

Obblighi dichiarativi ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006: condizioni di ammissibilità della dichiarazione dei requisiti per conto terzi e soccorso istruttorio

di Nicoletta Pica

Data di pubblicazione: 8-5-2015

Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1006

Presidente Severini; Estensore Burielli

In ossequio al principio tempus regit actum, il comma 2-bis dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dal D.L. n. 90/2014, convertito nella L. n. 114/2014, si applica solo alle procedure indette dopo la sua entrata in vigore; ed infatti, proprio l'innovazione testuale conferma implicitamente che la regolarizzazione ex post non è consentita per le mancanze, le incompletezze o le irregolarità essenziali delle dichiarazioni antecedenti alla modifica normativa.

Sicché, per le fattispecie anteriori alla novella dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, il dovere di soccorso istruttorio va circoscritto a irregolarità riferite a documenti ritualmente presentati in sede di gara e non a casi di vere e proprie omissioni.

Invero, l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nel porre a carico dei concorrenti oneri formali e procedurali, oltre a salvaguardare la par condicio tra le imprese, mira a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa e l'interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura, attraverso una verifica immediata della sussistenza o meno dei requisiti.

E' da reputarsi mancante e, quindi, insuscettibile di dar luogo al cd. soccorso istruttorio, la dichiarazione resa dal legale rappresentante per conto di terzi allorché priva della specifica indicazione dei soggetti per cui è rilasciata; invero, la dichiarazione, comportando l'assunzione di responsabilità sul piano penale per falsità o mendacio, deve necessariamente recare l'individuazione della persona che si afferma indenne dai pregiudizi che possono impedire la partecipazione alla gara, restando altrimenti vana la comminatoria di responsabilità.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5684 del 2014, proposto da Comune di Camogli, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniele Granara e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Largo Messico, 7;

contro

Officine Meccaniche Navali e Fonderie "San Giorgio del Porto" s.p.a. (San Giorgio del Porto), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Alberto Quaglia e Francesco Paoletti, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118;

nei confronti di

Cantiere Navale di Camogli s.r.l., n. c. ;

sul ricorso numero di registro generale 6416 del 2014, proposto dalla società Cantiere Navale di Camogli s.r.l. (Cantiere Navale), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Massa e Ludovico Ferdinando Villani, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Via Asiago, 8;

contro

Officine Meccaniche Navali e Fonderie "San Giorgio del Porto" s.p.a., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

nei confronti di

Comune di Camogli, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato;

per la riforma

con riferimento a entrambi i ricorsi, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Liguria –Genova -Sezione II, n. 835/2014, resa tra le parti, concernente esclusione da procedura comparativa per l'affidamento in concessione di un'area demaniale marittima in ambito portuale;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della parte appellata, con i relativi allegati;

Viste le ordinanze cautelari collegiali di questa VI Sezione n. 4097 e n. 4099 del 16 settembre 2014 con le quali sono state accolte le istanze cautelari presentate dalle appellanti e, per l'effetto, è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 27 gennaio 2015 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Daniele Granara per il Comune di Camogli, Francesco Massa per la società Cantiere Navale di Camogli e Mario Alberto Quaglia per le Officine Meccaniche e Navali e Fonderie "San Giorgio del Porto" s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nell'ottobre del 2013 il Comune di Camogli ha indetto una procedura comparativa (procedura aperta) per l'assentimento in concessione, per quattro anni, di un'area demaniale marittima in ambito portuale, da utilizzare come scalo di alaggio natanti, cantiere navale e piattaforma per deposito di imbarcazioni.

Nel termine previsto dal bando sono pervenute due domande: quella della società San Giorgio del Porto e quella della società Cantiere Navale.

Nella prima seduta (13 dicembre 2013) la commissione di gara ha escluso la San Giorgio del Porto dalla procedura perché dalla visura camerale risultava che la legale rappresentanza della società era in capo sia alla Presidente del Consiglio di Amministrazione signora Ottavia Garrè, sia all'Amministratore delegato (AD) signor Ferdinando Garrè, e rilevando che le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*), previste dal bando-*lex specialis* a pena di esclusione, erano state rese solo dall'AD Ferdinando Garrè e non anche dalla presidente Ottavia Garrè; né l'AD aveva dichiarato la sussistenza dei detti requisiti ex art. 38 in capo alla presidente. Di qui l'esclusione, in base all'art. 10, punto 1, lett. a) del disciplinare di gara e alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2013, n. 23.

La San Giorgio del Porto ha proposto ricorso e, nella resistenza del Comune e della Cantiere Navale, il Tribunale amministrativo regionale della Liguria, sezione II, con la sentenza in epigrafe, previa reiezione del ricorso incidentale della Cantiere Navale (circostanza irrilevante ai fini dei presenti appelli), ha accolto il ricorso della San Giorgio annullando l'impugnata esclusione e condannando l'Amministrazione comunale a rimborsare alla ricorrente le spese e gli onorari di lite.

