nel disciplinare di gara, avente ad oggetto la separazione tra le due componenti della stessa offerta tecnica, non possono portare all'espulsione del concorrente dalla gara, poiché tale provvedimento non sarebbe conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione

dalla gara previsto dall'art. 46, comma 1 bis del Codice (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III ter, 10 giugno 2015, n. 8142).

Ed, infatti, in assenza di un puntuale riferimento normativo concernente l'adempimento prescritto dal disciplinare di gara (separazione tra le componenti dell'offerta tecnica), non è possibile sussumere l'onere in esame in alcuna delle ipotesi generali di esclusione previste dall'art. 46 comma 1 bis del Codice.

In quest'ottica, non può dirsi neppure violata la tutela del principio di segretezza delle offerte, che è da ritenersi applicabile:

- a) all'esterno nei confronti dei terzi (e non della commissione) ed è volta a prevenire indebite e abusive alterazioni del contenuto dell'offerta;
- b) all'interno della gara, in relazione alla sola ipotesi di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica come ha avuto modo di precisare l'A.V.C.P. con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 nell'interpretazione, in parte qua, del citato art. 46 c. 1 bis (si veda, in particolare, la parte III punti 1 e 2 e i riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati).

Lo stesso orientamento ha, altresì, precisato che il principio di segretezza, per come elaborato dalla giurisprudenza (*cfr. ex multis*, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, n. 3841/2013; Sez. V n. 2214/2013; Sez. VI n. 6023/2011), per cui è necessaria una distinzione tra le buste dell'offerta, può essere riferibile al caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale separazione, che concerne l'offerta economica e l'offerta tecnica, opera già al momento della partecipazione alla gara e, successivamente, nella fase di valutazione delle stesse (con obbligo di precedenza della valutazione dell'offerta tecnica - da effettuarsi in seduta riservata - rispetto all'attribuzione del punteggio all'offerta economica - che avviene in seduta pubblica).

A livello normativo, il *modus procedendi* in esame è stato codificato dall'art. 120 del Regolamento che prescrive la separazione tra offerta tecnica ed economica e non risulta estensibile ad ipotesi diverse da quelle ivi espressamente considerate quale, ad esempio, quella concernente due componenti dell'offerta tecnica stessa.

In quest'ultimo caso, l'eventuale estensione della clausola escludente è preclusa dall'operatività del principio di tassatività più volte citato, che è espressione, a sua volta, del più generale canone ermeneutico del *favor participationis* cui si ispira la normativa più recente in materia di appalti (*cfr.* Cons. Stato, Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2006).

Tuttavia, non tutte le formalità previste sull'offerta ostano a tale principio.

E' stata, ad esempio, ritenuta legittima l'esclusione del concorrente, laddove, sotto un profilo formale, le prescrizioni di gara sull'offerta erano indicate in modo del tutto chiaro (anche se solo nel capitolato speciale di appalto) e, sotto un profilo sostanziale, le stesse costituivano un elemento essenziale dell'offerta stessa, non affatto secondario

nell'economia dell'appalto (*cf.*, in un appalto di servizi, Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2013, n. 4676, sull'obbligo di indicare le scorte).

Infatti, in assenza di tale dettagliato e fondamentale adempimento, il concorrente deve essere necessariamente escluso dall'appalto, per carenza di un elemento essenziale, ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, e dell'art. 74 del Codice.

Un diverso profilo attiene all'osservanza delle formalità previste per una corretta conservazione e integrità dei plichi contenenti le offerte, in seguito all'apertura delle relative buste.

Al riguardo, sussistono due orientamenti, di cui il primo più rigoroso riguardo all'individuazione delle misure da adottare per garantire la conservazione e l'integrità dei plichi contenenti le offerte, in modo che ne sia assicurata la segretezza, e richiede che le cautele adottate siano menzionate ed indicate nel verbale di gara (*cf.*, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4487; Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203, e 12 dicembre 2009, n. 7804).

Secondo questo primo indirizzo, l'integrità dei suddetti plichi è posta a garanzia della segretezza delle stesse e della parità di trattamento tra tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento e d'imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203 e id. 20 marzo 2008, n. 1219).

Il secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, reputa che la mancata emersione dagli atti di gara dell'osservanza delle sopradescritte cautele non costituisce, da sola, motivo di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione presentata dal concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1094, nonché id. 25 luglio 2006, n. 4657, e id. 10 maggio 2005 n. 2342 o id. 20 settembre 2001 n. 4973; Sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5360 e, infine, il TAR Bologna, 30 ottobre 2015 n. 942, in cui è chiarito che non comporta esclusione l'aver presentato una busta contenente la documentazione di gara chiusa mediante colla, anziché mediante ceralacca o altra striscia plasticata incollata).

Sulla base del profilo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della c.d. "genuinità" dei plichi, si è affermato che la mancanza di una dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza non costituisce causa di esclusione, laddove non vi sia prova che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei plichi medesimi (Cons. Stato, Sez. V, del 14 ottobre 2014, n. 5060).

3.7 Cauzione provvisoria

Le irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un "soccorso istruttorio",

poiché questa pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina l'“incertezza assoluta” e ciò in ragione della sua funzione meramente accessoria.

Un recente orientamento giurisprudenziale ha evidenziato che l'art. 75 del Codice dei Contratti non prevede esplicitamente l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria; ciò a differenza di quanto stabilito dal comma 8 della medesima disposizione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493).

Secondo tale giurisprudenza, la possibilità di applicare in questi casi il principio di tassatività delle cause di esclusione sembrerebbe coerente con il diverso principio del *favor participationis* posto dalla recente evoluzione normativa a fondamento dell'ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio (*cfr., ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 10 giugno 2015, n. 8143).

La possibilità di escludere il concorrente che, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, non ha presentato regolare garanzia provvisoria, non può essere, infatti, ricondotta all'art. 46, comma 1-bis cit., che prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta, ma nei soli casi di “incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta” stessa (TAR Roma, Sez. III, 10 giugno 2015 n. 8143 cit.).

Ne deriva che, secondo tale orientamento, la mancanza o l'irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina “l'incertezza assoluta” e ciò in ragione della funzione meramente accessoria riconosciuta alla stessa.

La medesima giurisprudenza evidenzia, infatti, che la cauzione può essere ricondotta alla «*caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno...In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati*» (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34).

In nessun caso, pertanto, la cauzione provvisoria costituisce elemento strutturale essenziale la cui mancanza possa legittimare l'esclusione dalla gara; di converso, in questi casi deve consentirsi la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente.

A titolo esemplificativo, non è stato escluso dalla gara il concorrente per la mancata prestazione, di rituale garanzia provvisoria, poiché la garanzia era stata resa a mezzo di fideiussione intestata a società non iscritta negli albi di cui agli artt. 106 e 107 del T.U. 385/1993 (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687), o il concorrente che aveva versato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quanto prescritto dal disciplinare di gara.

In entrambi i casi, è stato, infatti, ritenuto che la fattispecie non integrasse una legittima causa di esclusione dalla procedura concorsuale ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis cit., ma l'impresa concorrente dovesse essere invitata dalla stazione appaltante ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto (ex multis Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662 e in questo senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140; Cons. Stato Sez. V n. 3431/2014; Cons. Stato; Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781 e 1 dicembre 2012, n. 493; Sez. IV, 13 febbraio 2013, n. 896; C.G.A., Sez. giur., 2 marzo 2015, n. 173).

Un differente caso di irregolarità, è stato altresì affrontato laddove la polizza prodotta in gara non conteneva l'apposita appendice recante la precisazione che l'impegno alla costituzione della garanzia era da intendersi a favore di ciascun ente che aderirà al contratto in sede di esecuzione dello stesso. E' stato al riguardo precisato che, tale mancanza, *«non incidendo sulla serietà e sulla certezza dell'offerta e sulla sua provenienza, né sulla validità ed effettività della polizza prodotta, non poteva determinare, come invece ritenuto dai primi giudici, l'esclusione di quell'offerta dalla gara, dovendo essere piuttosto considerata una mera irregolarità sanabile attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio»* (Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764).

Più complesso è il caso in cui la mancanza della cauzione sia non parziale ma totale.

Un recente orientamento del TAR ha criticato la distinzione espressa dall'A.N.AC., nella determinazione n. 1/2015 (e in ultimo parere n. 155 del 23 settembre 2015), tra fattispecie sanabili e non; ciò, a seconda che si ricada nell'ipotesi della mancata costituzione della cauzione provvisoria (non sanabile pena la violazione del principio della par condicio) o in tutte le altre fattispecie di carenza del documento attestante la cauzione, irregolarità ed incompletezza della stessa (da ritenersi, invece, regolarizzabili).

Sotto questo aspetto, è stato, tuttavia, osservato che qualora fosse sempre ammessa la sanabilità della cauzione provvisoria non potrebbe neppure parlarsi di una violazione del canone della *par condicio* dei concorrenti, poiché *«l'A.N.AC., dopo avere richiamato la violazione del principio della par condicio a fondamento dell'esclusione nel caso di mancata costituzione della cauzione provvisoria, in altra parte della determina n. 1/2015 ammette la "regolarizzazione" delle domande di partecipazione e delle offerte prive di sottoscrizione (purché, in fatto, riconducibili al concorrente) ovvero in ipotesi di carenze ben più gravi (la carenza della sottoscrizione preclude la stessa riferibilità dell'offerta) rispetto alla mancanza della cauzione provvisoria»* (TAR Roma, Sez. III, 10 giugno 2015, n. 8143, cit.).

Si rimane in attesa di un consolidamento di tale posizione; ciò anche in ragione della più recente giurisprudenza che propende per una soluzione che consideri l'irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria quali elementi che non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un "soccorso istruttorio" (Cons. Stato, Sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918).

L'epilogo della discussione giurisprudenziale non è, tuttavia, certo, poiché in antitesi con gli indirizzi più recenti (ispirati da un marcato *favor admissionis*), in una gara di servizi è stato ritenuto che *“l'intera disciplina dettata dall'art. 75 del codice dei contratti in materia di cauzione (provvisoria e definitiva), è espressione di esigenze imperative dell'ordinamento la cui violazione comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente da una espressa previsione espulsiva (c.d. tassatività attenuata)”* (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2916, in merito al dimezzamento della polizza per il concorrente che non abbia rimesso una copia della certificazione di qualità negli atti di gara)

Secondo tale orientamento, la cauzione provvisoria, così come i requisiti di presentazione della stessa, concernono elementi essenziali dell'offerta che ben possono essere dettagliati dalle stazioni appaltanti o dall'Autorità indipendente di settore (in sede di predisposizione dei bandi tipo).

Sarebbe, quindi, legittimo che un disciplinare di gara possa imporre, a pena di esclusione, specifiche modalità di presentazione della cauzione provvisoria e di prova dell'avvenuta costituzione.

In casi del genere, il soccorso istruttorio non sarebbe neppure praticabile, pena la violazione del principio della *par condicio competitorum*.

4. REQUISITI SPECIALI

4.1 *Possesso attestazione SOA*

Nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dall'impresa non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione, senza soluzione di continuità.

49

Con ordinanza del 29 aprile 2015 n. 2189, la terza sezione del Consiglio di Stato ha rimesso, ai sensi dell'art. 99, comma 1 c.p.a., all'Adunanza Plenaria alcune questioni riguardanti le attestazioni SOA per ottenere un chiarimento.

A motivo della suddetta remissione, il presupposto che, in linea teorica, i requisiti di qualificazione, in quanto finalizzati a dimostrare la capacità dell'impresa concorrente di eseguire correttamente l'appalto, dovrebbero essere posseduti in via ininterrotta per tutta la durata della procedura, pena l'espulsione dalla gara della candidata divenuta (anche provvisoriamente) carente del requisito.

Sussiste, tuttavia, l'altra tesi che, viceversa, ritiene il requisito di qualificazione assuma rilievo solo in alcune fasi della procedura e, segnatamente, nei momenti della presentazione della domanda, della verifica dei requisiti e dell'aggiudicazione.

Considerata la sostanziale differenza tra la prima e la seconda tesi, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con Sentenza del 20 luglio 2015, n. 8, ha preso posizione sull'annosa questione, adottando il principio del possesso continuativo dei requisiti di qualificazione, interpretato e declinato nel senso che anche una temporanea interruzione, nel corso della procedura, della titolarità delle attestazioni prescritte comporti necessariamente l'esclusione dell'impresa che l'ha temporaneamente perduta e anche se la possedeva nei momenti della presentazione della domanda, del controllo dei requisiti e dell'aggiudicazione.

I requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (*cfr.* anche Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, in cui la riflessione era limitata ai soli requisiti di ordine speciale).

Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, la continuità nel mantenimento dei requisiti, con cui l'impresa si qualifica, garantisce la serietà della volontà di presentare un'offerta credibile e

rappresenta un elemento di sicurezza per la stazione appaltante sull'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti necessari.

Inoltre, secondo il Supremo Collegio, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara *“deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dall'indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006”*.

50

Se già questa posizione costituisce una novità rispetto ad un differente orientamento (sin ora maggioritario) che preferiva individuare la necessità di dimostrare i requisiti in momenti specifici della gara, colpisce ancor più che, secondo l'Adunanza Plenaria, la continuità nel possesso dei requisiti generali e speciali dell'impresa debba proseguire per tutta la durata dell'esecuzione dell'appalto.

Infatti, conclude l'Adunanza Plenaria, se ai sensi del Regolamento *“la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori della propria classifica”* (art. 61, comma 2, del Regolamento), la permanenza, nel caso di lavori, della SOA è necessaria sia per partecipare che per eseguire gli appalti.

A tale proposito, si ricorda, tuttavia, che l'art. 135 del Codice dei contratti elenca in casi in cui è possibile, per la stazione appaltante, risolvere i contratti in corso, chiarendo che solo la perdita di alcuni dei requisiti generali previsti dall'art. 38 del Codice *“possono”* comportare la risoluzione del contratto (comma 1) e che la decadenza della SOA *“obbliga”* la revoca dell'appalto, unicamente qualora sia stata rilasciata sulla base di una falsa dichiarazione.

Inoltre, anche limitandosi all'aspetto sanzionatorio della decadenza per falso, si evidenzia che, qualora venga accertata la non imputabilità all'impresa delle eventuali dichiarazioni/documentazioni non veritiere rese alla SOA, ciò non esime la prima dal ricevere un provvedimento di decadenza dell'attestazione.

Infatti, l'acclarata falsità oggettiva giustifica e impone — indipendentemente da ogni ricerca sull'imputabilità soggettiva del falso — il ritiro dell'attestazione di qualificazione rilasciata sulla base dei documenti riconosciuti come falsi (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza del 2 febbraio 2015, n. 468 e Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5922).

Da notare, infine, che il Consiglio di Stato, in apparente adesione dell'orientamento opposto, ha recentemente chiarito che non può essere escluso il consorzio che ha dimostrato il tempestivo avvio della procedura di verifica intermedia, entro, e non oltre, il termine di validità dell'attestazione stessa, laddove l'aggiornamento della SOA si sia

perfezionato il seguente giorno alla sua scadenza e ben prima dell'aggiudicazione definitiva (Sez. V, 30 ottobre 2015 n. 4971).

L'impostazione nasce sulla base della giurisprudenza che ha avuto modo di chiarire che occorre tenere presente che, a norma dell'art. 36, comma 7, del Codice, *"il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate"*.

Da ciò consegue che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del Consorzio stabile solo dopo che l'impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione.

Il Consorzio stabile, quindi, può adempiere al proprio un onere sulla base di un termine indeterminato (essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere) e se entro tale termine presenta la prescritta domanda di adeguamento adempie a quanto previsto dalla legislazione di settore.

Non può, infatti, logicamente asserirsi che la scadenza dell'attestazione dell'impresa consorziata possa essere irrilevante ai fini della partecipazione alla gara, se la domanda di rinnovo sia intervenuta tempestivamente, e pretendere che la stessa scadenza intermedia renda invalida la qualificazione del Consorzio che successivamente abbia tempestivamente inoltrato la richiesta di adeguamento (cfr. C.d.S., Sez. V, 8 settembre 2010 n. 6506, a sua volta richiamante la decisione 16 giugno 2009 n. 3878).

Da ciò, l'esatta considerazione secondo cui ai fini di una valida partecipazione alla singola procedura è sufficiente che il Consorzio stabile abbia presentato la propria istanza di aggiornamento entro il termine per la presentazione delle offerte, non occorrendo che entro tale scadenza la verifica intermedia si sia anche perfezionata.

4.2 Indicazione subappaltatore

L'Adunanza plenaria chiarisce che la dichiarazione di subappalto si limita alla mera indicazione della volontà di ricorrere allo stesso; l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste nella gara.

In tema di subappalto, è presente un orientamento, più volte avversato sia dalla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sia dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ex multis Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 cit.).

Tale orientamento ritiene vi sia una duplice lettura dell'art. 118, comma 2, del Codice dei contratti, nella parte in cui sottopone l'affidamento in subappalto alla condizione che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e

le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo (in ultimo, TAR Palermo, Sez. III, 7 ottobre 2015 n. 2476).

Secondo tale lettura, il citato comma va interpretato nel senso che la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso in capo al medesimo dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario in conseguenza del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (*cf.* ad es. Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781, id. 5 dicembre 2013, n. 5781; Sez. IV, 15 settembre 2015 n. 4315, id. 26 agosto 2014, n. 4299, id. 26 maggio 2014, n. 2675, id. 13 marzo 2014, n. 1224; Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3615, id. 25 febbraio 2015, n. 944, id. 10 febbraio 2015, n. 676, id. 28 agosto 2014, n. 4405).

52

La suddetta dichiarazione può, invece, essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nell'ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia quando il ricorso al subappalto rappresenti per lo stesso concorrente una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara (Cons. Stato, Sez. III, 26 novembre 2014, n. 5856, id. 10 febbraio 2015, n. 676; Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223, id. 26 agosto 2014, n. 4299; Sez. V, 15 marzo 2015, n. 3069, id. 25 febbraio 2015, n. 944, id. 10 febbraio 2015, n. 676, id. 21 novembre 2014, n. 5760, id. 28 agosto 2014, n. 4405, id. 7 luglio 2014, n. 3449, id. 19 giugno 2012, n. 3563, id. 26 marzo 2012, n. 1726).

Sulla base delle conseguenti incertezze applicative, il Consiglio di Stato, Sez. IV (ordinanza del 3 giugno 2015 n. 2707 così come già avvenuto con la Sez. V, 15 marzo 2015 n. 3069) ha ritenuto di dover deferire all'Adunanza Plenaria la questione dell'indicazione nominativa dei subappaltatori destinati a svolgere le prestazioni, per le quali difetti in capo all'impresa la necessaria qualificazione.

In risposta ai quesiti posti dalla predetta Sezione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 2 novembre 2015, n. 9 (allegato 5) ha osservato che il combinato disposto degli artt. 92, comma 7 e 109, comma 2 del Regolamento e 37, comma 11 del Codice chiarisce che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art. 107, comma 2 del Regolamento (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni, ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

L'art. 118 del Codice si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, in un secondo momento, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni, unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte del subappaltatore.

Dall'analisi del quadro normativo la stessa Adunanza plenaria ricava «*un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune*», in cui sono presenti i seguenti principi:

- a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non quella nelle categorie scorporabili;
- b) le lavorazioni relative alle opere a qualificazione necessaria non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione;
- c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione;
- d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati;
- e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto; ne consegue che il suo mancato funzionamento rappresenta un inadempimento contrattuale (con la conseguenza, ad esempio, dell'incameramento della cauzione).

A fronte di un sistema di regole chiaro e univoco restano precluse, secondo l'Adunanza plenaria opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero «*nell'enucleazione di una regola non scritta [...] che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla*».

Inoltre, anche laddove tale adempimento fosse previsto nella *lex specialis* di gara, la relativa clausola finirebbe per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorché non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n.9 e n. 16 del 2014), è anche vero che «*l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici)*».

Infine, l'orientamento favorevole all'indicazione preventiva del subappaltatore, laddove condiviso, finirebbe per ammettere un inammissibile «esame diacronico» di una previsione contenuta nella legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. Legge Merloni, e non riprodotta dal Codice dei contratti; comporterebbe una «*confusione tra avvalimento e subappalto; sarebbe distortivo del mercato dei lavori pubblici*», poiché costringe le imprese concorrenti

a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice; introdurrebbe un «*requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti*» dall'art. 92 citato.

In ragione di queste considerazioni, l'Adunanza plenaria afferma il principio secondo cui «*l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 92, comma 2, d.P.R. cit.*», ossia del Regolamento.

4.3 Avvalimento

La giurisprudenza, pur riconoscendo che l'istituto dell'avvalimento ha carattere generale, ha nondimeno più volte sottolineato che la messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto o risolversi nella somma di dichiarazioni 'sparse' nella domanda, ma deve garantire un livello minimo di dettaglio necessario in ragione dell'obbligazione solidale dell'ausiliaria.

La giurisprudenza, pur riconoscendo che l'istituto dell'avvalimento ha carattere generale (essendo interdetto soltanto per i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 del Codice, Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2013, n. 91), tanto che può essere ammesso anche nelle procedure per l'affidamento di concessioni «senza sbarramenti rilevanti, per ogni tipo di requisito tecnico, professionale o finanziario» (Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2015 n. 5091)

Conformemente alla giurisprudenza europea e nazionale, l'avvalimento deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato UE e dei principi generali sui contratti ad evidenza pubblica.

E' stato, nondimeno più volte rilevato che «*la messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessari che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare tutti quegli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito partecipativo*» (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887, e id. 7 aprile 2014, n. 1636; Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125).

E' stato quindi, osservato che non è sufficiente un generico impegno «*a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*» o la sola e tautologica riproduzione nel testo del contratto di avvalimento della formula legislativa della messa a disposizione delle «risorse necessarie di cui è carente il concorrente» o espressioni equivalenti (*cfr.* artt. 48 e 49 del Codice e art. 88 del Regolamento ed *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135, e id. 17 ottobre 2012, n. 5340; Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310).

Coerentemente, non è neppure valido il contratto di avalimento se non indica, nemmeno in negativo, quali siano le carenze dell'ausiliata da supportare con il contratto stesso.

Infatti, laddove la stazione appaltante possa affidarsi solo a mere supposizioni sulle risorse messe a disposizione dell'ausiliata, si determina un'ipotesi cui il comma 1 bis, dell'art. 46 del codice dei contratti ricollega l'esclusione dalla procedura, per incertezza dell'offerta.

Ne è conseguito, ad esempio, che la giurisprudenza abbia ritenuto carente la dichiarazione formale di cui all'art. 49, comma 2, lett. a) del Codice sui contratti pubblici, laddove questa sia stata oggetto di una prova indiretta attraverso una «*somma di dichiarazioni 'sparse' nella domanda*»; ciò, fermo restando che la stessa non può essere prodotta in una fase successiva su invito dell'Amministrazione procedente, essendo quest'ultima eventualmente tenuta ad un vaglio successivo di quanto prodotto nella domanda (Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2015, n. 3866).

Se è vero, infatti, che l'istituto dell'avvalimento ha quale *ratio* quella di consentire la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche ad imprese che non essendo in possesso dei requisiti richiesti si avvalgano di quelli di altra impresa, non può restare nel vago l'oggetto del prestito. Quest'ultimo, infatti, presuppone il possesso da parte dell'ausiliaria delle risorse di cui l'ausiliata è carente e della loro effettiva messa a disposizione a mezzo di un accordo che contenga gli elementi essenziali, secondo la nozione civilistica del contratto, ovvero, quanto al contenuto, alla stregua dell'articolo 1346 c.c., un oggetto possibile, lecito, determinato o determinabile (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4507).

L'esigenza di determinazione dell'oggetto sussiste, altresì, secondo la giurisprudenza anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale dell'impegno negoziale da parte dell'ausiliaria, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956); ciò al fine di evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2956 del 2010, *cit.*).

Riama da chiarire quale sia il livello minimo di dettaglio necessario in ragione dell'obbligazione solidale dell'ausiliaria.

Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce, poiché non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto (Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544).

Da tale riflessione, è nata la necessità di chiarire se sia legittima la richiesta contenuta nel bando di indicare anche gli estremi identificativi dei mezzi prestatati dall'ausiliaria, laddove, in mancanza di una esplicita indicazione normativa, tale richiesta sembrerebbe contrastare con il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Un primo orientamento ritiene che la suddetta richiesta sia del tutto sproporzionata rispetto all'esigenza di ordine imperativo che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato e coercibile dalla concorrente aggiudicataria e dall'amministrazione appaltatrice; ciò, in quanto le esigenze di specifica indicazione delle risorse aziendali messe a disposizione della prima sono comunque già soddisfatte attraverso la loro precisa individuazione in sede negoziale, considerato che per la validità del contratto si richiede in generale che l'oggetto sia "determinabile" (art. 1346 cod. civ.), e che dunque sia chiaramente specificato il tipo di bene messo a disposizione (Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2015, n. 3771).

L'orientamento sopra richiamato è parzialmente in linea con quanto precisato dall'A.N.AC., che ha negato la possibilità di integrare o regolarizzare la dichiarazione di volontà di ricorso all'avvalimento, poiché costituisce elemento costitutivo dei requisiti da possedersi, inderogabilmente, alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta (cfr. determinazione n. 1/2015 dell'8 gennaio scorso).

Tuttavia, secondo la stessa Autorità, il soccorso istruttorio può esser applicato agli altri adempimenti prescritti in ordine all'avvalimento e, in particolare, anche al contratto di avvalimento, poiché ritiene che possa operare l'istituto del nuovo soccorso istruttorio nell'ipotesi di mancata allegazione, per mera dimenticanza, del contratto che, in ogni caso, sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta.

Quanto alla possibilità di sopperire alla mancanza di analiticità del contratto di avvalimento con l'esercizio del potere di soccorso, il Consiglio di Stato ritiene che non può farsi luogo al soccorso istruttorio, allorché l'avvalimento riguardi il possesso di requisiti per la partecipazione alla gara che devono essere posseduti, e documentati, alla data di presentazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4507).

Sotto un diverso aspetto, è stato valutato in giurisprudenza il problema delle condizioni che rendono legittima la mancata esclusione del concorrente che, divenuto aggiudicatario, si sia visto costretto ad indicare una diversa impresa ausiliaria (cessionaria), a seguito di un'operazione societaria che nel frattempo ha coinvolto l'ausiliaria in principio indicata (cedente) alla stazione appaltante.

In tal caso, è stato osservato che è possibile per la stazione appaltante sottoscrivere il contratto di appalto solo nel caso in cui non manchi continuità nella qualificazione e, pertanto, la subentrante nel rapporto di avvalimento possieda idonea attestazione SOA. E', invece, escluso che possa sussistere un automatismo nella continuità dei rapporti giuridici tra cedente e cessionaria o tra precedente e nuova gestione (Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 70).

4.4 Avvalimento di garanzia

Il più recente orientamento ritiene che nell'avvalimento di garanzia la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale non debba riferirsi a specifici beni patrimoniali e che sia vietato ad un'impresa ausiliaria di cui prestare i propri requisiti finanziari anche ad un altro 'concorrente'; in ragione di ciò tale divieto non può essere riferito al soggetto che partecipa nello stesso raggruppamento dell'ausiliaria.

A differenza dell'avvalimento strutturale, nell'avvalimento c.d. "di garanzia" l'impresa ausiliata intende avvalersi dei requisiti di solidità finanziaria di un'altra impresa (ciò, ad es., ai fini della dimostrazione del requisito del fatturato per appalti di lavori superiori a 20 milioni di euro di cui all'art. 61, comma 6 del Regolamento).

57

In tal caso, è stato osservato da un primo orientamento che affinché vi sia l'effettivo passaggio della solidità finanziaria posseduta dall'ausiliaria all'ausiliata, la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale non deve fare riferimento a mezzi e personale, ma neppure a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e dunque alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare (Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041)

L'impresa ausiliaria, infatti, 'presta' alla (rectius: mette a disposizione della) 'impresa ausiliata' il suo valore aggiunto in termini di "solidità finanziaria" e di acclarata "esperienza di settore", dei quali il fatturato costituisce indice significativo (Cons. Stato, Sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4617).

Nel caso di avvalimento di garanzia, è sufficiente che dalla dichiarazione resa dall'ausiliaria emerga l'impegno (contrattuale) della stessa «a 'prestare' (ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata) la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità» (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041; Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2063; Sez. III, 2 marzo 2015 n.1020, id. 4 dicembre 2014 n.5978 e id. 6 febbraio 2014 n.584).

Di differente avviso è l'orientamento che ha nondimeno più volte sottolineato che la messa a disposizione del requisito mancante «non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessari che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare tutti quegli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito partecipativo» (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887, id. 7 aprile 2014, n. 1636; Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125).

Deve, pertanto, ritenersi che l'avvalimento di garanzia «può spiegare [...] la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta

disponibilità attuale delle risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata» (Cons. Stato, Sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539)

Deve, pertanto, essere messo rilievo nel contratto di avvalimento lo specifico «*impegno dell'impresa ausiliaria a prestare tutti quegli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito partecipativo*» (Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015 n. 4764 ed ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887, id. 7 aprile 2014, n. 1636; Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125).

Al riguardo, è stato ritenuto necessario, a titolo esemplativo, indicare quantomeno i contratti o altri adeguati documenti, anche di carattere contabile, idonei a dar conto dell'effettivo raggiungimento della cifra relativa ai contratti sottoscritti in favore di amministrazioni, enti pubblici, società private a prevalente capitale pubblico, concessionari e agenti della riscossione (Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764 *cit.*).

Un secondo problema che può nascere nell'avvalimento c.d. "di garanzia", laddove questo avvenga tra operatori economici che partecipano alla stessa gara di appalto.

In questo caso, la giurisprudenza ha evidenziato un potenziale conflitto con l'art. 49, comma 8, del Codice che vieta che più di un 'concorrente' si avvalga della medesima impresa ausiliaria.

Il conflitto può essere, tuttavia, risolto con l'individuazione di coloro che nelle gare d'appalto vanno definiti "concorrenti" e cioè i soggetti che, singolarmente ovvero associati in gruppi, partecipano alla competizione al fine di aggiudicarsi l'appalto; questi ultimi si differenziano dai singoli associati di ciascun raggruppamento, i quali, ai fini dell'aggiudicazione, non costituiscono entità soggettive autonome.

Con riferimento ai primi, dalla disposizione sopra citata consegue che un'impresa ausiliaria di cui si avvale un 'concorrente' – inteso nel senso sopra indicato (e dunque anche un 'raggruppamento' nel caso in cui partecipi alla gara utilizzando tale formula associativa) – non può prestare i propri requisiti anche ad un altro 'concorrente'; e cioè ad un soggetto in fisiologica e strutturale competizione con il primo.

In tal caso, la *ratio* della norma è volta ad evitare che la medesima impresa ausiliaria 'serva', al tempo stesso, un 'concorrente' ed il suo avversario (e cioè due concorrenti in conflitto tra loro), il che finirebbe con il costituire una evidente distorsione di mercato.

Il divieto di contemporanea partecipazione si sostanzia, pertanto, nell'impossibilità che la medesima impresa ausiliaria 'serva', al tempo stesso, un 'concorrente' ed il suo avversario e cioè due concorrenti in conflitto tra loro), potenzialmente alterando il mercato degli appalti pubblici (*cfr.* Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041).

Di contro, tale divieto non può ritenersi operante, laddove il passaggio dei requisiti avvenga 'all'interno' dei vari raggruppamenti, poiché non sussiste alcun conflitto tra gli associati, che

al contrario agiscono in cooperazione e collaborazione (Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041 *cit.*).

L'eventuale divieto di avalimento di garanzia interno, si porrebbe altresì in antitesi con la ratio sottesa all'intera normativa (anche europea), la quale consente alle imprese di raggrupparsi, proprio al fine di conseguire assieme risultati che singolarmente, anche in termini di capacità finanziaria, non sarebbero in grado di raggiungere (*cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 965; nonché, per un orientamento ancor più estensivo, secondo cui il c.d. 'doppio avalimento' è consentito anche 'extra gruppo', Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

4.5 Qualificazione Raggruppamenti

Laddove la norma impone requisiti di qualificazione in percentuale non inferiore ad una soglia minima, prevista per i raggruppamenti di tipo orizzontale, la stessa non impone che a tale soglia minima debba corrispondere l'entità della quota di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati.

L'istituto del raggruppamento d'impresa è stato analizzato dal Consiglio di Stato, che lo ha definito «uno strumento finalizzato ad ampliare la possibilità di partecipare alle gare pubbliche anche a soggetti singolarmente sprovvisti dei requisiti speciali richiesti» (Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 374).

Nel perseguimento di detta finalità, «la disposizione di cui all'art. 92, comma 2 del Regolamento, deve essere interpretata nel senso che essa ha riguardo al possesso dei requisiti di qualificazione in percentuale non inferiore ad una soglia minima, senza che a tale soglia minima debba necessariamente corrispondere l'entità della quota di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati» (Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 374¹⁴).

Infatti, «l'obbligo nel caso di raggruppamenti temporanei di impresa di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione non impone anche l'ulteriore parallelismo fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione» (Cons. Stato, Ad. Plen. 30 gennaio 2014, n. 7 e Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, in materia di servizi).

¹⁴ A tale proposito, era stato affermato anche che «l'articolo 95 del regolamento di cui al d.p.r. 554/1999 (e il corrispondente successivo art. 92 secondo comma del d.p.r. n. 207/2010) laddove impone alla mandataria di assumere la misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori mentre la restante percentuale deve essere assunta nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori, pone anche indirettamente il limite massimo di 7 imprese per la costituzione di un raggruppamento. In questo senso la norma è palesemente diretta ad evitare che la compresenza di una miriade indeterminata di piccoli soggetti che in sede di esecuzione finirebbe per compromettere il buon esito dei lavori e, sotto questo profilo non appare né illogica né illegittima» (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

Tale orientamento, troverebbe comprova nel fatto che la disposizione, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (art. 37, comma 13 del Codice) sia stata prima limitata ai soli appalti di lavori e poi successivamente abrogata a seguito del parere n. 3014/2013 espresso dal Consiglio di Stato.

In tale parere, il Consiglio di Stato ha affermato, in termini netti, che *«un'impresa mandataria, pur in possesso di una qualificazione superiore al 40 per cento dell'importo dei lavori, ben potrebbe decidere di partecipare al raggruppamento per una quota inferiore, ovvero che la mandante, pur in possesso dei requisiti per il 10 per cento, possa decidere di partecipare per una quota inferiore»* (Cons. Stato, parere del 26 giugno 2013, n. 3014).

Su questa base interpretativa, l'art. 12, comma 9, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, ha riformulato l'art. 92 del regolamento generale, nel senso che (per quanto qui rileva) ora prevede infatti che *«le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato.....I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta...»* (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4942).

Per quanto riguarda i requisiti di qualificazione della mandataria, è stata chiarita in giurisprudenza la corretta interpretazione dell'art. 92, commi 2 e 3, del Regolamento, con riferimento al rispetto della quota minima di possesso dei requisiti del 40% da parte della mandataria (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063).

Infatti, è stato preliminarmente osservato che la suddetta quota minima è stabilita unicamente in relazione alla ipotesi di raggruppamento orizzontale, poiché solo in questo caso i componenti dell'A.T.I. eseguono tutti la medesima prestazione, e *«giustamente il legislatore ha inteso salvaguardare la stazione appaltante, assicurando che ciascun associato partecipi effettivamente alla esecuzione della commessa e che la mandataria mantenga il ruolo principale»*.

Diversamente, *«nel raggruppamento verticale, le esigenze che giustificano i suindicati precetti sono soddisfatte dalla distinzione delle opere da eseguire, siano essi lavori o servizi, tra categoria prevalente o principale e categoria scorporabile o secondaria»*.

Infine, *«nel caso di A.T.I. miste, il limite del 40%, che nella buona sostanza, vuol dire, comunque partecipazione maggioritaria della mandataria, va verificato non con riguardo all'intero appalto ma rispetto al sub raggruppamento orizzontale per la prestazione principale al quale la mandataria partecipa»*.

4.6 *Certificazione di qualità*

Il Consiglio di Stato esprime alcuni chiarimenti sul rapporto tra certificazione di qualità (Uni En Iso) e qualificazione in gara, precisando che il relativo certificato è riferito in generale agli aspetti gestionali nel loro complesso e dimostra il possesso del requisito in capo al concorrente, indipendentemente delle attività cui sia riferito.

Si è ormai consolidato l'orientamento secondo cui la certificazione di qualità è riferita all'attività delle imprese nel loro insieme, a prescindere dalle singole e specifiche categorie di qualificazione e dalle relative graduazioni in classifiche di valore economico, sicché è del tutto irrilevante il rapporto tra tale certificazione e la singola categoria di lavori oggetto dell'appalto cui l'impresa partecipa. (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4937).

Di contro, deve ritenersi superato l'orientamento che riteneva possibile ipotizzare che la certificazione di qualità fosse riferita unicamente alle specifiche lavorazioni oggetto della verifica da parte dell'ente certificatore della qualità.

Il certificato di qualità, infatti, evidenzia la componente gestionale dell'impresa, rappresentata da moduli organizzativi che le imprese dovrebbero adottare per consentire il raggiungimento di determinati risultati di aumento dell'efficienza e della produttività, in conformità ad una serie di norme elevate a standard di riferimento internazionale (Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2015, n. 3762).

Il rispetto di tali moduli organizzativi, infatti, prescinde «dalle dimensioni e dal settore di attività dell'azienda» (Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2012, n. 3752).

Non ha, pertanto, rilevanza su quale tipologia di commesse categorie e classifiche il sistema di gestione per la qualità è stato valutato e certificato, ma ha rilevanza che lo stesso sistema si riferisca agli aspetti gestionali della impresa nel suo complesso ed abbia pertanto la possibilità di essere applicato a tutte le attività produttive dell'impresa di costruzione in quanto tale (cfr. art. 63, co. 2 del D.P.R. 207/2010 e par. 4.1 della norma tecnica per l'utilizzo delle certificazioni UNI EN ISO 9001: 2008 nel sistema SOA).

Ciò differenzia il certificato di qualità dalla SOA, che invece attesta l'affidabilità esecutiva dell'impresa (ovvero il possesso dei requisiti di professionalità tecnica e finanziaria) ed è dunque specificatamente "riferita all'opus e/o al servizio da prestare" (Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2015, n. 3762 cit.).

5. REQUISITI GENERALI

5.1 *Moralità professionale*

Se il focus tradizionale della moralità professionale è incentrato non tanto sulla gravità del reato commesso, ma, prima ancora, sulla non veridicità della dichiarazione della stessa, secondo un nuovo orientamento l'esclusione dalla gara va disposta, non già per il semplice fatto della mera incompletezza della dichiarazione, ma per l'effettivo possesso dei cc.dd. requisiti morali.

62

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti, i soggetti apicali (e soci significativi) di una impresa concorrente devono dichiarare tutte le condanne subite, inclusi i decreti penali e le applicazioni della pena su richiesta.

La valutazione circa il requisito dell'affidabilità dell'impresa concorrente ad una gara pubblica è riservata all'Amministrazione, ed è frutto di una valutazione sulla quale il sindacato giurisdizionale deve mantenersi *"sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti come ragioni del rifiuto"* (Cass., Sez. unite, 17 febbraio 2012, n. 2312 e Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4228).

Quest'ultima lettera, come noto, esplicita una causa ostativa per i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna per reati che necessariamente comportano negligenza o malafede, e che sono direttamente incidenti sulla fiducia che deve legare i contraenti nell'ambito della contrattazione pubblica, quali sono quelli sopra ricordati.

La giurisprudenza di merito più recente ha, in proposito, chiarito che la necessità di ricorrere ad una completa elencazione delle condanne, previsto al comma 2 dell'art. 38 citato, deriva dal fatto che la valutazione - in ordine alla gravità delle eventuali sentenze riportate dai concorrenti e la loro incidenza sulla moralità professionale - spetta esclusivamente alla amministrazione appaltante.

I concorrenti, invece, non possono operare alcun "filtro" in sede di domanda/dichiarazione di partecipazione alla gara, ciò implicando un giudizio inevitabilmente soggettivo (Cons. Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740, e TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 gennaio 2015, n. 201).

Sotto tale profilo, nel caso della citata lett. c), non sembrerebbe applicabile il "soccorso istruttorio" per dichiarazioni incomplete sui reati, poiché la giurisprudenza maggioritaria che ha ormai ripudiato l'operatività della teoria del c.d. "falso innocuo" nelle gare ad evidenza pubblica, relativamente all'assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando a pena di esclusione, considerato che solo la completezza e la veridicità della dichiarazione sostitutiva di notorietà consente, con immediatezza e tempestività, l'individuazione di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale (Cons.

Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471 e id. 17 agosto 2011, n. 4792; Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2946 e da ult. TAR Calabria, Cz, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 300).

Ne deriva che, secondo tale orientamento, l'eventuale dichiarazione incompleta del concorrente comporta sempre l'esclusione.

Infatti, in osservanza ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la Stazione stessa, è stato ritenuto che anche nel caso in cui il reato omesso non sia incidente sulla moralità professionale, e quindi non si verta nella causa di esclusione di cui alla lettera c), la dichiarazione è comunque falsa. Pertanto, l'esclusione va disposta ai sensi della successiva lettera h), che sanziona la reticenza o l'inaffidabilità del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4896).

A tale proposito, è stato altresì osservato che, oltre all'elemento soggettivo sottostante, una dichiarazione falsa deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o meno sostanzialmente di partecipare (Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397; Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471).

Circa la necessità di una valutazione da parte della stazione appaltante, la giurisprudenza ha evidenziato che, *«laddove l'esclusione dalla gara di cui al più volte citato art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, si facesse dipendere dalla mera sussistenza di una condanna penale, prescindendo da ogni valutazione circa la gravità del comportamento colpevole del soggetto, la norma si porrebbe in contrasto con l'articolo 45, par. 2 della direttiva 31/3/2004 n. 2004/18/CE, secondo cui può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico quando il reato "incida" sulla sua moralità professionale»* (Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711).

Da ciò discende che, nell'ottica sostanzialistica che sempre più sta pervadendo le sezioni del Consiglio di Stato, il menzionato art. 38, va letto nel senso che *«costituiscono condizioni, perché l'esclusione consegua alla condanna, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dell'operatore economico, dimodoché, al fine di apprezzare il grado di moralità del medesimo, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale»* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711 cit.; Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 5558; Sez. IV, ord. 12 dicembre 2014 n. 5686).

Pertanto, prima di pervenire alla drastica e radicale decisione di escludere dalla gara un partecipante, la stazione appaltante ha l'obbligo di avviare un minimo di istruttoria volta all'accertamento della verità (ad es. effettiva inesistenza dei requisiti di moralità); ciò che di regola va fatto mediante lo strumento procedimentale del c.d. "soccorso istruttorio" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041, in merito alla contestazione in ordine alla dichiarazione che, nello specifico, mancava del riferimento ai fatti di reato ritenuti più gravi,

consistenti in partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio così come previsti alla suddetta lett. "c").

L'esclusione dalla gara va disposta non già per il semplice fatto della mera incompletezza della dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti di moralità (fatto puramente formale), ma solamente nel caso in cui questi ultimi (id est: i requisiti) risultino effettivamente mancanti.

Non solo, ma questa modalità operativa può essere elevata a principio di portata generale, informato a criteri di giustizia sostanziale e già formulato per una fattispecie concernente le dichiarazioni dei soggetti cedenti rami d'azienda (Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, allegato 3).

Diverso è, invece, il caso in cui la dichiarazione manchi del tutto, poiché a differenza del passato è ormai ammesso il completamento delle dichiarazioni richieste (Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293; Sez. V, 11 settembre 2015, n. 4249, in un caso in cui il concorrente non aveva presentato la dichiarazione di cui all'art. 38, 1° comma, lett. m-ter), del Codice, in violazione di quanto espressamente richiesto dal disciplinare di gara).

Ciò trova conferma, secondo tale giurisprudenza, nell'evoluzione legislativa, laddove l'art. 38, comma 2-bis del Codice ora prevede che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria prevista da quest'ultima e garantita dalla cauzione provvisoria.

E' stato, altresì, chiarito che anche nel caso in cui la dichiarazione sia resa in base a modelli predisposti dalla stazione appaltante, ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del bando, non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa (Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 2015, n. 3884; Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507).

L'omessa dichiarazione delle condanne per reati dichiarati estinti dopo la condanna stessa è, altresì, inidonea a determinare l'esclusione del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2014, n. 4528), purché l'estinzione sia stata formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, intervenuta prima del termine di partecipazione alla gara (*contra* Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2015, n. 5192¹⁵).

¹⁵ Secondo la Sezione, «l'articolo 578 del codice di procedura penale vigente al tempo della commissione del reato (c.d. Codice Rocco approvato con il R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399 e rimasto in vigore fino al 1989) [...] obbligava il Tribunale medesimo ad attivarsi per la pronuncia di estinzione del reato a decorrere da cinque anni dopo la sentenza di condanna [...]. Ebbene alla luce della disciplina pubblicistica citata l'autorità giurisdizionale aveva il dovere di procedere alla dichiarazione di estinzione di quel reato, la cui condanna risaliva a quarant'anni prima. L'inadempimento a tale dovere [...] non è irrilevante in relazione alla non addebitabilità della mancata estinzione [...], sicché non sussisteva alcun obbligo di dichiararlo».

L'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per reati gravi non ricomprende quindi le condanne per reati estinti, non già per il fatto che i fenomeni estintivi siano ex se sintomatici della non gravità dei reati, quanto piuttosto in ragione dell'effetto privativo che il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato (Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3105 e Sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4392).

5.2 Dichiarazione sanzione interdittiva

Non può essere soggetta a censura la dichiarazione del concorrente che omette di indicare precedenti in cui lo stesso non è stato condannato alla sanzione interdittiva ai sensi della 231/2001 o comportante comunque il divieto di stipulare contratti con la pubblica amministrazione; in tali casi, non sussiste neppure alcun ulteriore onere in capo allo stesso di integrare la documentazione, allegando le sentenze oggetto dei giudizi.

La giurisprudenza è intervenuta in merito alla dichiarazione della causa di esclusione, prevista «nei confronti dell'impresa è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del D.Lgs. 8.06.2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006 n. 248» (art. 38, co. 1, lett. "m" del Codice).

In tal senso, è determinante «che la condanna di cui trattasi comminata quarant'anni fa, ricadeva quanto alla disciplina della estinzione del reato sotto la vigenza del codice processuale Rocco», il che esclude l'applicabilità ad essa dei «principi giurisprudenziali relativi alla necessità della richiesta della estinzione da parte della parte interessata formatasi con riferimento all'istituto della riabilitazione ed estinzione dei reati dettata dal codice penale e processuale Vassalli in vigore dal 1989».

Comunque, anche in vigenza dell'articolo 676 del codice penale Vassalli, secondo la stessa Sezione V, si è «evidenziato dalla giurisprudenza più attenta, che l'effetto estintivo operi ex lege per effetto del decorso inattivo del tempo e non abbisogni di alcun provvedimento, non rilevando in contrario l'attribuzione al giudice dell'esecuzione della competenza a decidere in merito all'estinzione del reato dopo la condanna (Cass. Pen. Sez. V, 14 maggio 2015, n. 20068; Cass. Sez. unite 30 ottobre 2014, n.2)».

In particolare, dalla sentenza n. 2 del 2014 le Sezioni Unite della Cassazione in tema 'indulto', detta Sezione ricava «il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo ai fini dell'estinzione del reato e si pone in funzione meramente formale e ricognitiva di un effetto già verificato», ciò in coerenza «con i principi comunitari di ragionevole durata dei processi, sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dagli articoli 5 e 6 CEDU».

L'applicazione di tale criterio ermeneutico al caso di specie ha comportato che - trattandosi di reato che d'ufficio avrebbe dovuto essere dichiarato estinto in base alla disciplina vigente all'epoca dei fatti e alla data di maturazione del termine per disporre la riabilitazione - l'estinzione del reato si era verificata già prima del formale provvedimento reso dal giudice dell'esecuzione, sicché la dichiarazione resa dal concorrente non era falsa o non veritiera laddove non dichiarava la condanna di cui trattasi.

Al riguardo, è stato chiarito che, appurata la sussistenza di precedenti in cui il concorrente è stato condannato al solo pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, e non anche alla sanzione interdittiva o comportante comunque il divieto di stipulare contratti con la pubblica amministrazione, nessuna indagine doveva essere svolta sulla gravità delle condanne e sulla loro incidenza sulla moralità professionale dell'impresa e, specularmente, nessun ulteriore onere sussisteva in capo allo stesso concorrente di integrare la documentazione, allegando le sentenze oggetto dei giudizi.

L'insussistenza della causa ostativa deriva dal fatto che, nel caso specifico, non si trattava neppure di sentenze penali di condanna a carico dei soggetti apicali dell'impresa, in ordine alle quali la valutazione è rimessa in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett c) del Codice.

Si trattava, invece, di sentenze di condanna a sanzione pecuniaria amministrativa dell'impresa per illeciti amministrativi, in relazione a reati contestati a persone fisiche in rapporto di immedesimazione organica con la persona giuridica imputata, per i quali non è prevista alcuna specifica causa di esclusione (Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2159).

5.3 Intestazione fiduciaria

Laddove un concorrente faccia riferimento ad un'impresa fiduciaria, che attraverso un contratto di mandato amministra il concorrente stesso, l'obbligo di rendere conoscibile l'identità dei titolari delle imprese 'a monte' si ferma al primo livello di collegamento societario e non si spinge oltre.

L'art. 38, lett. d) del Codice, che richiama l'art. 17 della L. n. 55 del 1990, stabilisce il divieto di intestazione fiduciaria, facendo salva l'ipotesi di intestazione a società fiduciarie autorizzate ai sensi della L. n. 1966 del 1939.

L'ordinamento richiede, ai fini dell'osservanza degli obblighi di cui al combinato disposto dei suddetti articoli (peraltro, riferiti testualmente alle sole imprese aggiudicatrici per le quali sia stata accertata una violazione del divieto di intestazione fiduciaria), che sia comunicata alla stazione appaltante l'identità dei soci (e, più in generale, degli titolari dei diritti di voto) delle imprese concorrenti e non anche, ulteriormente, della composizione delle compagini di detti soci (qualora questi ultimi abbiano veste societaria).

In altri termini, l'obbligo di rendere conoscibile l'identità dei titolari delle imprese si ferma al primo livello di collegamento societario e non si spinge oltre. In tal senso, l'art. 1, comma 2 del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, prevede l'obbligo di una dichiarazione che potrebbe essere definita "di secondo livello" soltanto per i consorzi, in relazione alle società consorziate.

Una differente interpretazione del dato normativo si porrebbe, del resto, in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ciò, tuttavia, non esclude che l'amministrazione - anche nel caso in cui non si sia in presenza di un consorzio - possa approfondire al riguardo elementi che giustifichino ulteriori accertamenti del caso. Di contro, *“la circostanza che l'amministrazione non abbia ritenuto di svolgere siffatti ulteriori accertamenti non rende però illegittima l'ammissione alla gara della concorrente che abbia assolto al predetto obbligo di trasparenza”* (Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 02 ottobre 2015, n. 628).

5.4 Negligenza o malafede nell'esecuzione

L'elemento che caratterizza la misura interdittiva di cui all'articolo 38, comma 1, lettera f) del codice dei contratti pubblici è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include di conseguenza presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

La norma primaria prevede che siano «*esclusi dalla partecipazione alle procedure*» i soggetti «*che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*» (art. 38, comma 1 lett. “f” del Codice).

Volendo riportare sinteticamente i principi elaborati dalla giurisprudenza, relativamente ai presupposti di applicabilità (ed al sindacato esercitabile dal giudice amministrativo) della predetta disposizione:

- a) la causa di esclusione può essere desunta anche dagli esiti di una vertenza che si sia conclusa con una transazione onerosa per l'appaltatore;
- b) l'errore professionale può essere dimostrato con qualunque mezzo di prova e non esige che sia cristallizzato da un precedente giudicato;
- c) la valutazione sull'affidabilità dell'impresa in relazione al pregresso rapporto contrattuale costituisce espressione dei poteri tecnico-discrezionali della stazione appaltante.