In particolare, secondo la sentenza, la dichiarazione circa il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, con particolare riferimento ai requisiti di moralità di cui alle lettere *b)* e *c)* dell'articolo stesso, può essere resa anche da parte di uno solo dei legali rappresentanti dell'impresa concorrente, anche per conto degli altri, cosicché nella specie l'omessa dichiarazione di uno dei due legali rappresentanti della società non poteva costituire ragione sufficiente per giustificare l'esclusione della San Giorgio del Porto dalla procedura. Deve considerarsi cioè sufficiente la presentazione di una sola dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, riferita anche agli altri amministratori, senza che sia necessaria l'indicazione nominativa degli altri soggetti, diversi dal sottoscrittore, muniti del potere di rappresentanza (ferma restando l'esigenza che, nel caso di successiva verifica, l'impresa dimostri che tutti i soggetti interessati sono effettivamente in possesso dei requisiti richiesti). Non occorre insomma la presentazione, a pena di esclusione dalla procedura, di singole e autonome dichiarazioni, rese dai legali rappresentanti, sull'insussistenza di cause di esclusione, e neppure è necessaria un'unica dichiarazione del legale rappresentante riferita anche agli altri amministratori, nominativamente individuati. L'interesse dell'Amministrazione deve concentrarsi sull'esclusione dei soggetti a carico dei quali sussistano cause ostative – il che può essere validamente dichiarato dal legale

rappresentante -, e non sulla conoscenza nominativa di tutti i rappresentanti dell'impresa e delle relative vicende personali. Nel caso in esame, l'omessa dichiarazione di uno dei due legali rappresentanti della società non poteva costituire ragione sufficiente per giustificare l'esclusione, anche perché la procedura di affidamento dell'area in concessione demaniale marittima non era soggetta alla rigorosa applicazione del citato art. 38: il richiamo all'art. 38 stesso operato dall'art. 10 del disciplinare di gara andava armonizzato con le altre prescrizioni della *lex specialis* che richiedevano la presentazione di una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal legale rappresentante, attestante il possesso dei requisiti di onorabilità in capo a tutti i soggetti aventi il potere di impegnare la Società.

2. Comune e Cantiere Navale, con distinti appelli, hanno criticato la sentenza sotto diversi aspetti.

2.1. Con i primi tre motivi il Comune ha evidenziato che la signora Ottavia Garrè, Presidente della San Giorgio e come tale dotata della legale rappresentanza della società, non ha reso alcuna dichiarazione, ricadendosi così nella fattispecie della radicale mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici*.

Come emerge dall'Allegato B al disciplinare di gara, l'AD Ferdinando Garrè ha adempiuto l'obbligo previsto dall'art. 38, oltre che dalla *lex specialis*, solo per se stesso, non avendo presentato alcuna dichiarazione per il soggetto terzo, legale rappresentante dell'impresa, vale a dire per la Garrè, non menzionata dall'AD. Le carenze suindicate non possono essere supplite dalla dichiarazione resa dall'AD, all'Allegato "B" al disciplinare di gara, "*di non avere a carico delle persone aventi ipoteri provvedimenti definitivi ostativi all'assunzione di pubblici appalti...*", dal momento che detta dichiarazione, oltre a essere generica poiché non individua i soggetti cui si riferirebbe, non fa richiamo all'art. 38 ma solo ad alcune delle condizioni ostative all'assunzione di appalti pubblici, con conseguente mancanza assoluta di alcune delle dichiarazioni di cui all'art. 38 e, in definitiva, palese inidoneità della dichiarazione nel suo complesso. La mancanza e la genericità delle dichiarazioni ex art. 38 sarebbe tale da far rientrare il caso nel novero delle ipotesi per le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 16 ottobre 2013 n. 23 e 30 luglio 2014, n. 16) ha sancito l'esclusione, con conseguente legittimità della disposta esclusione della San Giorgio, senza alcuno spazio per consentire al Comune di ricorrere al c. d. soccorso istruttorio. Inoltre, diversamente da quanto si è ritenuto in sentenza, nel caso in esame ha rigorosa applicazione l'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici*, a prescindere dalle previsioni della *lex specialis* di gara. In ogni caso, il possesso effettivo dei requisiti prescritti dall'art. 38 e l'obbligo di rendere le dichiarazioni di non trovarsi nelle condizioni dello stesso art. 38 sono stabiliti nella stessa *lex specialis*. In particolare, l'art. 4, comma 2, lett. b/2) del disciplinare di gara individua con chiarezza, tra i requisiti di accesso alla gara, relativamente alle persone giuridiche, la "*inesistenza delle condizioni di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006*", a conferma di quanto anticipato al punto 1. , lett. b) del medesimo art. 4, secondo il quale "*i soggetti partecipanti alla procedura non devono trovarsi nelle condizioni preclusive enunciate nell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006*", e il successivo art. 10 – "*modalità di presentazione della domanda*", prescrive che la busta A, relativa alla documentazione amministrativa, dovrà contenere, "*a pena di esclusione*" [...] "3) *la dichiarazione sostitutiva, ai sensi degli articoli 38 e 47 del D.P.R. 445/2000 [...] integrata nella domanda di partecipazione*