Ne deriva che l'eventuale sindacato di legittimità del giudice amministrativo deve prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante l'individuazione del “punto di rottura” dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4502).

Al contrario, la mera non condivisibilità della valutazione dell'amministrazione, ove si traduca in una sostituzione nel momento valutativo riservato all'amministrazione,

determina non già un mero errore di giudizio, ma uno sconfinamento nell'area *ex lege* riservata all'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2928 nonché , *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312; Cons. Stato, Sez. V, n. 5973 del 2014; Sez. VI, n. 4174 del 2013; Sez. V, n. 5063 del 2014; Sez. V, n. 3078 del 2012; Sez. V, n. 4 del 2012 cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.)

Il giudizio di "inaffidabilità" professionale lascia, infatti, un ampio ambito decisionale all'amministrazione, atteso che l'esclusione dalle gare pubbliche può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorabile trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la gara (Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6951 o, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. nn. 15 e 20 del 2013; Ad. plen. n. 8 del 2012; Ad. plen. n. 1 del 2010; A.V.C.P. determinazione n. 1 del 2010).

Proprio lo spazio lasciato all'apprezzamento dell'amministrazione e, quindi, alla necessità che la stessa abbia contezza di come si siano stati svolti i pregressi rapporti contrattuali del partecipante alla gara, rende ragione dell'ampiezza con cui deve essere inteso l'obbligo di informazione in capo all'impresa; ciò in ragione dei principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione appaltante (*cfr.* Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 2289).

Stante il rigido principio di tassatività che ispira le cause di esclusione, la norma in esame, che presuppone la valutazione delle precedenti esecuzioni delle prestazioni negoziali, non può essere dilatata sino ad accogliere un'interpretazione che abbraccia anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato, in un momento diverso da quello previsto dalla norma, come in fase di trattative (Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3107).

Sotto il diverso profilo del soccorso istruttorio, il giudice amministrativo ha altresì valutato che la mancata indicazione di un fatto rilevante ai sensi dell'art. 38 lett. f) cit. può essere considerata "errore", e pertanto ricompresa nell'ambito applicativo del comma 2-bis dell'art. 38., e non ritenuta una dichiarazione mendace (Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2015, n. 2589).

Infatti, in linea con l'interpretazione datane dalla citata sentenza n. 16 del 2014 dell'Adunanza plenaria, è stato ritenuto che in tale caso il comportamento della parte fosse riconducibile ad una fattispecie di omissione totale della dichiarazione (ossia l'esistenza di una vicenda rilevante a norma dell'art. 38, comma 1 lett. f) del Codice dei contratti), comportante per la pubblica amministrazione l'utilizzo del soccorso istruttorio, prima dell'eventuale esclusione del concorrente.

In ogni caso, anche appurata la rilevanza della dichiarazione inesatta del concorrente, l'eventuale e successiva qualificazione della stessa, come «*dichiarazione non veritiera o mendacio*», ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000, impone un passaggio in più, poiché è «*una qualificazione giuridica che riguarda un momento giuridicamente successivo*,

ossia quello della valutazione dell'ordinamento sull'intento che ha mosso la parte, e non vale a escludere la rilevanza in sé della situazione a monte ai fini del citato comma 2 bis» (Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2015, n. 2589, cit.).

5.5 Regolarità fiscale

Il requisito della regolarità contributiva fiscale è sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo.

69

La previsione normativa di cui al requisito previsto dall'art. 38, comma 1, lett. g) del Codice, richiama l'ipotesi della commissione di "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse"; nel successivo comma 2 è specificato che si intendono "gravi" unicamente "le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse" per un importo superiore alla soglia quantitativa minima ivi indicata.

La consolidata giurisprudenza amministrativa evidenzia che gli accertamenti sulla regolarità fiscale dei concorrenti alle gare d'appalto, demandati esclusivamente all'ente certificante, costituiscono atti assistiti da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 del codice civile. Tali atti fanno pertanto prova fino a querela di falso e vincolano le stazioni appaltanti al giudizio tecnico formulato dall'Agenzia delle entrate (Cons. Stato, Sez. IV, sentenza del 15 dicembre 2014, n. 6157).

Ciò posto, è stato altresì osservato che la regolarità fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto, così come quella contributiva, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681).

Sussiste, infatti, secondo quest'ultimo orientamento "l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi (Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580), giacché la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio" (Cons. Stato, Sez. V, cit.).

Di contro, non si può ritenere «che i debiti sorti successivamente al termine di presentazione delle offerte non siano computabili, quasi che il requisito della regolarità fiscale e contributiva si potesse cristallizzare in uno con lo spirare del termine sopra indicato o che la stessa irregolarità possa risultare irrilevante per un tardivo adempimento» (Cons. Stato, Sez. V, cit.).

Tuttavia, è stato osservato che l'eventuale irregolarità non deve essere riconducibile a "modalità non corrette" di versamento, poiché queste non sono idonee a integrare la causa

di esclusione suddetta, dal momento che la disciplina dettata dall'art. 38 impernia il necessario requisito di "gravità" dell'infrazione su fattispecie di "omesso pagamento".

Pertanto, la violazione fiscale deve essere di natura sostanziale e non già meramente formale, ciò considerato che l'ammissione alle gare pubbliche è retta da un principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalla legge (Cons. Stato, Sez. V, Sent., 11 settembre 2015, n. 4252).

La soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, aveva affermato in proposito (determinazione n. 1/2010), che la definitività dell'accertamento consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

70

Laddove l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito, la stessa deve essere considerata in regola, a condizione che provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta (cfr. anche Corte di Giustizia (sentenza 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04).

Costituendo tale requisito presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, il concorrente deve dimostrare di avere beneficiato di tali misure o di avere proposto i predetti ricorsi entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione in caso di procedure ristrette.

Tale orientamento è coerente con la prevalente giurisprudenza nazionale, che ritiene sussistente il requisito della regolarità fiscale, *«qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo»* (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2570 che conferma l'esclusione di un concorrente che aveva chiesto, ma non ancora ottenuto, la rateizzazione del debito erariale; così anche Cons. Stato, Ad. Plen., 20 agosto 2013, n. 20; Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1436, id. 27 agosto 2014, n. 4382, e id. 18 novembre 2011, n. 6084; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; Sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332; Sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531).

5.6 Regolarità contributiva

Il requisito della regolarità contributiva, recentemente innovato attraverso l'introduzione di forme obbligatorie di interrogazione della banca dati centrale, che genera risposte in tempo reale, costituisce non solo condizione di ammissione alla gara, ma anche un requisito di stipulazione del contratto, imponendo la diligente conservazione da parte dell'impresa dei requisiti prescritti per la stipulazione del contratto.

Il requisito della regolarità contributiva di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice, costituisce condizione di ammissione alla gara, e il suo difetto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente.

Sotteso a tale requisito, è il problema dell'individuazione del momento in cui può ritenersi inadempiente il concorrente. Tale problema esegetico, seppur ridimensionato dall'introduzione di un sistema di interrogazioni in tempo reale di cui più avanti, rimane in piedi per le procedure avviate nel periodo antecedente, laddove emergono due distinti orientamenti in merito alla condotta cui deve attenersi la stazione appaltante, la quale deve verificare che la regolarità del concorrente:

1. sussista dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e permanga per tutta la durata della stessa, senza alcuna rilevanza, ai fini dell'appalto, del rispetto o meno della procedura di regolarizzazione che resta estranea agli interessi dell'evidenza pubblica, essendo irrilevante un eventuale adempimento tardivo (*cfr.*, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 874; *id.*, 7 aprile 2015, n. 1769; A.V.C.P. Determinazione 12 gennaio 2010, n. 1);
2. sia definitivamente accertata e ciò avviene solo nel momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, poiché l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69/2013 (cd. Decreto del Fare) ha modificato, per abrogazione tacita, l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (*cfr.*, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; *id.* 16 febbraio 2015, n. 781; T.A.R. Lazio, Sez. II, 30 aprile 2015, n. 6236 e *id.* 8 settembre 2015, n. 11095).

Da segnalare in proposito, che con le Ordinanze collegiali n. 4540 e n. 4542 del 29 settembre 2015, la Sez. IV del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la decisione in merito alla possibilità per i concorrenti di regolarizzare la posizione contributiva e previdenziale in forza del meccanismo di "salvaguardia" sancito dell'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69/2013.

La questione pare, tuttavia, destinata ad assumere rilevanza soltanto per vicende che ancora oggi pendono in sede giudiziaria, poiché nel frattempo sono state introdotte forme obbligatorie di interrogazione della banca dati centrale valevoli per qualunque soggetto, pubblico o privato, generanti risposta in tempo reale che assolvono all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui al citato articolo 38, comma 1, lettera i), del Codice (*cfr.* D.M. Lavoro e delle Politiche Sociali del 30 gennaio 2015, attuativo dell'art. 4 del D.L. 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 78/2014).

Al riguardo, si ricorda che, la circolare del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) ha da ultimo chiarito, in funzione applicativa, che «*le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'articolo 6 del DM restando preclusa, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase*

di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come "definitivamente accertate" le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1 lettera i), del D.Lgs. n. 163/2006».

Dunque, dal primo luglio (data di entrata in vigore del DM 30 gennaio 2015), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell'ordinamento previdenziale) è subordinato all'invito a regolarizzare anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica.

La regolarità contributiva è, tuttavia, anche un requisito di stipulazione del contratto, imponendo la diligente conservazione da parte dell'impresa dei requisiti prescritti per la stipulazione del contratto, senza alcuna soluzione di continuità, non essendo unicamente un presupposto legittimante per la presentazione della domanda di partecipazione o per la successiva aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4043).

L'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la impossibilità per l'amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2015, n. 2716, e Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Anche ove l'aggiudicazione finale intervenga, quindi, a causa di un contenzioso, a distanza di tempo dalla conclusione della gara, si deve escludere che all'Amministrazione sia data la possibilità di affidare il contratto senza verificare, come richiesto dalla legge, il possesso del requisito di regolarità contributiva, poiché l'art. 38 comma 1, lett. i) del Codice, non contempla eccezioni al riguardo.

Tale orientamento ritiene superata l'idea di una frammentazione della rilevanza del requisito della regolarità contributiva, valevole unicamente in ragione di episodi puntuali della procedura e non avendo poi rilievo nelle fasi successive all'aggiudicazione, poiché ciò renderebbe possibili esiti elusivi che aggirano gli obblighi imperativi ed inderogabili alla cui tutela è funzionalizzato il requisito stesso (Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6296 e Sez. III, 18 dicembre 2013, n. 6052)

Quest'ultimo orientamento, inoltre, ha escluso la possibilità di ritenere «che i debiti sorti successivamente al termine di presentazione delle offerte non siano computabili, quasi che il requisito della regolarità fiscale e contributiva si potesse cristallizzare» con lo spirare del termine indicato o che la stessa irregolarità possa risultare irrilevante per un tardivo adempimento (Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681).

E', invece, ormai pacifico che la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della Stazione appaltante, ma è demandata agli Istituti di previdenza

attraverso la disciplina del documento unico di regolarità contributiva, le cui risultanze non possono essere posta in dubbio dalla stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2015 n. 4591 e Ad. Plen., 16 aprile 2012, n. 8).

5.7 Protocolli di legalità o patti d'integrità

La Corte di Giustizia europea valuta legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione disposto per il mancato deposito, da parte delle due società inizialmente aggiudicatrici, dell'accettazione del protocollo di legalità, nonostante questa fosse prevista come propedeutica alla partecipazione alla gara.

73

La Decima Sezione della Corte di Giustizia europea nella causa C-425/14 (Sentenza 22 ottobre 2015 Impresa Edilux e SICEF), è intervenuta sull'obbligo di dichiarare, sin dall'inizio della partecipazione a una gara, l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità, nei limiti in cui ciò non ecceda quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti da legislatore nazionale.

In particolare, la Corte ricorda che, in osservanza del principio di tassatività delle cause di esclusione, i patti o protocolli di legalità, trovano fondamento normativo è nell'art. 1, comma 17, della legge del 6 novembre 2012, n. 190, che dispone, sempre per le stazioni appaltanti, la possibilità di «prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara».

Tuttavia, l'astratta legittimità delle clausole obbligatorie contenute in un patto di legalità non toglie che queste stesse debbano essere, comunque, valutate alla luce del principio di proporzionalità, quale principio generale del diritto dell'Unione.

Ne consegue che un'eventuale misura preventiva posta a carico del concorrente, da parte della Stazione appaltante, non può e non deve eccedere quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

Ciò posto la citata Sezione X della Corte ritiene legittime le dichiarazioni - con cui il concorrente si impegna a:

- 1) comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati nonché le modalità di scelta dei contraenti,
- 2) segnalare qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara d'appalto e durante l'esecuzione del contratto,
- 3) collaborare con le forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale,
- 4) inserire identiche clausole nei contratti di subappalto.

Queste, infatti, vertendo sul comportamento leale dell'operatore economico e sulla sua collaborazione con le forze dell'ordine, non eccedono «quanto necessario al fine di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici».

E', altresì, legittima la dichiarazione con cui il concorrente evidenzia di non essersi accordato (e non si accorderà) con altri partecipanti alla gara d'appalto per circoscrivere od eludere la concorrenza, in quanto: «essa si limita all'obiettivo di tutelare i principi di concorrenza e di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici».

Di contro, è illegittima, nella misura in cui comporti l'esclusione automatica, la dichiarazione con cui il concorrente si impegna a:

- non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti, perché contraria al principio proporzionalità, in quanto si tratta di: «una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto»;
- non subappaltare lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara e con cui si rende consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati, perché contraria al principio proporzionalità, in quanto: «una tale dichiarazione [...] implica una presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario. Così, una siffatta dichiarazione eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi».

Riguardo alla sottoscrizione dei protocolli di legalità o patti d'integrità, l'A.N.AC. aveva chiarito la legittimità dell'esclusione da una gara d'appalto per omessa produzione del patto di integrità sottoscritto per accettazione in conformità alle prescrizioni del bando (parere 11/2014).

Secondo la stessa Autorità, appare evidente che gli strumenti in parola non attengono ad elementi dell'offerta e, pertanto, in linea generale, eventuali carenze in ordine alla dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalità, devono ora ritenersi sanabili.

5.8 Codice etico della stazione appaltante

Il rispetto del canone della tassatività delle cause di esclusione impone un'interpretazione rigorosa delle clausole inserite al fine di rafforzare i comportamenti doverosi per i soggetti ammessi a partecipare alla gara; sotto questo

Il principio di tassatività delle cause di esclusione - Rev. 1° dicembre 2015

profilo il codice etico della stazione appaltante può ritenersi equivalente ai protocolli di legalità/patti di integrità, laddove siano presenti nel primo disposizioni che prevedono, in caso di violazione, anche l'estromissione dalla gara.

E' stato affrontato in giurisprudenza il caso in cui l'impresa violi una specifica disposizione del codice Etico elaborato dalla stazione appaltante, pur essendone prevista l'osservanza attraverso l'espresso richiamo nella *lex specialis* di gara (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042, con riferimento alle norme del Codice etico di un Comune, che non consentono alle imprese concorrenti alle gare d'appalto di proporre opportunità d'impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare i dipendenti a titolo personale).

75

Secondo il giudice di primo grado, una stazione appaltante imponendo (nel proprio regolamento) l'osservanza del "codice etico" a tutti i concorrenti che vogliono sottoscrivere con questa un contratto d'appalto, legittima le esclusioni disposte per violazione delle disposizioni contenute in quest'ultimo.

Infatti, in osservanza al principio secondo cui le esclusioni devono trovare fondamento in base alle leggi vigenti, può farsi riferimento anche per il codice etico all'art. 1 comma 17 della citata legge 6 novembre 2012 n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), che dispone quanto segue: «Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara» (cfr. anche C.G.A.R.S. ord. 12 settembre 2014, n. 534; sent. 2 settembre 2014, n. 490).

Come visto, i protocolli di legalità/patti di integrità - cui è fatto rinvio per il codice etico della stazione appaltante - tutelando interessi di rango sovraordinato, sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un dato contratto pubblico, in particolare per la prevenzione, il controllo e il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. L'accettazione di questi, quale presupposto per la partecipazione alla gara, comporta l'accettazione di regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara (cfr. Determinazione A.V.C.P. n. 4/2012; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657 e id. 9 settembre 2011, n. 5066; Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267, in merito all'incameramento della cauzione, quale conseguenza dell'accettazione di regole e doveri, previsti nel Patto d'integrità sottoscritto).

A questo riguardo, però, la Sezione del predetto Consiglio di Stato non si è potuta esimere dall'osservare che «il richiamo che la legge n. 190/2012 fa alle esclusioni applicative delle previsioni dei "protocolli di legalità o patti di integrità" si presenta del tutto indeterminato, con il risultato di far apparire la norma di legge recante tale richiamo come una sorta di precetto in bianco» (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042, cit.).

Da qui la necessità, secondo lo stesso Collegio che «il rispetto del canone della tassatività delle cause di esclusione non sia solo formale, di sottoporre le regole dei c.d. protocolli di

legalità o patti d'integrità a un'interpretazione rigorosa, all'insegna dell'attento rispetto della lettera e, soprattutto, della ratio che le contraddistingue, e in coerenza con il principio comunitario di proporzionalità" (Cons. Stato, Sez. V, in ultimo cit. e id. 12 novembre 2013, n. 5375, in merito alla possibilità disposta dall'art. 43 del Codice di riconoscere in termini generali alle imprese, partecipanti a procedure di affidamento, la possibilità di fornire "altre prove" relative al rispetto dei standard di qualità equivalenti a quelli oggetto di certificazioni rilasciate dai competenti organismi).

5.9 Altri fatti compromettenti l'affidabilità

Non residua in capo alla stazione appaltante la possibilità di individuare un caso di esclusione ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge o dal bando, formulando un giudizio di "inaffidabilità" del concorrente, poiché il virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione tale giudizio non si può ex se ritenere consentito.

Secondo un recente orientamento non è possibile basare un'esclusione da una gara di appalto su un mero giudizio di inaffidabilità dell'impresa.

Infatti, laddove la revoca dell'aggiudicazione sia espressione di un'esclusione individuale, determinata in base ad una valutazione soggettiva dell'offerente, l'ampio potere discrezionale riconoscimento alla Stazione appaltante sarebbe incompatibile con l'esigenza di un corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali.

Esclusa l'attitudine nel caso specifico a integrare delle possibili cause di esclusione, la valutazione d'inaffidabilità a carico della ricorrente deve, infatti, rispettare il principio di tassatività delle cause di esclusione, che è applicabile anche ai requisiti morali di affidabilità di cui all'art. 38 del Codice ed impedisce di estendere discrezionalmente il relativo elenco a circostanze ulteriori, quand'anche l'Amministrazione ricorra all'accorgimento di innestare su di esse un giudizio di inaffidabilità dell'impresa.

Infatti, l'Amministrazione, al di fuori delle ipotesi tipizzate - direttamente o indirettamente - dal legislatore, non ha alcun potere di discrezione che ricada sui requisiti morali dell'impresa (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042).

E', quindi, confermato che "nell'ambito dei procedimenti selettivi, rigorosamente disciplinati dalla lex specialis e dalla pertinente disciplina legislativa, l'elemento fiduciario non si presta ad essere liberamente valutato dalla stazione appaltante, in quanto trova oggettiva concretizzazione nelle regole disciplinatrici della gara, il cui puntuale rispetto consente di individuare l'impresa che oggettivamente offra, per i requisiti posseduti e l'offerta presentata, le migliori garanzie di realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice" (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2013, n. 1974 e id. 28 dicembre 2011, n. 6916).

Interessante in proposito è quanto affermato dal Consiglio di Stato sulle verifiche da effettuarsi, laddove a seguito di un contratto di affitto di azienda sia chiesto il subentro di quest'ultima alla stipula del contratto, ai sensi dell'art. 51 del Codice (Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2015, n. 3819).

Infatti, il TAR aveva asserito che fosse possibile per la stazione appaltante procedere, in concreto, ad una verifica del subentrante sulla base di ulteriori parametri, non precisati da una disposizione normativa primaria o secondaria, né tanto meno dal bando di gara.

In Consiglio di Stato, invece, ha affermato che *“pur risultando comprensibile (in rapporto agli interessi pubblici da salvaguardare) la preoccupazione manifestata dall'Autorità amministrativa con la valutazione contestata in primo grado, il provvedimento impugnato - nell'attribuire rilevanza alla circostanza che il capitale della società affittuaria fosse limitato a "soli Euro 10.000" - ha dunque individuato un caso di esclusione ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge ed ha formulato un giudizio di "inaffidabilità" del subentrante che non si può ex se ritenere consentito, sulla base del solo capitale della società”*.

L'art. 51 citato, infatti, *“ammette espressamente che la cessione dell'azienda o di un suo ramo comporta il subentro dell'impresa cessionaria alla cedente (...) e condiziona tale effetto alla sola verifica (vincolata e vincolante) del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alla cessionaria”* (Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 55).

Tale interpretazione *«implica il riconoscimento dell'obbligo della stazione appaltante di verificare, ai fini di una corretta amministrazione della procedura, il possesso, da parte dell'impresa cessionaria, dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, avendo riguardo al momento in cui si è prodotta la modificazione soggettiva e senza che rilevi, a tali fini, il tempo in cui la stessa è stata effettivamente comunicata»* (Cons. Stato, in ult. cit. e Sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894).

ALLEGATO 1 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 30 LUGLIO 2014, N. 16

N. 00016/2014REG.PROV.COLL.
N. 00019/2014 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 di A.P. del 2014, proposto da: Accenture Spa, Accenture Technology Solutions Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso Lipani & Partners in Roma, via Vittoria Colonna ,40;

contro

Wolters Kluwer Italia Srl, Skill On Line Srl, Knowledge Management & Security Srl, Project Automation Spa, Media Touch 2000 Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Maurizio Zoppolato, Eva Maschietto, Katja Besseghini, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

nei confronti di

Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Dir.Centr.Ist.Istr., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione I Ter, n. 9376 del 4 novembre 2013, resa tra le parti, concernente la gara d'appalto per la realizzazione e la gestione del progetto SISFOR - Sistema di formazione on-line delle Forze dell'ordine.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Wolters Kluwer Italia Srl e di Skill On Line Srl e di Knowledge Management & Security Srl e di Project Automation Spa e di Media Touch 2000 Srl e di Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Dir.Centr.Ist.Istr.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Lipani, Sbrana, Besseghini, e dello Stato Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso incidentale proposto da Accenture S.p.A. e Accenture Technology Solutions S.r.l. (d'ora innanzi RTI Accenture) e, in accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale proposto da Wolters Kluwer Italia S.r.l., Skill On Line S.r.l., Knowledge Management & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch 2000 S.r.l. (d'ora innanzi RTI Wolters Kluwer), ha: 1) annullato l'aggiudicazione, in esito alla procedura ristretta bandita dal Ministero dell'Interno, al RTI Accenture dell'appalto avente ad oggetto la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR – sistema di formazione on-line delle forze dell'ordine", per un periodo di 48 mesi dalla stipula del contratto; 2) disposto l'aggiudicazione

dell'appalto in favore di RTI Wolters Kluver; 3) ordinato, in caso di avvenuta stipulazione del contratto d'appalto, il subentro nel rapporto del RTI ricorrente principale.

Avverso la predetta decisione proponeva appello RTI Accenture, contestando sia il capo di reiezione del proprio ricorso incidentale in primo grado, sia la statuizione di annullamento dell'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto, e concludendo per la riforma della sentenza gravata e per la conseguente declaratoria di inammissibilità o, in subordine, per il rigetto nel merito del ricorso originario di RTI Wolters Kluver.

Si costituiva RTI Wolters Kluver, contestando la fondatezza dell'appello principale, impugnando, in via incidentale, il capo di reiezione del terzo motivo del proprio ricorso incidentale in primo grado e concludendo per la conferma della decisione appellata e, in subordine, per l'accoglimento del proprio appello incidentale.

Resisteva anche il Ministero dell'Interno, contestando la fondatezza delle censure dedotte a sostegno dell'appello principale, difendendo la correttezza della statuizione appellata e domandandone la conferma.

L'esecutività della sentenza appellata veniva sospesa con l'ordinanza adottata nella camera di consiglio del 19 dicembre 2013.

Con ordinanza n.2214/2014 in data 29 aprile 2014 la terza sezione del Consiglio di Stato rimetteva all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione, afferente all'accoglimento del primo motivo del ricorso principale di primo grado e in relazione alla quale giudicava utile un chiarimento definitivo, relativa alla necessità (o meno) dell'indicazione nominativa, nella dichiarazione sostitutiva depositata ai sensi dell'art.38 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, di tutte le persone munite della rappresentanza legale della società che devono possedere i requisiti morali prescritti dalla predetta disposizione.

Alla pubblica udienza del 9 luglio 2014, dinanzi all'Adunanza Plenaria, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Occorre preliminarmente definire i confini dell'oggetto della presente statuizione, al fine di circoscrivere l'esame alla sola questione effettivamente controversa dinanzi all'Adunanza Plenaria.

Ancorchè la disamina della parte dell'appello principale, intesa a contestare il capo di reiezione del ricorso incidentale proposto in primo grado da RTI Accenture, apparisse logicamente antecedente, rispetto allo scrutinio della fondatezza del gravame rivolto avverso l'accoglimento dei primi due motivi del ricorso proposto in primo grado da RTI Wolters Kluver, la terza sezione ha, nondimeno, ritenuto utile un chiarimento, da parte dell'Adunanza Plenaria, su una questione che attiene proprio all'accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado e che, tuttavia, nella decisione dell'appello potrebbe anche rivelarsi ininfluyente (nell'ipotesi in cui venisse accolto l'appello di RTI Accenture nella parte in cui si contesta la reiezione del ricorso incidentale di primo grado e che comporterebbe la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso di prima istanza di RTI Wolters Kluver).

L'ordinanza di rimessione risulta, a ben vedere, strutturata e motivata come devolutiva al giudizio dell'Adunanza Plenaria della sola questione, di seguito meglio illustrata, relativa alla valenza della dichiarazione sostitutiva nella specie depositata da RTI Accenture ai sensi dell'art.38 d.lgs. n.163/06.

Ritiene, quindi, questa Adunanza, esercitando la facoltà riconosciuta dall'art.99, comma 4, c.p.a., di limitare il proprio giudizio all'affermazione del principio di diritto relativo alla sola questione rimessa dalla terza sezione e di restituire a quest'ultima la definizione del giudizio di appello, anche tenuto conto che il dibattito processuale (sia scritto, sia orale) è rimasto circoscritto alla disamina del solo problema esaminato nell'ordinanza di rimessione e che, quindi, anche il rispetto del contraddittorio esige che il presente esame resti limitato al predetto scrutinio.

2.- Così definito l'ambito oggettivo della presente cognizione, occorre illustrare e precisare i termini, di fatto e di diritto, della questione controversa.

2.1- Principiando dalla disamina dei profili di fatto, si deve rammentare che il bando (sezione III.2.1) e il disciplinare di gara (artt.6.2 e 9 lett.a) richiedevano, a pena di esclusione, il possesso dei requisiti prescritti dall'art.38 d.lgs. cit., ammettendo esplicitamente la possibilità di attestarlo tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art.47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n.445 e indicando la formulazione della dichiarazione nei seguenti termini: "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art.38 del d.lgs. n.163/2006..." (art.6.2 lett.a n.4 del disciplinare di gara).

Accenture S.p.A. aveva prodotto una dichiarazione di un procuratore ad negotia (Giovanni Mario Pisanu) formulata nei termini indicati nel disciplinare ma senza l'indicazione nominativa dei due

legali rappresentanti della società, mentre l'amministratore delegato di Accenture Technology Solutions S.r.l. (Carlo Trimarchi) aveva ommesso la specifica menzione del presidente del consiglio di amministrazione, ancorchè (anch'egli) dotato di poteri di rappresentanza legale dell'impresa.

In particolare, le due dichiarazioni contenevano l'esplicita e specifica attestazione "che non sussistono a carico di coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa condanne irrogate con sentenze passate in giudicato o con sentenze di applicazione della pena a richiesta ai sensi dell'art.444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari" e la più generica attestazione, testualmente conforme al lessico del disciplinare, "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art.38 del d.lgs. n.163/2006 e successive modificazioni".

Dalla relazione depositata dal Ministero dell'Interno nella camera di consiglio del 19 dicembre 2013 risulta che "a conclusione della procedura di gara, l'Amministrazione, espletate tutte le predette verifiche, ha accertato, con l'acquisizione di merito di tutta la necessaria documentazione, che entrambe le società costituenti il RTI Accenture, nonché tutti i suoi rappresentanti, risultano pienamente in regola con tutti gli obblighi posti dalla normativa vigente in materia".

Deve, ancora, precisarsi che non risultano controversi, in fatto, sia il possesso dei requisiti di moralità prescritti dall'art.38 d.lgs. cit. da parte di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi di entrambe le società che costituiscono il RTI Accenture, sia l'effettivo e positivo accertamento, da parte dell'Amministrazione appaltante, dell'insussistenza delle relative condizioni ostative.

2.2- Così chiarita la situazione di fatto, occorre illustrare i termini di diritto della questione controversa.

I giudici di prima istanza, pur riconoscendo in capo a una persona munita dei relativi poteri rappresentativi la legittimazione a presentare le dichiarazioni prescritte per conto della società e dei suoi legali rappresentanti (come è accaduto per Accenture S.p.A.), hanno, nondimeno, rilevato la carenza, in entrambe le dichiarazioni depositate dalle due società che costituiscono il RTI Accenture, di alcune informazioni essenziali, giudicando, quindi, doverosa l'esclusione del RTI inadempiente e, quindi, illegittima l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto per cui è causa.

Il TAR ha, in particolare, ritenuto mancanti le attestazioni specificamente riferite a tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza delle due imprese, sia per la genericità delle dichiarazioni prodotte, sia per l'omessa identificazione delle suddette persone, ha, quindi, ritenuto inapplicabile, a fronte della predetta, insanabile carenza, la regola del c.d. soccorso istruttorio e ha, pertanto, giudicato illegittima l'omessa esclusione di RTI Accenture e l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto.

La terza sezione del Consiglio di Stato, non condividendo le conclusioni raggiunte dai primi giudici, rilevando un'incertezza giurisprudenziale sulla suddetta questione e reputando, quindi, necessario un chiarimento, con valenza nomofilattica, da parte dell'Adunanza Plenaria, ha rimesso a quest'ultima la delibazione del problema, prospettando, quale soluzione preferibile, l'affermazione del principio della mancanza di necessità che la dichiarazione sull'assenza delle cause ostative dettagliate all'art.38 d.lgs. cit. contenga l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali dev'essere attestato il possesso dei relativi requisiti morali.

3.- Così chiariti i termini della questione controversa, occorre, ancora in via preliminare, precisare che la gravata statuizione di accoglimento del primo motivo del ricorso originario si compone di due distinti accertamenti: la genericità della dichiarazione relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. cit. (e, cioè, l'omessa indicazione delle singole cause ostative) e la mancata indicazione nominativa dei legali rappresentanti ai quali si riferiscono i requisiti di moralità personali. A ben vedere, con l'ordinanza di rimessione si investe l'Adunanza Plenaria della sola questione relativa al secondo accertamento, ma si ritiene, per esigenze di completezza di trattazione del capo di appello in questione, di esaminare anche la prima statuizione (che, si ricorda, attiene alla riscontrata genericità della dichiarazione sostitutiva sull'inesistenza delle condizioni ostative prescritte dal codice dei contratti pubblici).

Occorre, al riguardo, rilevare che la necessità di indicare puntualmente l'assenza di tutte le condizioni ostative dettagliate all'art.38 d.lgs. cit. dev'essere esclusa sia perché gli stessi atti di gara suggerivano la formulazione testuale della dichiarazione in termini omnicomprensivi (ingenerando, in tal modo, un affidamento meritevole di tutela sulla sua correttezza), sia perché, ai fini dell'attestazione (con la valenza assegnata alle dichiarazioni sostitutive dal d.P.R. n.445/2000) dei requisiti di moralità in questione, il richiamo generico (ma esaustivo) alla disposizione legislativa che

li contempla si rivela del tutto sufficiente (nella fase di gara a cui si riferisce il deposito della dichiarazione) a fornire all'Amministrazione quell'impegno (assistito dalla sanzione penale per le dichiarazioni false) sull'insussistenza delle condizioni ostative nel quale si risolve l'acquisizione delle attestazioni ai sensi dell'art.47 d.P.R. cit.

Né varrebbe obiettare che la dichiarazione avrebbe dovuto menzionare specificamente l'assenza di cause preclusive quantomeno per i requisiti di moralità riferite alle persone munite di poteri rappresentativi dell'impresa, atteso che, ai fini che qui rilevano, l'attestazione omnicomprensiva sull'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. dev'essere, evidentemente, intesa come riferita, quanto ai requisiti relativi ai legali rappresentanti della società (e non alla persona giuridica), alle singole persone fisiche che rivestono la qualifica di legali rappresentanti.

Un'interpretazione delle dichiarazioni de quibus coerente con i principi di ragionevolezza, di buona fede e di conservazione degli effetti giuridici, impone, infatti, di riferire, di volta in volta, il contenuto delle stesse alla persona giuridica concorrente o alle persone fisiche munite, nell'ambito della compagine societaria, di poteri rappresentativi, a seconda del referente soggettivo all'uopo preso in considerazione nelle varie fattispecie di cui al paradigma normativo citato.

Le dichiarazioni depositate dalle due società che costituiscono il RTI Accenture devono, quindi, essere giudicate complete, sotto il profilo appena esaminato, nella misura in cui andavano intese (così come le ha correttamente valutate il Ministero appaltante) come riferite a tutte le condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. e, relativamente ai requisiti di moralità personali, ai singoli soggetti dotati di poteri di rappresentanza legale all'interno delle due società.

4.- Resta, quindi, da esaminare la questione, principalmente controversa, della necessità o meno della menzione nominativa, nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art.38 d.lgs. cit., di tutti i soggetti munite di rappresentanza legale dell'impresa e delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura, di una attestazione che la omette.

A tale questione possono offrirsi tre soluzioni: a) la dichiarazione che omette la menzione nominativa delle persone fisiche dotate di poteri rappresentativi e che si limita ad attestare l'assenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit. è completa e non necessita di alcuna integrazione; b) una dichiarazione siffatta impone all'amministrazione l'uso dei poteri di soccorso istruttorio e non autorizza, di per sé, l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta; c) una dichiarazione siffatta dev'essere considerata mancante di elementi essenziali, non consente l'integrazione e (anzi) impone l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta.

4.1- Così identificate le opzioni di catalogazione della fattispecie esaminata ed i connessi effetti di diritto di ognuna delle possibili classificazioni, si deve osservare che il problema risulta risolto de futuro dall'art.39 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90, che, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, inserisce un comma 2-bis all'art.38 d.lgs. cit., che introduce una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbliga la stazione appaltante (l'uso del verbo assegnare all'indicativo presente segnala la doverosità del comportamento) ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e consente (anzi: impone) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

La disposizione, poi, distingue, con un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso), la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per la quale viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, a fortiori, 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 sostitutive in questione, risulta finalizzata proprio a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt.38 e 46 d.lgs. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie).

Nonostante, al momento della redazione della presente decisione, la disposizione (come già rilevato, inserita nel decreto legge n.90 del 2014) sia ancora in fase di conversione in legge, la stessa, ancorchè non applicabile direttamente alla presente controversia (come chiarito dall'art.39, comma 3) offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (nella

fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante).

Si tratta, quindi, di un'innovazione legislativa che, per quanto inapplicabile alla presente controversa, indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie.

4.2- Così esclusa la diretta ed immediata applicabilità dello ius superveniens alla fattispecie controversa, occorre procedere alla descrizione del sistema di regole vigente al momento dell'aggiudicazione della procedura in questione.

La definizione del quadro normativo di riferimento postula una lettura coordinata e coerente degli artt. 38 e 46 d.lgs. cit. e degli atti di gara (e segnatamente del bando e del disciplinare).

Occorre, al riguardo, premettere che le questioni attinenti alla portata escludente delle omissioni o delle carenze nelle dichiarazioni relative all'assenza delle condizioni ostative dettagliate all'art.38 cit., ai rapporti, a questi fini, tra la normativa primaria e la lex specialis di gara e agli ambiti entro i quali può reputarsi legittimo o, addirittura, doveroso l'esercizio dei poteri di cui all'art.46, comma 1, d.lgs. cit. sono state decifrate e risolte con indirizzi giurisprudenziali incerti e, a volte, contraddittori, sicché anche su tali profili si impone un chiarimento da parte dell'Adunanza Plenaria.

L'esegesi delle predette disposizioni è stata, infatti, condotta sia con l'uso di canoni interpretativi formalistici, che hanno fondato l'affermazione che ogni mancanza nelle dichiarazioni comporta la sanzione dell'esclusione e non ammette il c.d. soccorso istruttorio, che si risolverebbe in una lesione della par condicio (Cons. St., Sez. III, 24 giugno 2014, n.3198; Sez. V, 16 ottobre 2013, n.5023; Sez. III, 2 luglio 2013, n.3550), sia mediante parametri più sostanzialistici, che, valorizzando una lettura teleologica delle disposizioni interpretate, hanno fondato la diversa e contraria affermazione che, nelle ipotesi in cui difetti un'espressa comminatoria di esclusione nel bando, solo la mancanza oggettiva del requisito di moralità, e non anche la sua omessa dichiarazione, giustifica l'esclusione (Cons. St., Sez. III, 6 febbraio 2014, n.583; Sez. V, 9 dicembre 2013, n.5883) e che, in tali fattispecie, il soccorso istruttorio costituisce il doveroso strumento amministrativo per garantire il favor participationis ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche (Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n.1648).

Non solo, ma anche sui rapporti tra normativa primaria e atti di gara, quanto alla portata escludente delle violazioni delle prescrizioni relative alle dichiarazioni sostitutive, possono registrarsi soluzioni giurisprudenziali differenti (anche se la recente decisione dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n.9 ha offerto univoci canoni risolutivi della questione): da quelle (Cons. St., Sez. V, 9 settembre 2013, n.4471) che annettono valenza preminente e cogente al principio di tassatività espresso dall'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit. e che concludono nel senso che le omissioni in questione comportano la sanzione dell'esclusione anche se non prevista dal bando (o se prevista solo come conseguenza del possesso oggettivo del requisito) a quelle (Cons. St., Sez. VI, 1 febbraio 2013, n.634) che, invece, riconoscono portata prevalente alla lex specialis (là dove prevede l'esclusione come conseguenza della sola esistenza oggettiva di una causa ostativa e non anche della sua mancata attestazione) e all'art.38, comma 1, d.lgs. cit. e che, quindi, ammettono l'esclusione quale conseguenza del solo accertamento della mancanza in fatto del requisito di moralità (riconoscendo valenza recessiva al disposto dell'art. 46, comma 1-bis).

E' stato, al riguardo, già chiarito (Ad. Plen. 16 ottobre 2013, n.23, 7 giugno 2012, n.21 e, da ultimo, n.9/2014) che la costruzione della disposizione contenuta nell'art.46, comma 1-bis, d.lgs. n.163/2006, che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell'esclusione dev'essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorché non espressamente a pena di esclusione.

Un ulteriore corollario di tale principio dev'essere individuato nell'inserzione automatica, ai sensi dell'art.1339 c.c., della clausola espulsiva nel bando, là dove questo ometta di prevedere

espressamente l'esclusione quale conseguenza dell'inosservanza di prescrizioni previste dal codice (Ad. Plen., n.9/2014).

In coerenza e ad integrazione dei principi di diritto già enunciati da questa Adunanza Plenaria (con la citata decisione n.9 del 2014) si ritiene, quindi, di ribadire o di ulteriormente precisare che: a) la formulazione letterale dell'art.46, comma 1-bis, impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art.38, comma 2) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti); b) la sanzione espulsiva dev'essere applicata anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione); c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della par condicio).

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, si rileva che, per quanto ci si sforzi di offrire una lettura delle suddette disposizioni (anche valorizzando la formulazione testuale delle previsioni del bando e del disciplinare di gara) che legittimi la sanzione dell'esclusione per i soli casi di difetto oggettivo dei requisiti di moralità prescritti dall'art.38 d.lgs. cit. (e non anche per le ipotesi di carenze nelle relative dichiarazioni sostitutive), l'esegesi dell'art.46, comma 1-bis d.lgs. cit. impone la diversa interpretazione della doverosità dell'esclusione nei casi di inosservanza dell'obbligo, codificato all'art.38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive.

La portata univoca e generale del richiamo al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l'interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell'art.38 impone all'Amministrazione l'esclusione del concorrente che lo ha violato (secondo, si ripete, il regime normativo vigente al momento della definizione della procedura qui controversa).

4.3- Occorre, quindi, procedere alla qualificazione della dichiarazione prodotta da RTI Accenture, al fine di verificare la condotta che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere, a fronte di essa, e, quindi, di giudicare la legittimità dei provvedimenti concretamente adottati.

Come già rilevato, le due dichiarazioni prodotte dalle società che costituiscono RTI Accenture sono state confezionate anche ai sensi dell'art.47, comma 2, d.P.R. cit., là dove consente che la dichiarazione sostituiva "può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti", di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Al fine di circoscrivere l'ambito della presente indagine, giova ribadire che non risulta contestata la facoltà (peraltro espressamente ammessa dagli atti di gara) che gli autori delle dichiarazioni (il procuratore ad negotia per Accenture S.p.A. e l'amministratore delegato per Accenture Technology Solutions S.r.l.) potessero attestare l'assenza delle condizioni ostative anche per le altre persone munite di poteri di rappresentanza legale per le due rispettive società, sicché la questione resta circoscritta alla verifica della necessità o meno della identificazione di queste ultime e delle eventuali conseguenze giuridiche della sua omissione (nell'ipotesi in cui la stessa dovesse essere qualificata incompleta o, addirittura, mancante).

Il problema appena illustrato si risolve, a sua volta, nell'esegesi dell'art.47, comma 2, d.P.R. n.445/2000 e, segnatamente, della locuzione "altri soggetti".

Si tratta, cioè, di verificare se tale disposizione, là dove ammette l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante, imponga anche (ed a quali condizioni) la relativa identificazione nel corpo della dichiarazione (come ritenuto da Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2014, n.1634; Sez. III, 9 aprile 2013, n.1953; Sez. IV, 16 novembre 2011, n.6053).

Prima di esaminare le argomentazioni addotte a sostegno delle tesi contrapposte appare, tuttavia, utile una sintetica ricognizione dei principi che governano l'uso delle dichiarazioni sostitutive ai fini dell'attestazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Com'è noto, una delle più rilevanti innovazioni legislative preordinate a semplificare i rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni è stata quella che ha consentito ai primi di attestare il possesso di stati, qualità o fatti, mediante la presentazione di una dichiarazione sostituiva di atto di notorietà e fermo restando il compito dell'amministrazione di controllarne la veridicità (art.43 d.P.R. cit.).

Ovviamente le finalità pubblicistiche sottese alle verifiche relative alla produzione di documentazione amministrativa risultano presidiate e garantite dalle regole concernenti l'identificazione del dichiarante, la completezza delle informazioni contenute nella dichiarazione e la responsabilità penale del dichiarante per il caso di dichiarazioni false (art.76 d.P.R. cit.).

Occorre, quindi, verificare, ai fini di una corretta esegesi della disposizione in esame, se, nel tipo di dichiarazione controversa, le predette regole siano state rispettate e se, in definitiva, gli interessi pubblicistici coinvolti siano stati pregiudicati o, al contrario, compiutamente realizzati.

Posto che l'identità dei dichiaranti non è in discussione, risultando nella fattispecie osservate le prescrizioni poste a presidio della loro identificazione, resta da stabilire se le dichiarazioni prodotte contenessero tutte le informazioni indispensabili al fine dell'accertamento d'ufficio della loro veridicità e se i soggetti che le hanno rese risultino o meno esposti a responsabilità penale per il caso di attestazioni mendaci.

4.3.1- Ora, posto che la dichiarazione deve contenere tutte le informazioni di cui necessita l'Amministrazione per verificarne d'ufficio la correttezza e la veridicità, anche ai sensi dell'art.43 d.P.R. cit. (Cons. St., Sez. III, 26 settembre 2013, n.4785), ritiene l'Adunanza che, mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii ob relationem di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali.

Mentre, infatti, nel primo caso, la finalità della disposizione, agevolmente identificabile nella semplificazione dell'attività dichiarativa (Cons. St., Sez. VI, 12 luglio 2011, n.4206) ma senza alcun sacrificio delle esigenze di certezza e di completezza nell'acquisizione delle attestazioni da parte dell'Amministrazione, resterebbe irrimediabilmente frustrata (precludendo qualsivoglia accertamento d'ufficio circa la veridicità delle dichiarazioni), nella seconda ipotesi l'interesse pubblico sotteso alla disposizione resterebbe integro e compiutamente realizzato.

Se, infatti, come nel caso in esame, la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui la stessa si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi a cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione dell'integrità delle necessità conoscitive dell'Amministrazione.

Diversamente opinando, invero, si perverrebbe alla paradossale e inaccettabile conseguenza di ritenere inammissibile (con il probabile corollario della necessità dell'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta) una dichiarazione che l'Amministrazione ha potuto agevolmente verificare, sia in ordine all'identità dei soggetti ai quali si riferisce (mediante l'accesso a una banca dati ufficiale), sia in ordine alla corrispondenza al vero delle attestazioni che li riguardano.

4.3.2- In ordine, invece, alla configurabilità della responsabilità penale in capo al soggetto che dichiara falsamente qualità personali, stati o fatti di altri soggetti (che costituisce il più forte ed efficace presidio dell'affidabilità del sistema delle dichiarazioni sostitutive), ancorché non menzionati nominativamente nella dichiarazione, basti rilevare che la già riscontrata agevole identificabilità (mediante l'accesso al registro delle imprese) delle persone a cui si riferisce la dichiarazione e (soprattutto) la logicamente presupposta loro conoscenza da parte del dichiarante implicano la sicura individuazione nella fattispecie considerata degli estremi (soggettivi ed oggettivi) del reato di falso.

4.4- Così verificata la coerenza delle dichiarazioni contestate con il paradigma legale di riferimento (art.47, comma 2, d.P.R. n.445/2000), restano da esaminare le altre argomentazioni addotte dal RTI appellato per sostenere la diversa tesi della mancanza o, comunque, della grave incompletezza delle attestazioni in questione, con la preliminare avvertenza che le stesse non solo non smentiscono le conclusioni ut supra raggiunte, ma ne confermano la validità e la correttezza.

4.4.1- Con un primo, suggestivo argomento si allega la segnalazione dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici n.1 in data 18 marzo 2014 a sostegno della tesi della necessaria identificazione di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa.

Senonché, nella predetta deliberazione, l'A.V.C.P., esaminando il problema della necessità del riferimento delle dichiarazioni prescritte dall'art.38 anche ai procuratori speciali della società (come già affermata da Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n.23), si è limitata a suggerire una modifica

legislativa (a dire il vero ultronea) che autorizzi il legale rappresentante dell'impresa a dichiarare l'assenza delle condizioni ostative anche con riferimento ai procuratori speciali, in un'ottica di semplificazione degli adempimenti imposti all'impresa partecipante alla gara.

Come si vede, quindi, l'A.V.C.P. non ha in alcun modo affrontato la questione qui dibattuta, ma ha offerto una soluzione al problema ivi affrontato (la difficoltà di individuazione dei procuratori speciali ai quali devono essere riferite le dichiarazioni) che, anzi, pare avvalorare le conclusioni ut supra raggiunte e, cioè, l'ammissibilità di una dichiarazione che riguardi terzi soggetti e senza la loro necessaria identificazione (nel ch  sembra risolversi la misura di semplificazione suggerita dall'Autorit ).

4.4.2- Con una seconda argomentazione, invece, si valorizza la direttiva europea sugli appalti pubblici in data 26 febbraio 2014, n.24, non ancora recepita in Italia, quale provvedimento che, per un verso, impedisce la produzione di dichiarazioni che omettano tutte le informazioni indispensabili ad eseguire le verifiche d'ufficio sulla loro veridicit  e che, per un altro, preclude, nella fattispecie considerata, l'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Anche tali argomentazioni si rivelano infondate e vanno disattese.

Premesso che la direttiva in questione dev'essere ancora trasposta nel nostro ordinamento, che, quindi, risulta priva di qualsiasi efficacia direttamente precettiva e che le sue previsioni possono essere utilizzate ai soli fini ermeneutici (e, comunque, con una valenza assai limitata), si osserva che la direttiva configura un nuovo sistema di attestazione dell'insussistenza di situazioni ostative (art.59), che si fonda (anch'esso) su un'autodichiarazione (quale prova preliminare sostitutiva di certificati), a sua volta cristallizzata nel documento di gara unico europeo (DGUE), e su una coerente, diversa disciplina dei poteri di controllo e di soccorso istruttorio riservati alle amministrazioni aggiudicatrici.

Ora, anche prescindendo dall'inutilit  del richiamo della suddetta previsione (attesa l'inoperativit  del sistema ivi configurato, sia perch  il modello del DGUE dev'essere previamente approvato dalla Commissione, sia perch  la direttiva dev'essere ancora recepita nel nostro ordinamento), si pu  rilevare che il relativo regime dell'autodichiarazione e dei successivi controlli non appare, ai fini che qui rilevano, molto dissimile da quello vigente e non contiene, comunque, principi o regole idonei a smentire le conclusioni appena raggiunte.

N  vale, ancora, richiamare il disposto dell'art.57, comma 4, lett. h), per dimostrare la doverosit  dell'esclusione nella fattispecie in esame, sia perch  tale previsione sancisce una mera facolt  (e non un obbligo) di escludere gli operatori economici che si trovano nelle condizioni ivi dettagliate, sia, ancora, perch , mentre la previsione richiamata contempla quale causa di esclusione l'omessa trasmissione delle informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione, si   accertato che, nella fattispecie in esame, tali informazioni fossero state trasmesse (tanto che l'amministrazione aggiudicatrice ha potuto, in concreto, verificare l'assenza di condizioni ostative).

4.4.3- Il RTI Wolters Kluwer assume, ancora, che la mancata allegazione da parte dell'Amministrazione di modelli di dichiarazione (al contrario di quanto ex adverso sostenuto) impedisce di riconoscere, in capo a RTI Accenture, alcun affidamento meritevole di tutela circa la formulazione letterale della dichiarazione sostitutiva effettivamente dovuta.

Ora, anche prescindendo dal (peraltro dirimente) rilievo che le dichiarazioni presentate da RTI Accenture sono state gi  giudicate conformi alla normativa primaria di riferimento e, quindi, immuni dai vizi alle stesse ascritti, si osserva che, se   vero che l'Amministrazione non ha reso disponibile alcun modello o format di dichiarazione,   anche vero che nel disciplinare di gara risulta riportata la formulazione testuale della dichiarazione relativa all'assenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. cit., di talch  la presentazione di una dichiarazione dal tenore letterale identico a quello riportato negli atti di gara impone la tutela della buona fede in ordine alla sua correttezza ed impedisce, in ogni caso, qualsivoglia sanzione espulsiva del concorrente che l'ha presentata.

Si tratta, in altri termini, di una fattispecie nella quale la conformit  della dichiarazione presentata alle espressioni lessicali contenute nella lex specialis impone di accordare una tutela pi  pregnante all'affidamento ingenerato nell'impresa concorrente (che eviti, in sostanza, interpretazioni preclusive del suo accesso alla gara) e di perseguire contestualmente l'interesse pubblico alla pi  ampia partecipazione alle procedure (sulla valenza del principio del favor participationis cfr. ex multis Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n.1648).