redatta secondo il modello allegato sotto la lettera "B" e attestante [...] di non trovarsi nelle condizioni previste nell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 [...]"

Con i motivi IV e V l'appellante ha poi dedotto l'erroneità della statuizione della sentenza di condanna del Comune al rimborso delle spese di lite e alla rifusione dell'importo versato dalla San Giorgio del Porto a titolo di contributo unificato.

Il Comune ha concluso chiedendo la riforma della sentenza e, per l'effetto, la reiezione del ricorso principale di primo grado. Vinte le spese.

2.2. Appare poco dissimile l'impostazione data dalla Cantiere Navale al proprio appello, basato su due motivi, concernenti violazione degli articoli 38 e 46 d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali sulla partecipazione alle gare, e violazione degli articoli 4 e 10 del disciplinare di gara.

La Cantiere Navale ha, tra l'altro, sottolineato come la possibilità di verifica *a posteriori* da parte della stazione appaltante non esclude che *ex ante* la stazione appaltante debba essere posta in via immediata nella condizione di verificare la sussistenza, o meno, dei requisiti per la partecipazione alla procedura, e come non sia vero che l'interesse della p.a. si concentri sull'esclusione dei soggetti a carico dei quali sussistano cause ostative, dato che la norma pone a carico dei concorrenti oneri formali e procedurali a tutela di interessi generali di efficienza, economicità e celerità dell'azione amministrativa, oltre che di *par condicio* tra i concorrenti.

La San Giorgio del Porto si è costituita e ha controdedotto insistendo per la reiezione degli appelli e per la conferma della sentenza.

Alla camera di consiglio del 16 settembre 2014 la Sezione, con le ordinanze n. 4097 e n. 4099 del 2014, ha accolto le istanze cautelari, non sembrando, gli appelli, a un primo e sommario esame, sprovvisti di *fumus boni iuris*, e per l'effetto ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

All'udienza del 27 gennaio 2015 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

3. Preliminarmente deve essere disposta la riunione degli appelli avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm..

4. Gli appelli sono fondati e da accogliere. Il ricorso di primo grado della San Giorgio del Porto andava respinto poiché infondato. E infatti:

- la signora Ottavia Garrè, Presidente della San Giorgio e come tale dotata della legale rappresentanza della società, non ha reso alcuna dichiarazione. Viene pertanto in rilievo la fattispecie della radicale mancanza delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici* (applicabile alla procedura in questione, in quanto recepita attraverso *la lex specialis*, come si dirà);

- in ogni caso l'AD Ferdinando Garrè ha adempiuto l'obbligo di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, solo per se stesso, non avendo reso la dichiarazione prescritta (anche) per l'altro soggetto munito di poteri di rappresentanza legale dell'impresa, vale a dire per la Presidente Garrè, non menzionata dall'AD; e comunque avendo, il Garrè, reso una dichiarazione "*di non avere a carico delle persone aventi i poteri provvedimenti definitivi ostantivi all'assunzione di pubblici appalti*" generica, poiché priva di indicazioni nominative dei soggetti cui si riferiva e comunque insufficiente poiché non rapportata all'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici*, come avrebbe dovuto essere, ma relativa solo ad alcune delle condizioni ostantive all'assunzione di appalti pubblici specificate dalla norma, con conseguente inesistenza *in parte qua* e in ogni caso insufficienza e inidoneità della dichiarazione medesima nel suo complesso. Venendo in questione una dichiarazione mancante, non poteva darsi luogo al c. d. soccorso istruttorio;

- alla procedura, finalizzata come detto all'assentimento, per quattro anni, di un'area demaniale marittima in ambito portuale, trova applicazione rigorosa il citato art. 38, richiamato in modo esplicito e reiterato, e quindi recepito, dalla *lexspecialis*.