Si aggiunga, per altro verso, che proprio la mancata predisposizione di un modello da parte della stazione appaltante e la genericit  del richiamo operato nella lex specialis alla normativa primaria,

hanno prodotto l'effetto della rimessione ai concorrenti della scelta relativa alle modalità di formulazione della dichiarazione, di guisa da impedire, anche alla luce dei principi comunitari di tutela dell'affidamento legittimo e di proporzionalità, l'adozione di una sanzione espulsiva in ragione di pretese irregolarità formali che non impediscano, mediante un rinvio ob relationem a dati e informazioni agevolmente verificabili, il raggiungimento dello scopo di identificare la portata delle dichiarazioni e di controllarne la relativa veridicità.

4.4.4- Con un ultimo ordine di argomentazioni il RTI appellato sostiene che la gravosità dell'istruttoria imposta all'Amministrazione, per effetto dell'omessa indicazione nominativa dei soggetti muniti di poteri rappresentativi, risulta incompatibile con le esigenze di celerità della procedura ed imponeva, quindi, per ciò solo, l'esclusione del concorrente che l'aveva determinata.

Anche tale assunto dev'essere disatteso, in quanto fondato su un presupposto (la complessità delle verifiche istruttorie originate dalle dichiarazioni presentate da RTI Accenture) che risulta smentito in fatto dallo stesso Ministero, là dove, nella relazione sopra menzionata, riferisce di avere espletato gli accertamenti relativi all'identità delle persone muniti di rappresentanza legale ed all'insussistenza, a loro carico, di cause ostative, senza che constino, al riguardo difficoltà, ritardi o complicazioni procedurali.

Ne consegue che, anche sotto il profilo appena esaminato, va confermata la correttezza della procedura in contestazione, non risultando in alcun modo che l'interesse pubblico alla sua celerità sia stato inficiato o pregiudicato dalle dichiarazioni presentate da RTI Accenture.

5.- Sulla base delle considerazioni che precedono possono, quindi, affermarsi i seguenti principi di diritto:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. cit. può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

6.- Così affermato il principio di diritto relativo alla sola questione di cui è stata investita l'Adunanza Plenaria, devono essere restituiti gli atti alla terza sezione per la definizione del ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla III Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Giorgio Giaccardi, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 30/07/2014
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

ALLEGATO 2 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 25 FEBBRAIO 2014, N. 9

N. 00009/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00023/2013 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 di A.P. del 2013, proposto dalla società Palumbo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Luciano Filippo Bracci, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via del Teatro Valle n. 6;

contro

Autorità portuale di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12; nei confronti di

Nuova Meccanica Navale s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità portuale di Napoli e della Nuova Meccanica Navale s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti prima davanti alla VI Sezione del Consiglio di Stato e successivamente in vista della udienza pubblica celebrata innanzi all'Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Bracci, Scoca, e Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura competitiva, indetta dall'Autorità portuale di Napoli, per l'assegnazione della concessione di uno specchio d'acqua nel porto di Napoli per l'ormeggio di un bacino galleggiante di proprietà privata destinato allo svolgimento di attività di riparazione navale (cfr. avviso di gara del 26 gennaio 2011).

1.2. Alla gara hanno partecipato due società: la Nuova Meccanica Navale s.r.l. (in prosieguo ditta Navale) e la società Palumbo s.p.a.

1.3. La ditta Palumbo, aggiudicataria provvisoria in quanto collocatasi al primo posto della graduatoria, è stata esclusa per non aver accluso nelle buste B e C la fotocopia di un valido documento di identità del proprio legale rappresentante, in violazione della legge di gara nella parte in cui ha imposto che <<l'offerta tecnica dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore (in tal caso deve essere allegata la relativa procura) e dovrà essere corredata da fotocopia di un valido documento di identità a pena di esclusione>> (cfr. art. 5, sezione busta B, ultimo periodo, sezione busta C, n. 4).

1.4. Giova sin da ora precisare che:

a) la legge di gara non ha mai fatto riferimento esplicito o rinvio formale al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur avendo nella sostanza riprodotto alcune disposizioni del medesimo;

b) in base alla lettera delle disposizioni della legge di gara contenute negli artt. 3 –Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura – e 5 – Modalità di presentazione della domanda di concessione - al direttore tecnico non era imposto, a pena di esclusione, di corredare la dichiarazione di possesso dei vari requisiti generali con una fotocopia del documento di identità.

1.5. La concessione è stata conseguentemente assegnata alla ditta Navale unica concorrente rimasta in gara (cfr. delibera presidenziale n. 390 dell'8 luglio 2011 recante anche il provvedimento formale di esclusione della ditta Palumbo).

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Palumbo ha impugnato dinanzi al T.a.r. della Campania - con ricorso principale allibrato al nrg. 4596/2011 sostenuto da due atti di motivi aggiunti – i seguenti provvedimenti:

a) l'aggiudicazione della concessione in favore della ditta Navale;

b) la propria esclusione dalla gara;

c) tutti gli atti della procedura inclusa la legge di gara nella parte in cui ha previsto che le offerte tecniche ed economiche dovevano essere corredate, a pena di esclusione, da una fotocopia del documento d'identità del legale rappresentante dell'impresa;

d) la mancata esclusione della ditta vincitrice per non aver corredato la dichiarazione del direttore tecnico, attestante il possesso dei requisiti generali, di una fotocopia del documento di identità.

2.2. Radicatosi il contraddittorio con l'Autorità portuale e la ditta Navale, quest'ultima ha proposto ricorso incidentale sostenendo che la ditta Palumbo avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per ragioni ulteriori rispetto a quelle individuate dall'amministrazione concedente.

2.3. L'impugnata sentenza - T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012 - in dichiarata adesione ai principi formulati dall'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4:

a) ha respinto il ricorso principale proposto dalla ditta Palumbo; in particolare ha disatteso la domanda di annullamento delle clausole escludenti contenute nella legge di gara e del provvedimento di esclusione, ritenendo che la produzione della fotocopia del documento di identità del legale rappresentante dell'impresa costituisca elemento centrale della stessa dichiarazione di volontà;

b) ha dichiarato inammissibili, per difetto di legittimazione al ricorso, tutte le rimanenti censure sviluppate dalla ditta Palumbo avverso gli atti di gara e il provvedimento di assegnazione, incluse quelle finalizzate alla caducazione della scelta dell'Amministrazione di indire la gara per cui è causa (in particolare, incompetenza del presidente dell'Autorità portuale e violazione degli artt. 36 del codice della navigazione e 18 del regolamento di esecuzione);

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno;

d) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della ditta Navale;

e) ha condannato la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA VI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – allibrato al nrg. 4939/2012 – la ditta Palumbo ha interposto appello principale.

A) Con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l'illegittimità del bando nella parte in cui ha previsto, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità del titolare dell'impresa all'offerta economica e all'offerta tecnica; la relativa clausola sarebbe affetta da violazione di legge, in relazione all'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), all'art. 46, co. 1-bis del codice dei

contratti pubblici e all'art. 23 della Costituzione; si evidenzia che l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 prevede espressamente l'obbligo di allegare la fotocopia del documento di identità solo con riferimento alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e non anche con riferimento alle dichiarazioni di natura negoziale, quali sarebbero, appunto, l'offerta economica e l'offerta tecnica, pertanto, l'introduzione da parte del bando di tale obbligo di allegazione si tradurrebbe nella "imposizione" ai soggetti che partecipano alla gara di una "prestazione" di allegazione che, in assenza di una base legale, si porrebbe in contrasto con l'art. 23 della Costituzione e con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106); sotto questo profilo viene criticata la sentenza del T.a.r. che ha, invece, ritenuto che la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d'identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreti proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa innanzi citata, integrando un'ipotesi di <<incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali>>.

B) Con il secondo mezzo ha lamentato l'omessa pronuncia in relazione al motivo di primo grado incentrato sull'eccesso di potere per disparità di trattamento; il presidente dell'Autorità portuale, pur avendo avuto contezza dai verbali che anche la società Navale non aveva allegato alla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio direttore tecnico la copia fotostatica del relativo documento di identità, ha chiesto all'Avvocatura dello Stato un parere con riferimento alla sola eventuale esclusione della società Palumbo; inoltre, le stesse ragioni che avevano indotto l'Amministrazione a chiedere il parere dell'Avvocatura dello Stato, riguardavano anche la società Navale, atteso che pure essa, come la ricorrente, non aveva allegato la fotocopia del documento di identità.

C) con il terzo mezzo è stata dedotta la violazione del principio della parità delle parti nel processo amministrativo in considerazione del fatto che il T.a.r., dopo aver respinto, ritenendoli infondati, i motivi di ricorso con i quali la società Palumbo contestava la sua esclusione dalla gara, ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione - le ulteriori doglianze (proposte sia nel ricorso principale che nei motivi aggiunti) contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società contro interessata; pur dovendosi dare atto che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata appaiono in linea con i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, si auspica una riconsiderazione di tale indirizzo o, comunque, una applicazione restrittiva, ai soli casi in cui il soggetto concorrente è privo di qualsiasi situazione giuridica per la radicale mancanza dei requisiti costitutivi per la partecipazione alla gara e non anche, invece, al caso, come quello oggetto del presente giudizio, in cui il ricorso sia proposto da un soggetto che, in conseguenza dell'aggiudicazione provvisoria, ha già acquisito una sua posizione differenziata di interesse legittimo; in tal caso, i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 non potrebbero trovare applicazione, traducendosi altrimenti in una ipotesi di denegata potestas judicandi del giudice amministrativo sull'atto lesivo dell'interesse legittimo già riconosciuto con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

D) Auspicandosi, quindi, la rivasitazione o la mancata applicazione al caso di specie dei principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, la società Palumbo ha riproposto i motivi dichiarati inammissibili in primo grado per difetto di legittimazione e, in particolare, il motivo diretto a dedurre che la società Navale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il direttore tecnico, nel rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, m-ter), del codice dei contratti pubblici, non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità; ciò in quanto la dichiarazione di cui alla lettera m-ter) dell'art. 38, cit. (disposizione, si badi, riprodotta nella sostanza nella clausola m-ter) a pag. 8 dell'avviso), doveva essere resa nelle forme della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e, quindi, presentata unitamente a copia fotostatica del documento di identità.

3.2. Si sono costituite in giudizio l'Autorità Portuale e la ditta Navale eccependo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

3.3. La ditta Navale ha proposto rituale appello incidentale reiterando le doglianze poste a sostegno dell'originario ricorso incidentale di primo grado dichiarato inammissibile dal T.a.r.

3.4. Con ordinanza n. 3017 del 1 agosto 2012 è stata respinta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

4. L'ORDINANZA DI RIMESIONE DELLA CAUSA ALL'ADUNANZA PLENARIA.

Con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, la VI Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disegnato un affresco, in chiave storica e sistematica, degli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all'Adunanza plenaria le seguenti quattro questioni.

4.1. Se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. n. 70 del 2011 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che 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, ai sensi del quale <<La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>> - possa già ritenersi vigente un principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

Si sostiene che la norma sancita dal riportato comma 1 bis abbia una natura non innovativa ma interpretativa e dunque produca effetti naturalmente retroattivi.

4.2. Se debbano ritenersi illegittime, per la violazione dei principi di tassatività, del dovere del soccorso istruttorio e di proporzionalità, le clausole che impongono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa.

Si propone una lettura del comma 1-bis dell'art. 46 cit., non atomistica ma congiunta alla norma sancita dal primo comma del medesimo articolo, secondo cui <<Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati>>; le due norme sarebbero il diretto precipitato di un istituto di carattere generale - di cui costituirebbe espressione, in relazione alla disciplina generale del procedimento amministrativo, l'art. 6, co.1, lett. b), l. n. 241 del 1990 secondo cui <<Il responsabile del procedimento.....accerta d'ufficio i fatti.....adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...>> - che nel settore delle gare pubbliche soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione orientando l'Amministrazione alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità dei concorrenti, correggendo l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica "della caccia all'errore"; tale esegesi, inoltre, si muoverebbe secondo l'autentico Zeitgeist improntato a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e le imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto siffatta inosservanza impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione.

4.3. Se, ed in che misura, ove si dovesse al contrario concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.

Si suggerisce di superare il tradizionale orientamento di questo Consiglio - autentico diritto vivente improntato ad una esegesi ed applicazione rigorosa del potere di soccorso - in favore del più recente minoritario indirizzo sviluppatosi nei T.a.r., che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, donde la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti i casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa; si ammette, pertanto, che la mera previsione (di adempimento cartolare), inserita nella lex specialis a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che

inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta; la richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale, non impedirebbe il raggiungimento del risultato avuto di mira.

4.4. Se sussiste o meno la legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale), ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo (ed eventualmente gli altri concorrenti non vincitori ma utilmente graduati), doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

La Sezione VI sollecita un revirement dell'Adunanza plenaria rispetto alle acquisizioni dommatiche elaborate dalla sentenza n. 4 del 2011.

A tal fine:

a) ha riproposto gli argomenti spesi dalla precedente sentenza dell'Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, basati sul presupposto che non esisterebbe un preciso ordine logico da seguire nell'esame delle questioni, così che il giudice amministrativo potrebbe definire, sulla base del principio di economia processuale o di altri principi, come il principio di parità delle parti, quali questioni esaminare per prime; in casi particolari, come quello del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale proposto dalle uniche due imprese partecipanti a una gara d'appalto, ciò consentirebbe, proprio sulla base dell'asserita applicazione del principio di parità delle parti, di esaminare entrambi i ricorsi, in modo da non condizionare l'esito della lite alla scelta della questione da decidere per prima e da tutelare l'interesse strumentale di ciascuna impresa al rinnovamento dell'intera procedura di gara;

b) ha richiamato il recente arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza del 21 giugno 2012 n. 10294) che in un obiter dictum - pur rilevando che l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale non attiene ad una questione di giurisdizione ai fini dell'art. 111. u.c., Cost. - ha affermato che il principio di diritto enunciato dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 4 del 2011 suscita <<indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato>>;

c) ha evidenziato la necessità di tenere conto dell'esito del giudizio pendente presso la Corte di giustizia dell'Unione europea chiamata dal T.a.r. del Piemonte a stabilire, in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (FUE), se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale sia in contrasto con le norme europee e, in particolare, con i principi di parità delle parti e non discriminazione di cui alla direttiva n. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989.

A tal proposito, giova rilevare fin da ora che, successivamente al deposito dell'ordinanza di rimessione dell'affare a questa Adunanza plenaria (in data 17 maggio 2013), la Corte di giustizia si è pronunciata sul quesito interpretativo (cfr. sentenza Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb).

5. L'IRRETROATTIVITA' DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI.

5.1. Anticipando le conclusioni che saranno motivate in prosieguo (infra §§ 6 e 7), si evidenzia che il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici è stato introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 - e che precedentemente vigeva (e tutt'ora vige per le procedure competitive diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici), una regola opposta improntata all'atipicità delle cause di esclusione.

5.2. Sulla specifica questione concernente la retroattività del principio e della disposizione che lo ha introdotto nell'ordinamento giuridico, l'Adunanza plenaria osserva che non può essere condivisa la

soluzione prospettata dalla Sezione rimettente, in quanto la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

5.3. Una siffatta conclusione si impone perché non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa (cfr., da ultimo e fra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9).

In particolare:

- a) manca il presupposto dell'incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica; addirittura, nel particolare caso di specie, non solo non si rinviene la presenza di alcuna situazione di incertezza presupposta, ma si registra, al contrario, la presenza di un principio generale consolidato in senso diametralmente opposto;
- b) neppure si riscontra l'effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l'incidere su rapporti pendenti; sul punto è dirimente l'art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011, secondo cui <<3. Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e ll), numero 1-bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte>>; dunque, la stessa fonte che ha introdotto il principio di tassatività, ha avuto cura di dettare una disposizione transitoria improntata al principio generalissimo tempus regit actum che esclude in radice ogni possibilità di applicazione del principio alle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore (14 maggio 2011);
- c) difetta, inoltre, anche il (pur non vincolante per l'interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica.

5.4. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all'adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: <<l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - 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>>.

6. IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE SELETTIVE.

6.1. Prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. lex specialis della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (cfr., da ultimo, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5, che ha generalizzato l'obbligo della gara per l'assegnazione a privati di beni o risorse pubbliche, con la conseguente applicazione di una serie di ricevuti principi, anche di derivazione comunitaria, fra cui quelli della trasparenza, della par condicio, della non discriminazione).

A tanto si è giunti per consentire la miglior tutela degli speciali interessi pubblici affidati alla cura dell'Amministrazione di settore, garantendo la duttilità dell'esercizio della funzione pubblica in relazione al caso concreto, in vista del perseguimento dei migliori livelli di legalità, trasparenza ed al contempo di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (valori compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.).

Coerentemente, il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle scelte compiute in sede di predisposizione del bando è stato conformato - in ossequio al principio costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione nonché dell'assenza, in parte qua, di norme attributive di giurisdizione di merito (arg. ex art. 134 c.p.a.) - ai parametri del controllo estrinseco, nei limiti della rilevanza ictu oculi del vizio, evitando di sostituire il giudizio del giudice a quello

dell'Amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell'ambito dell'opinabilità (tecnica) e della opportunità (amministrativa); in questa prospettiva le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, nell'ambito di consolidati principi che questa Adunanza condivide, Corte giust. UE, Sez. II, 24 gennaio 2013, G-73/11; Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013; 8 marzo 2012, n. 3662; 9 novembre 2011, n. 23302; Cons. St., Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174; Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

6.1.1. Tali principi sono stati similmente declinati anche nell'ambito specifico delle gare per l'affidamento di contratti di appalto, dove è stata maggiore l'influenza delle norme e dei principi europei nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07; grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07):

a) è stata ribadita la facoltà, per la stazione appaltante, di individuare requisiti sostanziali (di carattere generale o speciale), o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei, fermo il rispetto delle norme di legge (si pensi, a mo di esempio, alla norma sancita dall'art. 13, co. 15, l. n. 180 del 2011, a tenore della quale è fatto divieto all'Amministrazione di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti), e dei principi che governano la materia (non discriminazione, proporzionalità, effettività);

b) è stato evidenziato che il punto di equilibrio tra discrezionalità della stazione appaltante e rispetto dei principi è di estrema delicatezza e richiede accertamenti caso per caso.

6.1.2. A cagione della straordinaria importanza che ha assunto il mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'economia di ciascuno Stato membro e dell'Unione europea nel suo complesso, sono state elaborate, nel tempo, una serie sempre più articolata e complessa di regole costitutive di un corpus normativo autonomo.

In quest'ambito, per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato, per porre un freno al dilagante fenomeno dei c.d. "bandi fotografia", e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti, il legislatore italiano è intervenuto nel 2011 operando su tre fonti:

a) è stato introdotto, unicamente in questo settore, il principio di tassatività delle cause di esclusione;

b) sono stati previsti i c.d. "bandi tipo" da cui le amministrazioni possono discostarsi solo con adeguata motivazione;

c) è stato ampliato l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive.

La novità più significativa è stata senza dubbio quella relativa alla tassatività delle clausole di esclusione il cui esame approfondito consentirà di rispondere al correlato quesito sottoposto all'Adunanza plenaria.

6.1.3. Si riporta per comodità di lettura l'art. 46 del codice dei contratti pubblici –Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle clausole di esclusione - quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011: <<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>>.

6.1.4. La disposizione sancita dal comma 1-bis è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali.

Sotto il profilo strettamente lessicale è appena il caso di evidenziare che la formula prescelta dalla legge di gara può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili.

Sotto il profilo funzionale, le cause di esclusione vengono individuate sulla scorta di due diversi criteri:

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: I) <<... l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione >> (cfr., ex plurimis e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28); II) le norme di semplificazione amministrativa sono ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto «anche l'attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di "prestazione" (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un "livello essenziale" a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati» (cfr., ex plurimis e da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 20 luglio 2012, n. 207; 16 luglio 2012, n. 188; 27 giugno 2012, n. 164);

b) dall'altro lato, il comma 1-bis (in parte qua recettore di prassi ed elaborazioni giurisprudenziali consolidate), enuncia direttamente una serie di cause di esclusione: I) incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta; II) non integrità dei plichi; III) altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

6.1.5. Si tratta, a ben vedere, di ipotesi ampie, da riempirsi di contenuti da parte della stazione appaltante (nei limiti di seguito precisati) e dell'Autorità di vigilanza in sede di predisposizione dei bandi tipo, il cui filo conduttore non è però rappresentato solamente dalla distinzione fra violazioni formali e sostanziali (come si dirà meglio in prosieguo); del resto lo stesso codice in alcuni casi afferma espressamente che talune violazioni non sono causa di esclusione (art. 73, co. 4, e 74, co. 3, in tema di mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante; art. 153, co. 21, in tema di esclusione di alcuni soggetti proponenti nella finanza di progetto).

La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*.

Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21).

La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione – ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati ex ante, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante.

6.2. Individuati lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, si evidenzia che la legge lo ha poi rafforzato attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici.

La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio *vitiatur se non vitiatur* in materia di gare pubbliche, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

E' appena il caso di precisare, per ragioni di completezza, che la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d'ufficio (art. 31, co. 4, c.p.a.).

6.2.1. In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi:

- a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione dell'impresa;
- b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);
- c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque inapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;
- d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano in toto, cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non inapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

6.3. Una volta assodati la natura giuridica e l'ambito applicativo (profondamente innovativi), della norma che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, e circoscritti i suoi effetti

alle gare in materia di appalti e affidamenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, emerge nitidamente che non è predicabile l'applicazione del principio di tassatività:

- a) alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici prima dell'entrata in vigore (al 14 maggio 2011), della norma che lo ha introdotto nel micro ordinamento di settore (retro § 5);
- b) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per auto vincolo dell'Amministrazione procedente), dal codice dei contratti pubblici.

6.4. In conclusione, avuto riguardo alla seconda questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

- a) <<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;
- b) <<sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>.

7. IL PRINCIPIO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

7.1. Come si è visto in precedenza, il c.d. "soccorso istruttorio" è previsto dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici (non inciso dalla novella recata dal più volte richiamato d.l. n. 70 del 2011), secondo cui <<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. >>.

Tale norma – mutuando una regola già contenuta negli artt. 16, d.lgs. n. 157 del 1995 e 15, d.lgs. n. 358 del 1992, rubricati <<documenti e informazioni complementari>> - sia prima che dopo la novella del 2011, è stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato dalla quale l'Adunanza plenaria non vede ragioni per discostarsi (cfr., fra le tante e più recenti, Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che, come si è visto in precedenza (retro §§ 6.1.3. – 6.1.5.), ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

7.2. Si riportano in sintesi i condivisi principi (ed i relativi argomenti a sostegno), di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici:

- a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma <<...invitano, se necessario...>>) e la sua ratio essendi, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;
- b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;
- c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;
- d) l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi

soporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'incipit del comma 1 in esame (<<1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45...>>), il "soccorso istruttorio" consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il "soccorso istruttorio", infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della par condicio, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (c.d. ruling contrattuale).

7.3. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l'esatta individuazione dell'essenza del "potere di soccorso", sanciti dal novellato art. 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall'ordinanza di rimessione, dall'altro, l'inaccogliibilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

a) l'innovativa novella al codice dei contratti pubblici, ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l'Amministrazione ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione;

b) in quest'ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

7.4. Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, in base alla quale <<...il responsabile del procedimentopuò chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali>>.

E' evidente che il "potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

7.4.1. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al "potere di soccorso" disciplinato dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", mentre l'art. 46 cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al "potere di soccorso", sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il "potere di soccorso" nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore; b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l'eadem ratio con gare propriamente contrattuali, retro § 7.2.), il "potere di soccorso" è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, ab externo e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

7.4.2. Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del "soccorso istruttorio" al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. (cfr., ex plurimis e da ultimo, Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291);

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono ex se illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell'inadempimento dell'onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugunate, devono essere annullate.

7.4.3. Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall'Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

- a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice (come si è già detto retro al § 6.2.);
- b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;
- c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21 septies, l. n. 241 del 1990, in quanto non si riscontrano, *ictu oculi*, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

7.4.4. Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

7.4.5. Da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici (retro § 7.1.).

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

7.5. In conclusione, avuto riguardo alla terza questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

- a) <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione 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>>;
- b) <<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 dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, 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>>.

8. IL RAPPORTO FRA RICORSO INCIDENTALE E RICORSO PRINCIPALE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIE DI GARE PUBBLICHE.

Prima di affrontare nel merito la questione sottoposta all'Adunanza plenaria, è opportuno precisare che il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatosi nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

Tale impostazione si spiega con l'esigenza, da sempre avvertita e praticata dalla prassi forense, che i principi di carattere processuale elaborati dalla Corte di giustizia nella materia delle controversie sulle gare di appalto (pur nei limiti che saranno oggetto di maggior approfondimento nel prosieguo), sebbene a rigore formalmente riferibili alle sole fattispecie in cui trova applicazione necessaria il diritto europeo (c.d. contratti sopra soglia), siano in realtà applicati a tutte le controversie, per

manifeste ragioni di equità, semplicità e uguaglianza; ne discende la rilevanza della questione sollevata dalla VI Sezione anche se la procedura oggetto del giudizio riguarda la concessione di un bene demaniale (e dunque un rapporto contrattuale attivo per l'Amministrazione che percepisce un canone annuo).

8.1. E' necessario a questo punto riportare sinteticamente i principi elaborati dalla sentenza n. 4 del 2011 e i sottostanti snodi argomentativi:

a) il principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice presiedono alla norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., che impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10); l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti e non subisce eccezioni neppure se venga impugnata, da parte del ricorrente principale, la legge di gara;

b) l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legittimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo);

c) in termini generali trova ingresso nel sistema della giustizia amministrativa anche la tutela del c.d. interesse ad agire strumentale, ma solo se ed in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, dovendosi rifiutare, a questi fini, il riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede per la sua compiuta realizzazione il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione; pertanto <<la facoltà di agire in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda>>;

d) in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti;

e) la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per

annullamento dell'atto di ammissione e, soprattutto, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara;

f) l'ordine di esame delle questioni risente di tali presupposti, pertanto, non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto; ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale;

g) tali conclusioni sono pienamente compatibili con la disciplina del ricorso incidentale recata dal codice del processo amministrativo (art. 42): il dato più significativo riguarda la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento per la proposizione di «domande», il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale; si chiarisce, in questo modo, che il ricorso incidentale può assumere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della «difesa attiva» della parte intimata, rivestendo la fisionomia dell'atto con il quale la parte intimata: I) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; II) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; III) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale;

h) in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.; questa facoltà non deve essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia; in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

8.1.1. Per il forte impatto sistemico sulla gestione dei contenziosi in materia di gare, merita un approfondimento il punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospettati carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali).

In proposito si osserva come dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011 (in particolare § 51), emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione lato sensu di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione (a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta).

La situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione ab origine alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico) deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l'amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all'accertamento dei requisiti soggettivi dell'imprenditore ovvero oggettivi dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa (o della sua offerta) nella gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta questa Adunanza, attiene a <<...scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente>> (cfr. Ad. plen. 29 novembre 2012, n. 36).

Alle medesime conclusioni si perviene (per le ragioni sviluppate dalla sentenza di questa Adunanza n. 7 del 30 gennaio 2014, § 5.8.), in tutti i casi in cui il ricorso incidentale prospetti vizi lato sensu procedurali, tali cioè da imporre, se riconosciuti fondati, la caducazione totale (ad es. per incompetenza dell'organo che ha indetto la gara o redatto il bando), o parziale (ad es. per l'erronea composizione della commissione), degli atti di gara.

8.2. Si passa a questo punto ad illustrare, sinteticamente, il quadro dei principi forgiati dalla Corte di giustizia dell'UE relativamente ai processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti.

8.2.1. Ma prima è indispensabile ricordare i limiti al cui interno tali principi sono originati (ed operano), in considerazione del fatto che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo.

E' noto, infatti, che l'UE, si fonda, fra l'altro, sul principio delle tassative competenze di attribuzione (artt. 3, comma 6, e 4, co. 1, TUE); fra queste, vi rientrano la facilitazione dell'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extra giudiziarie (art. 67, co. 4, FUE), e la cooperazione giudiziaria nelle materie civili transfrontaliere (art. 81 FUE, già art. 65 TCE).

L'UE, pertanto, mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale; tuttavia, oltre ad avere realizzato, sulle richiamate basi giuridiche, una serie di regolamenti su specifici aspetti (si pensi al noto regolamento CE n. 44/2001 che ha assorbito la Convenzione di Bruxelles, a sua volta sostituito a far data dal 2015 dal regolamento n. 1215/12), detta solitamente, nei settori di sua competenza, alcuni canoni fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, da cui possono desumersi taluni principi processuali generali (la stessa tecnica di tutela è stata realizzata in relazione alla materia dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. art. 47 della Carta di Nizza che, nella sostanza, riproduce il contenuto dell'art. 6 CEDU).

In tali settori vale, dunque, il c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", cui la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (cfr., ex plurimis, Corte giustizia UE, 22 dicembre 2010, C-507/08 Governo Slovacchia; 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; sul versante italiano si vedano le conclusioni cui sono giunti Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 51531; Sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244/ord.).

Anticipando quanto si dirà meglio in prosieguo e fatto salvo il rispetto della particolare regola iuris introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb (infra § 8.2.4.), giova evidenziare sin da ora che, nei casi come quello rimesso all'attenzione di questa Adunanza, non si possono certamente ritenere superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela posto che si deve al fatto proprio del ricorrente principale l'impossibilità dell'esame della sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

8.2.2. In materia di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, nonché di settori speciali, le direttive CEE 21 dicembre 1989, n. 665/89 e 25 febbraio 1992, n. 13/92 (modificate dalla direttiva n. 2007/66/CE), si sono proposte il fine di assicurare garanzie giurisdizionali efficaci e rapide (onde evitare di scoraggiare le imprese europee dal concorrere in paesi stranieri), attraverso l'introduzione dei seguenti vincolanti principi:

- a) rapidità ed efficacia dei ricorsi;
- b) assenza di discriminazioni basate sulla nazionalità;
- c) accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario;
- d) essenzialità della tutela cautelare ante causam;
- e) effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto, per un determinato lasso temporale, in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione (c.d. stand still);
- f) essenzialità della tutela risarcitoria.

8.2.3. Le menzionate direttive sono state oggetto di una cospicua esegesi da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo che ha elaborato i seguenti principi che, in sintesi e nella parte di

interesse, si riportano (cfr., ex plurimis, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb; Sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09 Stadt Graz; 28 gennaio 2010, n. 406/08 Uniplex; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, Grossman; 19 giugno 2003, C-249/01 Hackermüller; 27 febbraio 2003, C-327/00 Santex):

- a) lo scopo delle norme comunitarie in materia, è quello di realizzare il valore della massima rapidità nella definizione del contesto procedimentale prima e processuale poi;
- b) conseguentemente, l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze (in senso analogo cfr. Ad. plen., n. 4 del 2011 cit.; 27 gennaio 2003, n. 1);
- c) è ammessa l'impugnativa diretta della legge di gara ma solo per le clausole discriminatorie escludenti (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 1 del 2003 cit.);
- d) sono ammessi termini processuali di impugnativa degli atti di gara particolarmente stringenti, salvo il limite della eradicazione del diritto di difesa (in senso analogo cfr. Corte cost. 10 novembre 1999, n. 427, relativamente all'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 norma fondamentale, dal punto di vista cronologico, in materia di dimezzamento dei termini del processo in materia di appalti);
- e) l'impresa che è stata esclusa (dalla stazione appaltante), ovvero che deve essere esclusa dalla gara (a tanto pervenendosi in forza del rilievo officioso del giudice ovvero per il tramite della proposizione di un ricorso incidentale), è priva di interesse ad agire contro l'aggiudicatario (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 4 del 2011 cit.).

8.2.4. La sentenza Fastweb, dopo aver richiamato e condiviso tutti i principi sopra riportati, ha così statuito: <<31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.>>.

In buona sostanza la sentenza Fastweb, una volta investita da parte del giudice a quo (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni – retro § 8.1. -), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta regola iuris costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

8.3. Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare regola iuris introdotta dalla sentenza Fastweb, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

8.3.1. Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" (la cui applicazione concreta, per altro, appare lontana da una chiara e stabile preventiva definizione del principio stesso e sembra spesso lambire l'ambito delle ragioni di opportunità sottese al caso contingente).

L'Adunanza plenaria non intende discostarsi dalla nozione (e dai presupposti giustificativi), del principio di "parità delle armi" che si è andata affermando nella giurisprudenza costituzionale ed europea relativamente all'applicazione dei principi del giusto processo enucleabili dall'art. 6 della Cedu, secondo cui <<l'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale

svantaggio rispetto alla controparte>> (cfr. da ultimo Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; per un'analoga impostazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 3655). Del resto a risultati analoghi è pervenuta la giurisprudenza costituzionale quando ha affrontato il tema del principio della parità delle parti – sancito dall'art. 111, co. 2, Cost. e richiamato dall'art. 2 c.p.a. – nel processo amministrativo: si è ammessa la presenza di “legittime dissimmetrie” fra le parti del processo purché sorrette da una ragionevole giustificazione (cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 109).

8.3.2. Ebbene, il principio di “parità delle armi”, come declinato dal giudice delle leggi e dalla Corte di Strasburgo:

- a) non avendo una portata precettiva puntuale - in quanto si limita ad esprimere una previsione fondata su una ragionevole possibilità di esternazione del proprio caso da parte di chi adisce il giudice - non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico;
- b) non contrasta con una regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni; siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di “parità delle armi” perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale;
- c) la regola del processo italiano esige che la parte che introduce il giudizio, inter alios, superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione;
- d) nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento;
- e) ed è proprio la riconducibilità della negligenza - che ha provocato (o avrebbe dovuto provocare), l'esclusione dalla gara - al ricorrente principale che costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale la quale impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.

8.3.3. I principi di “effettività” e “parità delle armi”, pertanto, sebbene siano ricognitivi di preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose.

8.3.4. Come in precedenza illustrato (retro § 8.1.), l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (sotto tale angolazione si esclude correttamente che sia possibile esperire una c.t.u. al fine di affermare o negare la sussistenza della legittimazione al ricorso o di altra condizione dell'azione, cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404).

In aggiunta alle argomentazioni della sentenza n. 4 del 2011, sempre avuto riguardo alla prima delle condizioni dell'azione (ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione o legittimazione al ricorso), si osserva che la medesima non è configurabile allorquando ricorrano le seguenti condizioni:

- a) soprattutto in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto e affidamenti di servizi, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata alla circostanza che l'instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi è legittimato al ricorso, ma anche che non appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o contra ius (cfr. da ultimo, sul principio generale e sulla sua applicazione in materia di gare di appalto, Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6256; Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247; Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; Sez. V, 12 febbraio 2010, n. 746; Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5244);
- b) nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della causa petendi di un ricorso principale che si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale contra ius, (vedersi aggiudicata una gara cui non si aveva titolo a partecipare), se messo in relazione alle norme

ed ai principi comunitari e nazionali che tutelano i valori della legalità, del libero mercato e della concorrenza;

c) tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (cfr. da ultimo, per il processo civile, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553; per il processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; sul divieto di condotte processuali opportunistiche violative del dovere di mitigazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., cfr. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3);

d) il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda (retro § 8.3.3.), si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l'attore dall'essere assistito dalle su menzionate condizioni dell'azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell'azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità; sul punto è sufficiente porre mente alla circostanza che, accedendosi alla prospettazione dell'ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell'assodata invalidità dell'offerta aggiudicataria, la possibilità che il ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell'art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l'autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d'appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo.

8.3.5. La sentenza Fastweb, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

E' indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe prima facie contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In apparenza, potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la ratio della decisione Fastweb si fonda sul principio di "parità delle armi": questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

8.3.6. Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Sul punto l'Adunanza ritiene che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della regola iuris forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

8.3.6.1. Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il <<motivo identico>> possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rilevarebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

Come in precedenza illustrato, l'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a <<motifs de nature identique>>; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento <<and on identical grounds>>; nel testo spagnolo si specifica <<por motivos de naturaleza idéntica>>.

Le parole <<motivo, motifs, grounds, motivos>> fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla <<natura del motivo>> ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con

l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

8.3.6.2. Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti – solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

8.3.7. Per completezza si evidenzia che nei casi come quello sottoposto alla Adunanza plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.

L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indichi una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

8.4. In conclusione, avuto riguardo alla quarta questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

- a) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;
- b) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di

economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

c) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

d) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

9. L'Adunanza plenaria restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull'appello principale della ditta Palumbo ed eventualmente su quello incidentale della ditta Navale nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

a) <<l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - 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>>;

b) <<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;

c) <<sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>;

d) <<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione 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>>;

e) <<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 dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, 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 >>;

f) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione>>;

g) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di

economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;

h) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censura valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;

i) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

ALLEGATO 3 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 16 OTTOBRE 2013, N. 23

N. 00023/2013REG.PROV.COLL.

N. 00015/2013 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15 di A.P. del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da Costruzioni Dondi s.p.a. in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo r.t.i con Costrame di Di Maso s.r.l., Idroambiente s.r.l.; Fradel Costruzioni società cooperativa, che agiscono anche in qualità di mandanti; rappresentate e difese dagli avv. Gianluigi Pellegrino, Antonio Parisi e Marcello Russo, con domicilio eletto presso gli stessi in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

contro

- Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lacatena, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, n. 29;

nei confronti di

- SIBA s.p.a., Idroeco s.r.l., Meritec s.r.l. (costituendo r.t.i. SIBA), rappresentate e difese dagli avv. Giovanni Cioffi, Emilia Maggio, Fabio Rossi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Cardinal De Luca, n.10;

- SO.T.ECO s.p.a., IMPEC Costruzioni s.p.a., G.E.A. s.p.a., FIN.SE.CO. s.p.a., GEMIS s.r.l., (r.t.i. SO.T.ECO), rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 2;

- DM Costruzioni s.a.s., DPR Costruzioni s.r.l., non costituitesi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02888/2012, unitamente al dispositivo 02680/2012, resi tra le parti, concernenti l'affidamento del servizio annuale di gestione e manutenzione ordinaria di acquedotti regionali;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, di SIBA s.p.a., Idroeco s.r.l., Meritec s.r.l. (r.t.i. SIBA), SO.T.ECO s.p.a., IMPEC Costruzioni s.p.a., G.E.A. s.p.a., FIN.SE.CO. s.p.a., GEMIS s.r.l., (r.t.i. SO.T.ECO);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Parisi, Pellegrino, Russo, Lacatena, Maggio e Abenavoli;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

. 1. Le odierne appellanti, in costituenda a.t.i. con capogruppo la s.p.a. DONDI, impugnavano avanti al T.A.R. per la Campania gli esiti della gara indetta dalla Regione Campania per l'affidamento in due distinti lotti per la gestione annuale degli acquedotti Torano/Biferno e Sarno.

Il primo lotto era aggiudicato all'a.t.i. con capogruppo la soc. SIBA. L'a.t.i. DONDI risultava terza classificata alle spalle dell'a.t.i. con capogruppo la soc. SOTECO.

Il secondo lotto vedeva aggiudicataria l'a.t.i. SOTECO con l'a.t.i. DONDI al secondo posto.

In esito a separate impugnative il T.A.R. Campania, con sentenze nn. 2588 e 2589 del 2012, annullava la procedura relativa al secondo lotto, con la conseguenza che l'interesse all'impugnativa dell'a.t.i. DONDI veniva a restringersi al solo primo lotto.

Con la sentenza n. 2888 del 2012, oggetto del presente ricorso unitamente al relativo dispositivo n. 2680 del 2012, il T.A.R. adito:

- dichiarava l'improcedibilità dell'impugnativa indirizzata avverso l'affidamento all'a.t.i. SOTECO del secondo lotto;
- esaminava in via prioritaria i ricorsi incidentali escludenti proposti dalla prima e dalla seconda graduata, rispettivamente a.t.i. SIBA ed a.t.i. SOTECO;
- riconosceva fondata la censura formulata dall'a.t.i. SIBA, rivolta ad ottenere l'estromissione della gara dell'a.t.i. DONDI per la mancata dichiarazione, ex art. 38 del codice dei contratti, del possesso dei requisiti di moralità nei confronti del sig. Salvatore Caramiello, nella sua qualità di procuratore speciale della mandante s.r.l. Idroambiente;
- recepiva, al riguardo, l'indirizzo in base al quale la cerchia dei soggetti nei cui confronti vanno accertate le cause preclusive della partecipazione alla gara non va identificata "solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione nel novero dei soggetti muniti dei poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia, laddove a dispetto del nomen, l'estensione dei loro poteri li conduca a qualificarli come amministratori di fatto";
- riconosceva in fatto la presenza di ampi poteri gestori in capo al procuratore Caramiello (indipendentemente dal possesso delle qualifiche formali di amministratore munito di potere di rappresentanza o di direttore tecnico cui fa testuale richiamo l'art. 38 del codice degli appalti);
- dava rilevanza al dato sostanziale della posizione della persona fisica nell'assetto dell'impresa, ove si presenti in grado di "trasmettere con il proprio comportamento la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta all'(ente) rappresentato";
- dichiarava l'irrilevanza del principio giurisprudenziale sul c.d. falso innocuo, sul rilievo che una dichiarazione ex se lacunosa o carente incorre solo per questo in falsità, valorizzando, inoltre la comminatoria di esclusione prevista dall'art. 13.3 del disciplinare in presenza di una dichiarazione oggettivamente non resa, nella specie con riguardo al procuratore speciale Caramiello.

Avverso il dispositivo e la motivazione della sentenza n. 2888 del 2012 ha proposto appello la soc. DONDI, unitamente alle altre società del costituendo r.t.i. indicate in epigrafe, ed ha contrastato la statuizioni del T.A.R. di accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. SIBA. Ha inoltre rinnovato i motivi del ricorso principale non esaminati dal primo giudice ed ha contraddetto agli ulteriori motivi del ricorso incidentale articolati dall'a.t.i. SIBA.

Si costituiva in giudizio la Regione Campania e svolgeva considerazioni a sostegno delle statuizioni del T.A.R. sottolineando, sul piano sostanziale, lo spessore dei poteri di rappresentanza conferiti al sig. Caramiello.

Si costituivano, altresì, la soc. SIBA - in proprio ed in qualità di capogruppo della costituenda a.t.i. con Idroeco s.r.l., Meritec s.r.l., resistenti anche in proprio - e la SO.T.ECO s.p.a., capogruppo di costituendo r.t.i. con le mandanti IMPEC Costruzioni s.p.a., G.E.A. s.p.a., FIN.SE.CO. s.p.a., GEMIS s.r.l., che, con i rispettivi scritti difensivi, hanno contraddetto i motivi di impugnativa e chiesto la conferma della sentenza gravata.

La Sezione V tratteneva in decisione la causa all'udienza dell'8 marzo 2013 e, non pronunciando nel merito, con ordinanza n. 1943 del 2013 deferiva all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione che investe gli obblighi di dichiarazione dell'impresa partecipante alla gara in ordine ai requisiti di moralità (art. 38, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006) di soggetti che non rivestono la qualifica formale di amministratore o di direttore tecnico, ma che in virtù di procura conferita sono in grado di impegnare la compagine sociale nei confronti dei terzi.

Questi i tratti essenziali dell'ordinanza di rimessione:

- l'art.32, comma 2, del codice dei contratti, con opzione intermedia, attesta nella fase iniziale della procedura di selezione del contraente l'obbligo di dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti da parte dei concorrenti e ne rimette la valutazione conclusiva da parte della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario (art. 11, comma 2, cod. contr.); l'onere dichiarativo ha quindi un' (autonoma) rilevanza specifica e non viene meno per il fatto che il requisito sussista";

- sul punto controverso si sono formati due indirizzi giurisprudenziali: il primo che, muovendo dalla nozione di "amministratori muniti di potere di rappresentanza", ammette che si possa procedere all'esame dei poteri, delle funzioni e del ruolo effettivamente attribuiti al soggetto considerato, indipendentemente dalle qualifiche formali rivestite, così da selezionare i "soggetti che hanno avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario"; il secondo ancorato al dato formale, limita l'onere di dichiarazione ai soli amministratori muniti del potere di rappresentanza ed ai direttori tecnici;
- il dato testuale dell'art. 38, che implica la "compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza", indurrebbe a precludere ogni necessità di indagine nei confronti dei procuratori che amministratori non sono;
- la disciplina ex art. 38 si qualifica come eccezionale al libero spiegarsi dell'iniziativa di impresa e, quindi, non suscettibile di interpretazione estensiva e tantomeno analogica ai casi non da essa contemplati;
- alla luce del diritto societario gli amministratori muniti del potere di rappresentanza sono quelli nominati dall'assemblea (art. 2380 bis) con specifici poteri infrasocietari, poteri ben distinti dai "procuratori ad negotia, titolari di limitati poteri gestori in forza di procura degli amministratori e in posizione subordinata, nell'ambito delle direttive degli amministratori";
- accanto alle predette figure formali sono state enucleate in giurisprudenza (cfr. Sez. VI^a n. 178 del 2012) figure di procuratori ad negotia i cui poteri per la rilevanza sostanziale e lo spessore economico sono tali da impegnare sul piano decisionale e gestorio la società, così che eventuali mende della loro condotta vengano a riflettersi sull'affidabilità morale della società, al pari degli amministratori formalmente muniti del potere di rappresentanza;
- l'art. 2639, comma 1, cod. civ., agli effetti della responsabilità civile e penale indica gli elementi rivelatori dell'amministratore di fatto, equiparando ai soggetti formalmente investiti dei poteri gestori "chi è tenuto a svolgere la medesima funzione" e che "esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica ed alla funzione" ed ai predetti effetti la giurisprudenza civile dà rilievo alla posizione di non subordinazione del procuratore ad negotia;
- nella fase di qualificazione delle imprese alle gare siffatto accertamento comporterebbe un più incisivo impegno istruttorio della stazione appaltante, con esiti diversi, suscettibili di dar luogo a difformi criteri interpretativi e determinando "grave incertezza giuridica nelle imprese e nella giurisprudenza".

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 17 giugno 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria investe gli obblighi di dichiarazione dell'impresa partecipante del possesso dei requisiti di moralità (art. 38, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006) prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici.

La menzionata disposizione, nel selezionare plurime cause impeditive dell'ammissione alla gara e della stipulazione del relativo contratto, prescrive, in particolare, che l'accertamento è svolto nei confronti "degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico" se si tratta di società o di consorzi organizzati nelle forme diverse dall'impresa individuale, in accomandita, o in nome collettivo.

L'art. 45 della direttiva 2004/18/CE - di cui l'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 costituisce trasposizione nell'ordinamento nazionale - stabilisce l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici del candidato o dell'offerente che abbia riportato condanne per ipotesi di reato nominativamente individuate. A tal fine le amministrazioni aggiudicatrici richiedono riscontri documentali o atti dichiarativi di parte elencati al paragrafo 3. Inoltre "in funzione del diritto nazionale dello stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato offerente".

3. La giurisprudenza di questo Consiglio vede il contrapporsi di due indirizzi.

3.1. Il primo predica che si debba rimanere ancorati, con rigore ermeneutico, al dato formale della norma, che richiede la compresenza della qualità di amministratore e del potere di rappresentanza,

in tal modo "prevenendo malcerte indagini sostanzialistiche" (Sez. V, n. 513 del 25 gennaio 2011) che non sembrano permesse dal dato normativo ed i cui esiti sarebbero imprevedibili ex ante da parte delle imprese (Sez. III, n. 1471 del 16 marzo 2013; Sez. V, n. 95 del 10 gennaio 2013; n. 3340 del 6 giugno 2012; n. 2970 del 22 maggio 2012; n. 6163 del 21 novembre 2011).

Tale conclusione è sorretta dalla valenza limitativa della norma della partecipazione alle gare e, quindi, non suscettibile di interpretazione estensiva. Non sono, quindi, dovute dichiarazioni nei confronti del procuratore e dell'istitutore. Vale al riguardo anche il principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato al comma 1 bis dell'art. 46 del codice dei contratti.

A sostegno di detto indirizzo sono, in particolare, sviluppati i seguenti argomenti, che muovono dalla ricognizione della figura degli "amministratori muniti di potere di rappresentanza" - che si rinviene nella lettera dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici - "in funzione del diritto nazionale", come predicato dalla direttiva U.E, e ciò muovendo dal dato positivo della disciplina codicistica.

E' stato, in particolare, posto in rilievo che:

- ai sensi dell'art. 2380-bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409-octiesdecies c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società;
- l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono;
- si versa a fronte di norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale e non può formare oggetto di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori;
- ogni applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali sugli indirizzi e sulle scelte imprenditoriali, e quella del procuratore il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono svolti nei limiti delle direttive fornite dagli amministratori);
- l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori; oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti.

3.2. Un secondo indirizzo, che si può definire sostanzialista, supera il dato formale dell'art. 38 ed estende l'obbligo della dichiarazione della sussistenza dei requisiti morali e professionali a quei procuratori che, per avere consistenti poteri di rappresentanza dell'impresa, "siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della propria condotta al soggetto rappresentato" (Cons. St., Sez. VI, n. 178 del 18 gennaio 2012; n. 6374 del 12 dicembre 2012; n. 5150 del 28 settembre 2012; Sez. IV, n. 6664 del 21 dicembre 2012).

Tale seconda opzione assegna un'area di discrezionalità valutativa della stazione appaltante in ordine alla selezione delle posizioni per le quali vada assolto l'obbligo di dichiarazione ex art. 38, in base allo spessore dell'ingerenza del procuratore nella gestione societaria, e dà luogo alla possibile emersione ex post di condizioni impeditive della partecipazione alle gare. L'indirizzo in questione trae preminente giustificazione nella ratio dell'art. 38 che, attraverso l'indagine sulle persone fisiche che operano nell'interesse dell'impresa, tende a prevenire ogni ricaduta di condotte che siano incorse in giudizi riprovevoli sull'affidabilità e moralità dell'ente che aspira all'affidamento della pubblica commessa. Verrebbe meno ogni possibile schermo o copertura di amministratori strictu jure dotati dei requisiti di onorabilità rispetto procuratori che non ne siano sprovvisti.

4. Si è in precedenza accennato che l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. stabilisce un nesso funzionale con il "diritto nazionale dello stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti" ai fini della verifica dei requisiti di ammissione e precisa che "le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato offerente".

L'approccio interpretativo muove con riguardo a fattispecie - qual è quella di cui è controversia - in cui gli obblighi di dichiarazione dei partecipanti alla gara si individuano con stretto rinvio ai contenuti prescrittivi di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163. Si deve, inoltre, tener conto, su un piano sistematico, che la verifica dei requisiti di ammissione si inserisce nella delicata fase del sub procedimento di qualificazione ed ammissione delle imprese alla gara.

Valgono al riguardo i principi enunciati dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 di trasparenza, e cioè con riguardo al caso di specie, di chiarezza ex ante degli oneri adempitivi del privato, nonché di efficacia, che postula scelte provvedimentali garanti, su un piano di effettività, del favor participationis al concorso, con prevenzione di reprimende occulte del diritto di accesso alle pubbliche gare.

Il principio di proporzionalità di matrice comunitaria (avuto riguardo alle conseguenze espulsive che seguono alla verifica di segno negativo dei requisiti di ammissione alla gara) induce, inoltre, a ripudiare una scelta interpretativa dell'art. 38 comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, disancorata da margini di certezza.

Ciò posto, il dato letterale di detto art. 38, comma 1, lett. c), collega la causa di esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di moralità e di affidabilità, nelle ipotesi esemplificate nella disposizione medesima, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza" oltreché al "direttore tecnico".

Alla stregua delle regole codicistiche, nelle società di capitali la gestione dell'impresa è affidata in via ordinaria agli amministratori (art. 2380 bis e 2475 cod. civ.). Questi compiono tutti gli atti e ogni operazione che si renda necessaria per attuare l'oggetto sociale. Il munus di amministrazione può essere esercitato in via individuale o collegiale. Nella seconda ipotesi lo statuto societario può prevedere la costituzione di un consiglio di amministrazione.

Lo spessore dei poteri degli amministratori si configura di massima come prevalente rispetto ad ogni altro soggetto abilitato ad agire per l'attuazione degli interessi societari, perché cumula in via ordinaria poteri di gestione, di indirizzo e di controllo che esplicano effetto condizionante dell'attività e delle scelte della compagine aziendale complessivamente considerata.

Ai fini della verifica dell'assenza delle cause di esclusione dalla gara l'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 enuclea fra gli amministratori quelli "muniti di potere di rappresentanza". Detti soggetti, in rapporto di rappresentanza organica, sono abilitati, a formulare dichiarazioni negoziali che obbligano la società nei confronti dei terzi ed a compiere tutte le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale,

Con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso, quindi, 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.

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori ad negotia è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura.

Nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, 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. Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed

affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.

A ben vedere, in altre parole, 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.

Detta conclusione non è smentita dal menzionato art. 45 della direttiva U.E., il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura.

Naturalmente, in aderenza a quanto affermato da questa medesima Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o di ramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

5. Con riguardo alla fattispecie di cui è controversia la regolamentazione di gara (punto 10.2. del disciplinare) imponeva di produrre, a pena di esclusione, nella busta A (relativa alla documentazione amministrativa) una dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente "attesta, indicandole specificamente, di non trovarsi nelle cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006".

Il T.A.R., con interpretazione estensivo/analogica - non consentita per le ragioni innanzi esposte - ha ritenuto dovuta detta dichiarazione anche relativamente al procuratore speciale Salvatore Caramiello, traendo da ciò con carattere di automatismo la comminatoria di espulsione dalla gara.

L'onere di rendere detta la dichiarazione non emergeva, tuttavia, in alcun modo dalla formulazione della lex specialis (con riguardo anche alla posizione rivestita dal Caramiello nell'azienda di cui un ramo è stato ceduto all'odierna appellante) le cui disposizioni, stante il generico rinvio all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163, non prendevano affatto in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38 cui la regolamentazione di gara fa rinvio. Non è stato inoltre dimostrata, né tantomeno assunta in via di ipotesi, l'esistenza di mende a carico del Caramiello, così che dall'invocata verifica potesse sortire l'effetto preclusivo dell'ammissione alla gara per il difetto del requisito in questione.

In base ai principi di diritto innanzi enunciati il motivo di ricorso incidentale articolato dall'a.t.i. SIBA va quindi respinto.

Ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. l'Adunanza Plenaria reputa di rinviare alla Sezione remittente la decisione delle residue questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), in parziale pronuncia sull'appello, respinge il motivo di ricorso incidentale formulato dalla SIBA s.p.a., in proprio e come capogruppo di costituenda a.t.i.

Rinvia alla Sezione remittente per la decisione delle residue questione controverse fra le parti.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini,

Presidente Riccardo Virgilio,

Presidente Pier Giorgio Lignani, Presidente Stefano Baccarini,

Presidente Carmine Volpe,

Presidente Marzio Branca,
Consigliere Aldo Scola,
Consigliere Vito Poli,
Consigliere Francesco Caringella,
Consigliere Maurizio Meschino,
Consigliere Nicola Russo,
Consigliere Salvatore Cacace,
Consigliere Bruno Rosario Polito,
Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2013

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

ALLEGATO 4 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 7 GIUGNO 2012, N. 21

N. 00021/2012REG.PROV.COLL.
N. 00017/2012 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale dell'ad. plen. 17/2012 (n. di registro generale 4984 del 2011), proposto da IVRI -Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo e Maria Stefania Masini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via della Vite, n. 7;

contro

Aldo Tarricone Sicurezza s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, piazza Barberini, n. 52;

nei confronti di

il Comune di Larino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Scarano, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma, via Albalonga, n. 7;

Ivri Istituti di Vigilanza Riuniti D'Italia s. p. a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MOLISE, n. 236/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI VIGILANZA PRESSO IL PALAZZO DI GIUSTIZIA DI LARINO;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Aldo Tarricone Sicurezza s.r.l. e del Comune di Larino, con i relativi allegati;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

vista la decisione del Consiglio di Stato Sez. V, 31 marzo 2012 n. 1886, contenente una sentenza parziale e una ordinanza di rimessione alla plenaria;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del 21 maggio 2012 il cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Robaldo e Scarano;

premesso in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

1. Il Comune di Larino con delibera di giunta del 23 novembre 2009 ha indetto una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di vigilanza presso il palazzo di giustizia di Larino per un periodo di tre anni (dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2012) , per un importo a base d'asta di 172.216,12 euro.

La gara è stata aggiudicata in via definitiva, giusta determinazione 11 novembre 2010 n. 1112, alla IVRI s.p.a.

2. Contro gli atti di gara ha proposto ricorso la seconda classificata Aldo Tarricone sicurezza s.r.l. (d'ora innanzi ATS), davanti al Tar Molise, articolando quattro motivi di ricorso e chiedendo il risarcimento del danno.

3. Il Tar adito, con la sentenza Tar Molise, 9 maggio 2011 n. 236, ha:

1) disatteso l'eccezione di tardività del ricorso e sotto tale profilo ha accolto il quarto motivo di ricorso, con cui si lamentava l'omessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, sotto il profilo che l'omissione non aveva fatto decorrere il termine di impugnazione, sicché il ricorso era tempestivo;

2) accolto il primo motivo di ricorso e per l'effetto affermato che la IVRI s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo omesso la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, relativamente agli amministratori cessati nel triennio anteriore il bando, con riferimento ad amministratore di società incorporata dalla IVRI stessa;

3) respinto il secondo motivo di ricorso;

4) accolto il terzo motivo di ricorso con cui si deduceva la violazione dell'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163/2006;

5) assorbito la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

4. Contro tale sentenza ha proposto appello la IVRI s.p.a.

Il Comune di Larino si è costituito in adesione all'appello.

La ATS si è costituita in resistenza all'appello, ma non ha proposto né appello incidentale quanto al motivo di ricorso respinto in prime cure, né chiesto con memoria tempestiva l'esame della domanda risarcitoria assorbita in prime cure.

5. L'atto di appello:

- ripropone l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado;
- contesta il capo di sentenza che ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado;
- contesta il capo di sentenza che ha accolto il terzo motivo del ricorso di primo grado.

5.1. La V Sezione, con ordinanza n. 3229 del 2011, ha accolto la domanda incidentale di sospensione della sentenza.

In data 14 novembre 2011 il Comune e la società IVRI hanno stipulato il contratto di appalto fino al 31 dicembre 2012, e il contratto è in corso di esecuzione.

6. La V Sezione del Consiglio di Stato ha reso una decisione, 31 marzo 2012 n. 1886, che ha un duplice contenuto: sentenza parziale e ordinanza di rimessione alla plenaria.

6.1. La decisione, nella parte in cui si configura come sentenza parziale, ha:

- respinto il primo motivo di appello con cui si sostiene la tardività del ricorso di primo grado, e per l'effetto ribadito che il ricorso di primo grado è da ritenere tempestivo (da pag. 11 a pag. 14 della decisione n. 1886/2012);
- accolto il terzo motivo di appello, con cui si contestava l'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado, e per l'effetto ritenuto che IVRI s.p.a. avrebbe rispettato il termine di cui all'art. 48, d.lgs. n. 163/2006, per comprovare il possesso dei requisiti (da pag. 14 a pag. 18 della decisione n. 1886/2012).

6.2. La decisione n. 1886/2012, nella parte in cui si configura come ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria, ha deferito all'esame di quest'ultima il secondo motivo di appello, con il quale si contesta il capo di sentenza che, in accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado, ha ritenuto che in caso di vicende societarie quale la fusione per incorporazione, la società incorporante che partecipa a gara di pubblico appalto deve rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori della società incorporata (da pag. 18 a pag. 29 della decisione n. 1886/2012).

L'ordinanza di rimessione:

- a) fa proprie le argomentazioni giuridiche di altra ordinanza della V Sezione, 14 febbraio 2012 n. 711, che ha rimesso alla plenaria analoga questione con riferimento al caso di cessione di azienda, propugnando l'accoglimento della soluzione secondo cui la dichiarazione in questione non dovrebbe essere resa – da parte del cessionario di azienda/società incorporante, per gli amministratori della azienda ceduta/società incorporata;
- b) ricorda inoltre la decisione della III Sezione n. 4323/2011 che ha ritenuto necessaria la dichiarazione suddetta anche per gli amministratori cessati della società incorporata;
- c) propone un ulteriore argomento a sostegno della tesi della insussistenza del dovere di dichiarazione, affermando che la fusione per incorporazione non comporterebbe una successione universale, di talché gli amministratori della incorporata cessati nel triennio non sarebbero ex amministratori della incorporante;
- d) in via subordinata osserva che l'obbligo di dichiarazione non dovrebbe sussistere quando la operazione societaria non è frutto di intenti elusivi della disciplina degli appalti; nel caso di specie difetterebbe qualsivoglia intento elusivo, e peraltro l'amministratore cessato, della incorporata, per il quale la incorporante ha omesso la dichiarazione, è nella specie incensurato.

DIRITTO

1. Prima di risolvere il quesito di diritto è bene avere chiaro il quadro fattuale.

Il signor Giovanni Tedeschi, incensurato, ha fatto parte, come amministratore, di IVRI Campobasso, ed è cessato dalla carica nel febbraio del 2007.

Nell'aprile del 2008 IVRI Campobasso è stata fusa per incorporazione in IVRI Chieti, partecipante alla gara.

Il bando di gara è del dicembre del 2009.

In base a quanto stabilito dall'art. 3/e) del disciplinare, i concorrenti erano tenuti a dichiarare che nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara non vi fossero soggetti cessati dalle cariche societarie indicate nell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006, ovvero a indicare l'elenco degli eventuali soggetti cessati dalle cariche societarie suindicate nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, e che per i predetti soggetti non erano state pronunciate sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444, cod. proc. pen., per reati incidenti sulla affidabilità morale e professionale, e comunque che non vi erano condanne con sentenza passata in giudicato per uno o più reati menzionati nel medesimo art. 3/e), ovvero, nel caso di sentenze a carico, che erano stati adottati atti e misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata dimostrabili con la documentazione allegata alla dichiarazione.

Il rappresentante di IVRI Chieti, in sede di domanda di partecipazione alla procedura di gara, ha dichiarato che, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, non vi erano soggetti cessati dalle cariche societarie di cui all'art. 38/c) del d.lgs. n. 163 del 2006 (il 26 febbraio 2007, vale a dire nel triennio antecedente l'indizione della gara, il Tedeschi era cessato dalla carica di amministratore, munito dei poteri di legale rappresentanza, di IVRI Campobasso, quale società incorporata da IVRI Chieti l'11 aprile 2008).

2. La questione di diritto sottoposta all'esame del Collegio è stata di recente decisa dall'adunanza plenaria con la sentenza 4 maggio 2012 n. 10 (resa sulla ordinanza di rimessione della V Sezione, 14 febbraio 2012 n. 711), sia pure con riferimento al caso, parzialmente diverso, della cessione di azienda, ma con affermazioni di principio estensibili anche al caso di fusione/incorporazione.

Il Collegio non intende discostarsi dai principi di diritto ivi espressi, che peraltro devono essere correttamente applicati caso per caso, come la stessa plenaria n. 10/2012 ricorda.

Il caso specifico differisce infatti da quello deciso dalla plenaria n. 10/2012, non solo perché, in diritto, si disputa di fusione e non di cessione di azienda, ma anche per due essenziali elementi di fatto:

- a) l'omessa dichiarazione non riguarda un amministratore in carica del soggetto incorporato, ma un amministratore già cessato anche dalla società incorporata;
- b) mentre nel caso deciso dalla plenaria n. 10/2012 l'amministratore dell'azienda ceduta aveva pregiudizi penali, in tale vicenda l'amministratore cessato della società incorporata era incensurato.

3. La citata pronuncia della plenaria n. 10/2012, aderendo ad una interpretazione antielusiva dell'obbligo di dichiarazione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce anche al caso della fusione, che viene espressamente menzionato.

Osserva infatti la citata plenaria che non è dubitabile che, stante il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma in questione, al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative. Si tratta, invece, di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente.

In tale quadro, l'adunanza n. 10/2012 è dell'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

In questo senso, a fronte di tale scopo essenziale e preminente, non possono militare in senso contrario l'esigenza di certezza giuridica, intesa in termini impeditivi di ogni interpretazione non strettamente letterale, e la tutela della libertà d'impresa, laddove agiscano a scapito dello scopo stesso.

La citata plenaria n. 10/2012 menziona, e fa proprio, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene necessaria la dichiarazione nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara e osserva che in tali casi la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale.

Con riguardo al caso di cessione di azienda o di ramo di azienda in cui, secondo la plenaria n. 10/2012, si verifica successione a titolo particolare, si ha comunque il passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia. Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale.

La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commodum, ibi incommodum*: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

La plenaria n. 10/2012, affermato il principio, osserva che tuttavia possa aversi riguardo a peculiarità dei casi specifici:

- a) anzitutto, è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto;
- b) resta altresì fermo – tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario – che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non

contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

4. Ritiene il Collegio che gli argomenti esposti dalla plenaria n. 10/2012 valgono a superare anche gli argomenti, suggeriti nell'ordinanza di rimessione, fondati sull'assenza di successione universale nella fusione nel caso di specie.

Si tratta infatti comunque di una vicenda che ha comportato la continuità del precedente soggetto confluito nel nuovo, come già esposto dalla citata plenaria.

4.1. In dettaglio, assume l'ordinanza di rimessione che il novellato art. 2504-bis cod. civ. configura le operazioni di trasformazione o fusione societaria non come successione universale, ma come vicenda evolutiva dei medesimi soggetti originari partecipanti alla operazione societaria; di tal che, gli amministratori cessati della società incorporata o fusa, non sarebbero mai stati amministratori della nuova società.

4.2. Secondo l'art. 2504-bis, comma 1, cod. civ., nel testo anteriore alla novella recata dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, "la società che risulta dalla fusione o quella incorporate assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte".

La giurisprudenza ne traeva la pacifica conseguenza che la trasformazione o fusione danno luogo ad una vicenda di successione a titolo universale, con quel che ne consegue quanto all'interruzione del processo (Cass. civ., Sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27183; Id. Sez. II, 25 febbraio 2011 n. 4740).

Il novellato art. 2504-bis, comma 1, cod. civ., non fa più menzione delle società "estinte" ma di società "partecipanti" all'operazione societaria, disponendo che "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

La giurisprudenza ha conseguentemente ritenuto che la fusione per incorporazione di una società in un'altra, alla stregua di quanto dispone il novellato art. 2504-bis, comma 1, cod. civ., non è causa d'interruzione del processo del quale quella società sia parte, trattandosi di un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Cass. civ. [ord.], Sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).

Siffatta ricostruzione è stata operata dalle Sezioni unite della Cassazione al precipuo fine di escludere l'interruzione dei processi in caso di fusione o incorporazione, ma non sposta i termini della questione sottoposta alla plenaria.

E, invero, anche a voler aderire alla prospettazione secondo cui non vi è estinzione delle società partecipanti all'operazione societaria, ma loro continuità nel nuovo soggetto, a maggior ragione perdura, per le società che proseguono sotto la nuova identità della società incorporante o risultante dalla fusione, l'onere di rendere la dichiarazione relativa ai propri amministratori cessati.

Infatti la società incorporante o risultante dalla fusione, - se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, - tuttavia nemmeno è un soggetto "altro" e "diverso", ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria. Per l'effetto non si possono considerare "altrui" gli amministratori che sono amministratori di un soggetto che è parte del tutto, e che conserva la sua identità originaria sotto una diversa forma giuridica.

Diversamente opinando, si arriverebbe alla paradossale conclusione che date due società A e B aventi ciascuna amministratori con pregiudizi penali, a seguito di fusione esitante nella società C, quest'ultima non sarebbe tenuta a rendere dichiarazione né per gli amministratori della società A né per quelli della società B.

5. Si tratta ora di verificare se, nel caso di specie, alla società appellante doveva essere applicata l'esclusione, per omessa dichiarazione.

5.1. In punto di diritto si deve premettere che l'art. 38, comma 2, impone la presentazione della dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti morali, e della dichiarazione sostitutiva

completa, a pena di esclusione. Tanto si desumeva dal tenore testuale della previsione, formulata in termini imperativi, già prima dell'entrata in vigore del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

Tanto vale anche dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo, che ha inserito nell'art. 46, d.lgs. n. 163 del 2006, il comma 1-bis, a tenore del quale "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti". La previsione rende evidente che la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.

5.2. In punto di fatto si deve osservare che, nel caso per cui è processo, e a differenza che nel caso concreto su cui ha deciso la plenaria n. 10/2012, la vicenda societaria non appare in alcun modo posta in essere in funzione di elusione delle regole di partecipazione alle gare per l'affidamento di pubblici appalti.

Prova ne è che l'amministratore cessato di cui si discute, - e già cessato presso la società incorporata prima ancora che la fusione avesse luogo -, è incensurato.

Pertanto, la omissione di dichiarazione, o, meglio, la dichiarazione resa in gara, secondo cui non ci sono amministratori cessati nel triennio, è del tutto innocua perché non è volta a nascondere circostanze rilevanti.

La legge di gara, come osservato anche dall'ordinanza di rimessione, commina l'esclusione in caso di omissione della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

Occorre peraltro tener conto che la clausola del bando non menziona espressamente l'onere di dichiarazione per gli amministratori di società partecipanti ad un procedimento di fusione, e tanto in un contesto di incertezza interpretativa in ordine alla portata del citato art. 38, comma 1, lett. c), incertezza chiarita solo con la plenaria n. 10/2012 e con la plenaria odierna.

In una situazione siffatta, di oscillazione della giurisprudenza e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione o incorporate, le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante.

Nel caso di specie:

- a) la clausola del bando non menziona l'onere di rendere la dichiarazione con riguardo agli amministratori delle società partecipanti a procedimenti di fusione/trasformazione;
- b) la stazione appaltante non aveva rilevato la causa di esclusione, afferente all'aggiudicatario;
- c) la causa di esclusione è stata dedotta in giudizio come motivo di ricorso, da parte del concorrente secondo classificato;
- d) nel corso del giudizio è emersa l'assenza assoluta di lesività della omissione della dichiarazione, essendo pacifico tra le parti che l'amministratore a cui si riferisce l'omissione non ha pregiudizi penali;
- e) essendo provato il possesso del requisito sostanziale, la società aggiudicataria, odierna appellante, non poteva essere esclusa dalla gara.

6. Si devono in conclusione esprimere i seguenti principi di diritto:

"1) in caso di incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

2) l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, e tale dichiarazione sostitutiva deve essere riferita, quanto all'art. 38, comma 1, lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato;

3) nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando esplicita tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".

7. Conseguono l'accoglimento dell'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, il rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese di lite, in considerazione delle oscillazioni della giurisprudenza, della novità delle questioni giuridiche e della peculiarità della situazione di fatto, possono essere compensate in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente del Consiglio di Stato
 Giorgio Giovannini, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato
 Gaetano Trotta, Presidente di sezione
 Pier Giorgio Lignani, Presidente di sezione
 Stefano Baccarini, Presidente di sezione
 Alessandro Botto, Consigliere
 Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore
 Marzio Branca, Consigliere
 Francesco Caringella, Consigliere
 Anna Leoni, Consigliere
 Maurizio Meschino, Consigliere
 Raffaele Greco, Consigliere
 Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
 Il 07/06/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)
 Il Dirigente della Sezione

ALLEGATO 5 - CONSIGLIO DI STATO, AD. PLEN., SENTENZA 2 NOVEMBRE 2015, N. 9

N. 00009/2015REG.PROV.COLL.

N. 00006/2015 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2015, proposto da: Mattioda Pierino & Figli S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I., Sogeco s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con la Mattioda Pierino & Figli Spa, rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n.11;

contro

Safital s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, Via Flaminia, n.354;

nei confronti di

Sav - Societa' Autostrade Valdostane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini, Manuela Sanvido, Giovanni Corbyons e Claudio Guccione, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone n.44;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (Aiscat), rappresentata e difesa dall'avv. Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico n.7; Associazione Nazionale Costruttori Edili (Ance), rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, Via G. Mercalli n.13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA n. 00018/2015, resa tra le parti, concernente l'annullamento e/o la riforma della sentenza del T.A.R. della Valle d'Aosta nr. 18 pubblicata in data 13 febbraio 2015, con cui è stato accolto il ricorso promosso da Safital S.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. tra le imprese Mattioda Pierino S.p.A. e Sogeco s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Safital s.r.l. e di Sav - Societa' Autostrade Valdostane S.p.A., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti gli interventi in giudizio di Aiscat e di Ance;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Piacentini, De Portu, Piselli, Tedeschini, Sanvido, Corbyons, e Guccione;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta ha accolto il ricorso proposto dalla Safital s.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. composto dalla mandataria Mattioda Pierino & figli S.p.A. (d'ora innanzi Mattioda S.p.A.) e dalla mandante

So.Ge.Co. s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori di sostituzione delle barriere spartitraffico tra le progressive km. 78+816 e km 88+865 (tratto n.40) dell'autostrada A5, disposta dalla Società Autostrade Valdostane S.p.A. (d'ora innanzi SAV), in esito ad una procedura ristretta indetta con il criterio del prezzo più basso e giudicata illegittima dai giudici di prima istanza a causa della mancata (e, viceversa, doverosa) esclusione del r.t.i. aggiudicatario, per aver omesso l'indicazione dell'impresa a cui avrebbe affidato il subappalto delle opere per le quali era sprovvisto del requisito di qualificazione.

Avverso la predetta decisione proponevano appello la Mattioda S.p.A. e la So.Ge.Co. s.r.l., ribadendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione del bando di gara, nella parte che qui rileva, contestando, nel merito, la correttezza del gravato giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione controversa, sulla base del rilievo che la disciplina di riferimento (sia quella speciale della procedura controversa, sia quella normativa generale) non imponevano (tantomeno a pena d'esclusione) l'indicazione del nominativo del subappaltatore nel caso di subappalto c.d. necessario, e concludendo per la riforma della decisione appellata e per la conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Resisteva la Safital s.r.l., contestando la fondatezza dell'appello, riproponendo la censura, rimasta assorbita nel giudizio di prima istanza, relativa all'erroneità della positiva verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, sotto il profilo dell'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale, e concludendo per il rigetto dell'impugnazione e per la conferma della statuizione di annullamento, in ipotesi con diversa motivazione.

La sentenza veniva appellata in via incidentale anche dalla SAV, che aderiva alle conclusioni formulate con l'appello principale.

Intervenivano ad adiuvandum l'Associazione Nazionale Costruttori Edili (d'ora innanzi ANCE) e l'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (d'ora innanzi AISCAT), formulando le medesime conclusioni delle parti appellanti (in via principale e incidentale).

Con ordinanza n.2707/2015 in data 3 giugno 2015 la Quarta Sezione rimetteva all'Adunanza Plenaria la soluzione delle questioni (meglio di seguito illustrate) relative alla necessità (o meno) dell'indicazione nominativa, al momento della presentazione dell'offerta, dell'impresa subappaltatrice, nelle ipotesi in cui quella concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni, e alla legittimità (o meno) del c.d. soccorso istruttorio al fine di consentire la predetta identificazione (nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria la dovesse giudicare necessaria e solo per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa in data anteriore al relativo pronunciamento) e l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali (per le sole procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015, che ne ha affermato l'obbligatorietà anche per gli appalti di lavori).

Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2015, dinanzi all'Adunanza Plenaria, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Prima di esaminare, nel merito, i quesiti affidati all'Adunanza Plenaria, occorre verificare, d'ufficio, l'ammissibilità degli interventi svolti da ANCE e AISCAT, essendo state ritualmente informate le stesse della questione, nel corso dell'udienza pubblica del 7 ottobre 2015, ai sensi e per gli effetti dell'art.73, comma 3, c.p.a.

1.1- La legittimazione attiva (e, dunque, all'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce alle stringenti regole di seguito precisate (da reputarsi applicabili anche nell'ipotesi, quale quella in esame, in cui l'interventore ad adiuvandum in appello assuma la posizione sostanziale di interventore ad adiuvandum in primo grado e possa, quindi, limitarsi a far valere un interesse di mero fatto, come chiarito dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria 28 gennaio 2015, n.1).

E' necessario, innanzitutto, che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n.6050).

E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150).

Il Collegio non ignora che con la decisione dell'Adunanza Plenaria 3 giugno 2011, n.10 è stata riconosciuta la legittimazione ad agire in capo a un ordine professionale, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento impugnato avvantaggi alcuni degli iscritti, ma reputa che tale sentenza non valga a smentire l'indirizzo dianzi citato, ma ne costituisca, al contrario, una chiara conferma.

Nella decisione in esame, infatti, l'Adunanza Plenaria ha ribadito che la legittimazione dell'ente esponenziale va riguardata con esclusivo riferimento all'interesse istituzionalizzato e alla portata lesiva di esso (rintracciabile nel provvedimento impugnato) e si è solo limitata a rilevare correttamente che non vale ad escludere la legittimazione a ricorrere, avverso un provvedimento lesivo degli interessi della collettività dei professionisti iscritti all'ordine, la circostanza che lo stesso ne avvantaggi alcuni, ma non come professionisti (nel chè va ravvisata la capacità rappresentativa dell'ordine professionale), ma nelle diverse e del tutto peculiari vesti di dipendenti o di docenti (e non, quindi, di liberi professionisti), potenzialmente configgenti (come si è verificato nella fattispecie ivi esaminata) con gli interessi, istituzionalmente rappresentati dall'ordine, della generalità della categoria dei professionisti iscritti ad esso.

Resta, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, occorrendo, si ripete, per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n.2892).

Orbene, entrambi gli interventi in esame difettano dei predetti, indispensabili, requisiti.

1.2- Quanto alla posizione di ANCE, è sufficiente osservare che la posizione assunta con l'intervento in merito alla questione principalmente dibattuta (e, cioè, la non obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta), oltre a non afferire alle finalità istituzionali dell'associazione, non può in alcun modo ritenersi comune a tutti i suoi associati, tanto che, ad esempio, nella presente controversia un'impresa di costruzioni sostiene la tesi contraria (così come appare plausibile che accada in altre situazioni simili).

Si tratta, in altri termini, di una situazione in cui il provvedimento impugnato in primo grado (l'aggiudicazione di un appalto) ha concretato gli effetti di un conflitto di interessi tra gli appartenenti alla categoria istituzionalmente rappresentata dall'ANCE, di talchè l'intervento finalizzato alla sua difesa non può ritenersi sorretto dall'esigenza di tutelare l'interesse collettivo statutariamente rappresentato dall'Associazione.

1.3- In merito alla posizione di AISCAT, a ben vedere, l'intervento non appare sorretto dall'esigenza di tutelare un interesse da essa protetto e perseguito in via statutaria (come potrebbe accadere, ad esempio, in una controversia concernente la legittimità delle tariffe autostradali), quanto da quella di sostenere una tesi di diritto (e, quindi, per mere ed astratte finalità di giustizia) la cui soluzione, tuttavia, non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati da AISCAT, ma produce effetti solo riflessi ed indiretti sulla sfera giuridica dei concessionari autostradali (ciò che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento).

1.4- Alla stregua delle considerazioni che precedono, gli interventi in questione vanno giudicati inammissibili e le relative parti estromesse dal giudizio.

2.- Occorre, quindi, procedere all'analisi delle questioni devolute all'Adunanza Plenaria, principiando da quella formulata per prima (e meglio di seguito descritta).

2.1- Come già rilevato in fatto, la Quarta Sezione, registrando un contrasto giurisprudenziale sulla decisiva questione dell'obbligatorietà (o meno) dell'indicazione del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. subappalto necessario) e, quindi, sulla doverosità della sua esclusione, nell'ipotesi di inosservanza del predetto obbligo (ove giudicato tale), ne ha devoluto la risoluzione all'Adunanza Plenaria.

Al predetto problema, infatti, sono state offerte due diverse soluzioni.

Secondo una prima tesi, infatti, la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la

esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 676; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224; sez. III 5 dicembre 2013, n. 5781); secondo una diversa, e minoritaria, lettura dell'istituto, viceversa, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), impone la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice (Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223; sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563).

Si tratta, come si vede, di ricostruzioni (entrambe) plausibili e ragionevoli, oltre che fondate sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico all'amministrazione imparziale e corretta delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2.2- La scelta dell'opzione ricostruttiva più coerente con la normativa di riferimento esige una preliminare disamina del sistema di regole alla stregua del quale dev'essere affermata la sussistenza (o meno) dell'obbligo dell'indicazione nominativa del subappaltatore ai fini della partecipazione alla gara.

L'art.92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possiede anche per le categorie scorporabili), purchè per l'importo totale dei lavori.

Il combinato disposto degli artt.92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art.107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

L'art.118 d.lgs. cit. (collocato sistematicamente entro la Sezione V del codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto") si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte).

2.3- Dall'analisi delle regole appena citate si ricavano, quindi, i seguenti principi: a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit.); b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit. non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talchè il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione).

Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune.

2.4- Ora, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, quale quello appena esaminato, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell'indicazione del nome del

subappaltatore già nella fase dell'offerta) che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esaurente e tassativa) delle stesse, non la contempla.

2.5- Secondo il canone interpretativo sintetizzato nel brocardo in claris non fit interpretatio (e codificato all'art.12 delle Preleggi), infatti, la prima regola di una corretta esegesi è quella che si fonda sul significato delle parole e che, quindi, là dove questo risulta chiaro ed univoco, quale deve intendersi il dato testuale della predetta disposizione, non è ammessa alcuna interpretazione che corregga la sua portata precettiva (per come desunta dal lessico ivi utilizzato, ove risulti privo di ambiguità semantiche).

2.6- Ma anche in ossequio al canone interpretativo espresso nel brocardo ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit si perviene alle medesime conclusioni.

Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).

2.7- Dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario").

2.8- La correttezza della soluzione appena enunciata (e che risponde al primo quesito nel senso di negare la doverosità dell'indicazione nominativa del subappaltatore) risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dai convergenti argomenti di seguito (sinteticamente) dettagliati.

2.9- L'esegesi ut supra preferita risulta, innanzitutto, riscontrata dall'esame diacronico della legislazione in materia, che consegna all'Adunanza la preziosa informazione dell'originaria previsione (nella legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. Legge Merloni) dell'obbligo dell'indicazione, già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate, e della successiva abrogazione di tale previsione (già nella legge 18 novembre 1998, n.415, c.d. Legge Merloni ter e poi, definitivamente, con il codice dei contratti pubblici), che costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione.

Non solo, ma anche nel disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (all'esame della Camera dei Deputati, in seconda lettura, al momento della redazione della presente decisione) può ricavarsi un ulteriore prezioso riscontro alla tesi scelta dall'Adunanza Plenaria, là dove si ripristina, ivi, l'obbligo dell'indicazione di una terna di subappaltatori, ad ulteriore conferma che il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente (tanto che la legislazione precedente e, forse, quella successiva hanno operato e, probabilmente, opereranno una scelta diversa).

2.10- La correttezza della scelta interpretativa sopra enunciata risulta, peraltro, avvalorata anche dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi) che hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (si vedano la determinazione ANAC nr. 1 dell'8 gennaio 2015; il parere ANAC nr. 11 del 30 gennaio 2014 e la determinazione AVCP nr. 4 del 10 ottobre 2012), approvando, in coerenza con tali enunciazioni, gli schemi dei bandi, con il valore vincolante ad essi assegnati dall'art. 64, comma 4-bis, d.lgs. cit. (e previo parere conforme del Ministero delle infrastrutture).

Come si vede, dunque, le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno

costantemente espresso l'avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell'impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo *modus procedendi*.

2.11- Lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, confermando, anzi, la correttezza dei principi prima affermati.

Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione.

Orbene, in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge), in mancanza della quale resta precluso all'interprete (che eserciterebbe inammissibilmente, in tal modo, in luogo del legislatore o della stazione appaltante, la potestà discrezionale assegnata allo Stato membro dalle direttive) il suo riconoscimento (in esito, peraltro, a un percorso ermeneutico di dubbio fondamento positivo).

2.12- Non solo, ma la tesi contraria dev'essere rifiutata anche perché produrrebbe effetti distorsivi (rispetto al sistema) o, comunque, inutili (rispetto agli interessi che con la stessa si intendono tutelare).

2.13- In primo luogo, l'affermazione dell'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta si risolverebbe in una eterointegrazione del bando (che non lo prevedeva), mediante l'inammissibile inserzione automatica nella *lex specialis* di un obbligo non previsto da alcuna disposizione normativa cogente pretermessa nell'avviso (da valersi quale unica condizione legittimante della sua eterointegrazione).

Mentre, infatti, l'eterointegrazione della *lex specialis* postula logicamente l'omessa ripetizione, in essa, di un adempimento viceversa sancito chiaramente da una disposizione normativa imperativa (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2015, n.1250), nella fattispecie in esame verrebbe, al contrario, automaticamente inserita nel bando una clausola non rinvenibile nel diritto positivo e di mera creazione giurisprudenziale.

2.14- La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe, inoltre, per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorchè non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n.9 e n. 16 del 2014), è anche vero che l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici).

2.15- La tesi favorevole all'affermazione dell'obbligo in questione comporterebbe, peraltro, una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte.

Non solo, ma il relativo assunto si rivela distorsivo del mercato dei lavori pubblici, nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso.

2.16- La prospettazione qui disattesa finirebbe, infine, per introdurrebbe un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente, dall'art.92 d.P.R. cit. (che, come si è già rilevato, esclude l'obbligo del possesso delle attestazioni nelle categorie scorporabili, ancorchè a qualificazione necessaria, ai fini della partecipazione alla gara), implicando, di conseguenza, la sua inammissibile disapplicazione, che, tuttavia, postula l'indefettibile presupposto, nella specie inconfigurabile, dell'illegittimità della norma secondaria in quanto confliggente con la disposizione legislativa primaria (come chiarito, ex multis, da Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2014, n.3623).

Se, infatti, il fondamento logico e sistematico della tesi ricostruttiva che afferma l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta dev'essere rinvenuto nell'esigenza di garantire alla stazione appaltante il controllo del possesso da parte del concorrente di tutti i requisiti di qualificazione necessari, la sua condivisione postula l'affermazione della necessità, ai fini della partecipazione alla procedura, della dimostrazione della titolarità delle attestazioni riferite anche alle opere scorporabili (ciò che, invece, risulta chiaramente escluso dalla citata disposizione regolamentare dedicata alla disciplina delle qualificazioni e che andrebbe, quindi, logicamente disapplicata, ma in difetto della indispensabile condizione, sopra ricordata, della sua illegittimità).

3.- La soluzione del primo quesito implica la decadenza del secondo, in quanto fondato sull'unico presupposto dell'affermazione della necessità dell'indicazione nominativa del subappaltatore (viceversa negata con la risposta al primo quesito).

4.- Con il terzo quesito si chiede all'Adunanza Plenaria di chiarire la legittimità (rectius: la doverosità) dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015 n.3 (con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs. cit., di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori).

A tale problema occorre offrire una risposta negativa, in quanto con la medesima decisione dell'Adunanza Plenaria è stata espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta (cfr. Ad. Plen. n. 3 del 2015, punto 2.10).

Non si ravvisano, peraltro, ragioni per rimeditare tale (condivisibile e recente) avviso, nella misura in cui si rivela coerente con la lettura della funzione e dei limiti di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, per come enunciati da questa stessa Adunanza Plenaria (Ad. Plen. n.9 del 2014).

A questo proposito non può accedersi alla tesi propugnata dalla difesa delle appellanti secondo cui, in applicazione del principio di cui alla A.P. n. 21 del 2012, dovrebbe affermarsi che la esclusione dalla gara per non avere indicato gli oneri di sicurezza aziendale potrebbe essere comminata solo per le procedure bandite successivamente alla pubblicazione della decisione della A.P. n. 3 del 2015.

L'Adunanza al riguardo approfondendo la questione, ritiene di dover riaffermare il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo.

La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione.

In proposito è stato perspicuamente osservato: "Ad una diversa conclusione potrebbe invero giungersi solo ove si ritenga che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con essa (ut lex temporis acti). Ma con ciò, all'evidenza, si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un novum ius, in sequenza ad un vetus ius, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Cost." (Cassazione SS.UU. n. 15144 del 2011).

E' significativo che anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di prospective overruling siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato.

A far tempo dalla già citata pronuncia delle Sezioni unite n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine - presupposto decisivo - comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (v. anche Cass. 28967/11; 12704/12 e, da ultimo, 19700/15; 20007/15).

Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa.

In conclusione, se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo antecedente al suo mutamento, dall'altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofilachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili de jure condendo, nell'attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore.

5.- Alla stregua delle considerazioni che precedono, si devono, quindi, affermare i principi di diritto che seguono:

- a) l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R. cit.;
- b) non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara inammissibili gli interventi in giudizio di ANCE e di AISCAT;
- b) formula i principi di diritto di cui in motivazione;
- c) restituisce gli atti alla IV Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente
 Pier Giorgio Lignani, Presidente
 Stefano Baccharini, Presidente
 Paolo Numerico, Presidente
 Luigi Maruotti, Presidente
 Vito Poli, Consigliere
 Francesco Caringella, Consigliere
 Maurizio Meschino, Consigliere
 Carlo Deodato, Consigliere, Estensore
 Nicola Russo, Consigliere
 Salvatore Cacace, Consigliere
 Roberto Giovagnoli, Consigliere
 Raffaele Greco, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
 Il 02/11/2015
 (Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)
 Il Dirigente della Sezione

BIBLIOGRAFIA

A. *Sentenze*¹⁶

Cons. Stato, Adunanza Plenaria

○ 29 gennaio 2003, n. 1 ○ 16 aprile 2012, n. 8; ○ maggio 2012, n. 10; ○ giugno 2012, n. 21; ○ 13 giugno 2012, n. 22; ○ luglio 2012, n. 26; ○ 20 maggio 2013, n. 14; ○ giugno 2013, n. 15; ○ 20 agosto 2013, n. 20;	○ 16 ottobre 2013, n.23; ○ novembre 2013, n. 24; ○ 30 gennaio 2014, n. 7; ○ 25 febbraio 2014, n. 9; ○ 30 luglio 2014, n. 16; ○ 10 dicembre 2014 n. 34; ○ 20 marzo 2015, n. 3; ○ 2 novembre 2015, n. 9; ○ 1 dicembre 2015, n. 11.
--	--

133

Cons. Giust. Amm. Reg. Sic.

○ 2 ottobre 2015, n. 628 ○ 18 giugno 2014, n. 327 ○ 26 gennaio 2015, n. 62 ○ 2 marzo 2015 n. 173 ○ 15 settembre 2015, n. 787 (Sez. riun.)

Cons. Stato, Sezione III

○ 18 aprile 2011, n. 2344; ○ 17 agosto 2011, n. 4792; ○ 1 febbraio 2012, n. 493; ○ 16 marzo 2012 n. 1471; ○ 1 dicembre 2012, n. 493; ○ 15 gennaio 2013, n. 177; ○ 11 febbraio 2013, n. 768; ○ 5 marzo 2013, n. 1332; ○ 6 marzo 2013, n. 1378; ○ 5 aprile 2013, n. 1894; ○ 12 aprile 2013, n. 2006; ○ 31 luglio 2013, n. 4038; ○ 5 dicembre 2013 n. 5781; ○ 18 dicembre 2013, n. 6052; ○ 4 febbraio 2014, n. 507; ○ 6 febbraio 2014, n.584; ○ 25 febbraio 2014, n. 887; ○ 27 marzo 2014, n. 1487; ○ 14 gennaio 2015, n. 55;	○ 23 gennaio 2015, n. 293; ○ 29 gennaio 2015, n. 395; ○ 6 febbraio 2015 n. 619; ○ 7 aprile 2014, n. 1636; ○ 16 aprile 2014, n. 1928; ○ 5 maggio 2014, n. 2289; ○ 26 novembre 2014, n. 5856; ○ 4 dicembre 2014, n.5978; ○ 10 febbraio 2015, n. 676; ○ 2 marzo 2015, n.1020; ○ 4 marzo 2015 n. 1079; ○ 27 aprile 2015, n. 2159; ○ 19 maggio 2015, n. 2539; ○ 28 maggio 2015, n. 2941; ○ 1 luglio 2015, n. 3274; ○ 1 luglio 2015, n. 3275; ○ 29 luglio 2015, n. 3749; ○ 11 agosto 2015, n. 3918; - Continua ...
--	--

¹⁶ Fonte: www.giustizia-amministrativa.it .

○ 7 settembre 2015, n. 4132; ○ 28 settembre 2015, n. 4537; ○ 2 ottobre 2015 n. 4615; ○ 2 ottobre 2015 n. 4617;	○ 4 novembre 2015, n. 5041; ○ 17 novembre 2015, n. 5240; ○ 17 novembre 2015, n. 5246.
---	---

Cons. Stato, Sezione IV

○ 5 ottobre 2005 n. 5360; ○ 5 ottobre 2005, n. 5367; ○ 10 febbraio 2009, n. 740; ○ 12 marzo 2009, n. 1458; ○ 4 luglio 2012, n. 3925; ○ 17 ottobre 2012, n. 5340; ○ 13 febbraio 2013 n. 896; ○ 22 marzo 2013, n. 1633; ○ 20 settembre 2013, n. 4676; ○ 16 gennaio 2014, n. 135; ○ 13 marzo 2014, n. 1224; ○ 26 maggio 2014, n. 2675; ○ 26 agosto 2014, n. 4299; ○ 21 ottobre 2014, n. 5192; ○ 27 novembre 2014, n. 5890; ○ 12 dicembre 2014, n. 5686 (ord); ○ 15 dicembre 2014, n. 6157; ○ 22 dicembre 2014, n. 6296;	○ 22 dicembre 2014, n. 6302; ○ 20 gennaio 2015, n. 140; ○ 27 gennaio 2015, n. 374; ○ 23 febbraio 2015, n. 874; ○ 7 aprile 2015, n. 1769; ○ 23 aprile 2015 n. 2048; ○ 4 maggio 2015, n. 2223; ○ 4 maggio 2015, n. 2231; ○ 22 maggio 2015, n. 2589; ○ 9 giugno 2015, n. 2826; ○ 1° settembre 2015 n. 4089; ○ 1° settembre 2015, n. 4100; ○ 15 settembre 2015 n. 4302; ○ 15 settembre 2015 n. 4315; ○ 13 ottobre 2015 n. 4715; ○ 13 ottobre 2015, n. 4711; ○ 9 novembre 2015, n. 5091.
---	---

134

Cons. Stato, Sezione V

○ 20 settembre 2001, n. 4973; ○ 15 aprile 2004, n. 2162; ○ 10 maggio 2005 n. 2342; ○ 30 agosto 2005, n. 4431; ○ 25 luglio 2006, n. 4657; ○ 20 marzo 2008, n. 1219; ○ 7 novembre 2008, n. 5547; ○ 9 giugno 2009, n. 3575; ○ 16 giugno 2009 n. 3878; ○ 12 dicembre 2009, n. 7804; ○ 21 maggio 2010, n. 3203; ○ 13 luglio 2010, n. 4526; ○ 8 settembre 2010, n. 6506; ○ 25 gennaio 2011, n. 528; ○ 22 febbraio 2011, n. 1094; ○ 27 maggio 2011, n. 3193; ○ 5 settembre 2011, n. 4981; ○ 19 settembre 2011, n. 5282; ○ 18 novembre 2011, n. 6084; ○ 28 dicembre 2011, n. 6916; ○ 28 dicembre 2011, n. 6951; ○ 28 dicembre 2011, n. 6965; ○ 26 gennaio 2012, n. 334;	○ 6 marzo 2012, n. 2317; ○ 26 marzo 2012, n. 1726; ○ 20 aprile 2012, n. 2317; ○ 22 maggio 2012, n. 2946; ○ 19 giugno 2012, n. 3563; ○ 26 giugno 2012, n. 3752; ○ 6 agosto 2012, n. 4510; ○ 31 ottobre 2012, n. 5570; ○ 13 dicembre 2012, n. 6393; ○ 18 febbraio 2013 n. 965; ○ 27 marzo 2013, n. 1813; ○ 11 aprile 2013, n. 1974; ○ 19 aprile 2013, n. 2214; ○ 21 giugno 2013, n. 3397; ○ 15 luglio 2013, n. 3841; ○ 26 settembre 2013, n. 4760; ○ 24 ottobre 2013, n. 5159 ○ 12 novembre 2013, n. 5375; ○ 26 novembre 2013, n. 5604; ○ 20 dicembre 2013, n. 6125; ○ 24 marzo 2014, n. 1436; ○ 8 aprile 2014, n. 1648; - Continua ...
---	---

○ 23 aprile 2014, n. 2057; ○ 7 luglio 2014, n. 3449; ○ 7 luglio 2014, n. 3431; ○ 27 agosto 2014, n. 4382; ○ 28 agosto 2014, n. 4405; ○ 5 settembre 2014, n. 4528; ○ 10 settembre 2014, n. 4595; ○ 2 ottobre 2014, n. 4896; ○ 27 aprile 2015, n. 2063; ○ 30 aprile 2015, n. 2223; ○ 22 maggio 2015 n. 2570; ○ 26 maggio 2015, n. 2609; ○ 3 giugno 2015, n. 2716; ○ 3 giugno 2015 n. 2707 (ord.); ○ 14 ottobre 2014, n. 5064; ○ 14 ottobre 2014, n. 5060; ○ 29 ottobre 2014, 5346; ○ 21 novembre 2014, n. 5760; ○ 16 gennaio 2015, n. 70; ○ 22 gennaio 2015, n. 268; ○ 22 gennaio 2015, n. 257; ○ 22 gennaio 2015, n. 278; ○ 10 febbraio 2015, n. 676; ○ 10 febbraio 2015, n. 681; ○ 10 febbraio 2015, n. 687; ○ 16 febbraio 2015, n. 781; ○ 16 febbraio 2015, n. 775; ○ 25 febbraio 2015, n. 944; ○ 9 marzo 2015, n. 1195; ○ 15 marzo 2015, n. 3069; ○ 17 marzo 2015, n. 1380; ○ 27 marzo 2015, n. 1601; ○ 14 aprile 2015, n. 1861; ○ 4 giugno 2015, n. 2757; ○ 9 giugno 2015, n. 2839;	○ 15 giugno 2015, n. 2916; ○ 15 giugno 2015, n. 2928; ○ 15 giugno 2015, n. 2945; ○ 15 giugno 2015, n. 2954; ○ 18 giugno 2015, n. 3105; ○ 18 giugno 2015, n. 3107; ○ 21 luglio 2015, n. 3615; ○ 21 luglio 2015, n. 3621; ○ 31 luglio 2015, n. 3762; ○ 1° agosto 2015, n. 3771; ○ 3 agosto 2015, n. 3819; ○ 6 agosto 2015, n. 3866; ○ 7 agosto 2015, n. 3884; ○ 31 agosto 2015, n. 4042; ○ 31 agosto 2015, n. 4043; ○ 11 settembre 2015 n. 4249; ○ 11 settembre 2015, n. 4252; ○ 23 settembre 2015, n. 4441; ○ 23 settembre 2015, n. 4460; ○ 28 settembre 2015 n. 4502; ○ 28 settembre 2015, n. 4507; ○ 1° ottobre 2015, n. 4583; ○ 1° ottobre 2015, n. 4587; ○ 1° ottobre 2015, n. 4591; ○ 1° ottobre 2015, n. 4583; ○ 6 ottobre 2015, n. 4655; ○ 15 ottobre 2015, n. 4764; ○ 15 ottobre 2015 n. 4765; ○ 28 ottobre 2015, n. 4937; ○ 28 ottobre 2015, n. 4942; ○ 30 ottobre 2015 n. 4971; ○ 6 novembre 2015 n. 5070; ○ 12 novembre 2015, n. 5181; ○ 13 novembre 2015, n. 5192.
--	--

Cons. Stato, Sezione VI

○ 13 maggio 2010, n. 2956; ○ 15 dicembre 2010, n. 8933; ○ 29 dicembre 2010, n. 9577; ○ 2 maggio 2011, n. 2580; ○ 6 giugno 2011, n. 336; ○ 27 luglio 2011, n. 4487; ○ 9 novembre 2011, n. 5922; ○ 15 novembre 2011, n. 6023; ○ 28 gennaio 2013, n. 513; ○ 29 gennaio 2013, n. 531; ○ 13 febbraio 2013, n. 889; ○ 13 giugno 2013, n. 3310; ○ 3 settembre 2013, n. 4392;	○ 18 settembre 2013, n. 4663; ○ 22 novembre 2013 n. 5558; ○ 27 novembre 2014, n. 5890; ○ 27 novembre 2014, n. 5890; ○ 15 dicembre 2014, n. 6154; ○ 5 gennaio 2015, n. 18; ○ 21 gennaio 2015, n. 219; ○ 2 febbraio 2015, n. 468; ○ 2 febbraio 2015, n. 462; ○ 9 aprile 2015, n. 1798; ○ 28 aprile 2015, n. 2662; ○ 26 maggio 2015, n. 2662; ○ 30 settembre 2015, n. 4544;
---	--

Trib. Amministrativi Regionali

- 15 febbraio 2010, n. 957 (Piemonte, Torino, Sez. I);
- 30 agosto 2013, n. 1287 (Puglia, Bari, Sez. I);
- 12 marzo 2014, n. 2783 (Lazio, Roma, Sez. III);
- 17 giugno 2014, n. 1781 (Sicilia, Catania, Sez. IV);
- 2 luglio 2014 n. 3621 (Campania, Napoli, Sez. IV);
- 17 ottobre 2014, n. 821 (Sardegna, Sez. I);
- 9 dicembre 2014, n. 3246 (Sicilia, Catania, Sez. IV);
- 28 gennaio 2015, n. 201 (Lombardia, Brescia, Sez. II);
- 20 febbraio 2015, n. 300 (Calabria, Catanzaro, Sez. I);
- 18 marzo 2015 n. 444 (Toscana, Sez. II);
- 30 aprile 2015, n. 6236 (Lazio, Roma, Sez. II);
- 10 luglio 2015 n. 142, ord. caut., (Emilia Romagna, Parma, Sez. I);
- 8 settembre 2015, n. 11095 (Lazio, Roma, Sez. II);
- 9 settembre 2015, n. 11114 (Lazio, Roma, Sez. I-ter);
- 11 settembre 2015, n. 345 (Molise, Campobasso, Sez. I);
- 9 ottobre 2015, n. 2167. (Campania, Salerno, Sez. I);
- 20 novembre 2015, n. 2457 (Campania, Salerno, Sez. I).

B. Pareri - Pronunce¹⁷

Cons. Stato, Sezioni Unite

- 26 giugno 2013, n. 3014.

A.N.AC.

- Parere n. 125/15/S del 15 luglio 2015;
- Parere n. 155 del 23 settembre 2015;
- Comunicato Pres. ANAC del 25 marzo 2015;
- Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015.

A.V.C.P.

- Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010;
- Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012;
- Comunicato Pres. AVCP del 22 luglio 2011;
- Parere n. 92 del 22 maggio 2013.

C. Dottrina¹⁸

- Diritto amministrativo, Fascicolo n. 7-8/2014 (ISSN 2036-7821).

¹⁷ Fonti: <http://www.giustizia-amministrativa.it> e <http://www.anticorruzione.it>.

¹⁸ Fonte <http://www.neldiritto.it>

Annotazioni