Più in dettaglio, vero è che, come non manca di sottolineare l'appellata e come riconosce anche l'appellante Cantiere Navale, l'orientamento "sostanzialistico" in tema di dichiarazioni ex art. 38 fatto proprio dal Tribunale amministrativo regionale è stato recepito mediante l'introduzione, da parte dell'art. 39, comma 1, del decreto -legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, del comma 2-bis al suddetto art. 38, secondo cui la mancanza, l'incompletezza e l'irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento di una sanzione pecuniaria e non comporta l'esclusione dalla procedura; e se le irregolarità non sono essenziali, o le dichiarazioni mancanti o incomplete non sono indispensabili, la stazione appaltante non ne chiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

E' altrettanto vero però che, per il principio *tempus regit actus*, la nuova norma si applica solo alle procedure indette dopo la sua entrata in vigore: Anzi, riguardo al caso in esame proprio l'innovazione testuale conferma implicitamente che la regolarizzazione *ex post* non è consentita – ferma la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato - per le mancanze, le incompletezze o le irregolarità essenziali delle dichiarazioni, antecedenti alla modifica normativa.

Ciò premesso, sempre in via preliminare va rammentato che per Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2013, n. 23:

-gli obblighi di dichiarazione dei requisiti di moralità prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici (imposti all'impresa partecipante del possesso, ex art. 38, comma 1, lett. b) e c), d. lgs. n. 163 del 2006) gravano su quelle persone fisiche che, in base alla disciplina codicistica ed allo 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;

- peraltro, qualora l'onere di rendere la dichiarazione ex art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 per i procuratori *ad negotia* non sia contemplato, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*, l'esclusione può essere disposta non già per l'omissione di siffatta dichiarazione, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione. Qualora cioè 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.

E' vero che l'obbligo di rendere le dichiarazioni suddette da parte di tutte le persone abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari risulta attenuato alla luce della sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16 con la quale si è considerato che *"la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38, d. lg. 12 aprile 2006, n. 163 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..."*.

Peraltro, qualora la *lex specialis* consenta che un soggetto con legale rappresentanza possa rendere le dichiarazioni ex art. 38 anche per conto di altri legali rappresentanti della società concorrente, affinché tale dichiarazione sia validamente resa occorre che i soggetti in questione siano indicati in modo preciso, non potendo essere resa in modo valido una dichiarazione *in incertam personam* (per una fattispecie sotto alcuni aspetti analoga a quella odierna si fa rinvio, anche ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d), Cod. proc. amm., alla sentenza Cons. Stato, III, 7 aprile 2014, n. 1634, che ha affermato che la dichiarazione ex art. 38 formulata dal legale rappresentante della società anche con riguardo a soggetti terzi (qualora ciò sia consentito dal bando) non può essere resa *in incertam personam* ma *"deve necessariamente indicare il soggetto nei cui riguardi è rilasciata...comportando, inoltre, la dichiarazione resa l'assunzione di responsabilità sul piano penale per falsità o mendacio, deve necessariamente recare l'individuazione della persona che si afferma indenne dai pregiudizi che possono impedire la partecipazione alla gara, restando altrimenti vanificata la comminatoria di responsabilità. Va ancora aggiunto che l'eventuale controllo a campione nei ristretti termini previsti dal richiamato art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, della veridicità di quanto auto dichiarato, impone che da subito la stazione appaltante sia posta in condizione di conoscere i nominativi degli amministratori muniti del potere di rappresentanza nei cui confronti procedere al successivo riscontro documentale. Va, quindi, condivisa la conclusione cui è pervenuto il T.A.R. secondo la quale una dichiarazione del tutto astratta e generica, oltre a vanificare i poteri di verifica dell'Amministrazione, è priva in radice di ogni valenza probatoria. Quando, pertanto, il dichiarante non si riferisca a sé stesso deve necessariamente identificare il terzo cui sono riferiti gli stati, fatti e qualità. La dichiarazione generica ed incompleta fa, pertanto, venir meno uno degli elementi essenziali della domanda prodotta per l'ammissione della gara e comporta l'esclusione del candidato proprio per l'omesso adempimento dell'onere certificativo del possesso dei requisiti prescritti per la valida partecipazione, indipendentemente da ogni espressa comminatoria nel bando di gara..."*.

In base a questa condivisibile pronuncia, una dichiarazione ex art. 38 astratta, generica e incompleta preclude la possibilità di dare luogo al c. d. "soccorso istruttorio", dovendo venire

in questione un'integrazione documentale, non consentita.

Tornando al caso in esame, anche a ritenere che potessero non essere necessarie a pena di esclusione singole e autonome dichiarazioni di insussistenza di cause di esclusione ex art. 38 da parte di ciascun legale rappresentante e amministratore, resta comunque che la dichiarazione – unica- del legale rappresentante andava riferita anche agli altri amministratori individuati – o agevolmente individuabili - in via nominativa (il che non è avvenuto), e che la dichiarazione stessa doveva essere rapportata all'art. 38. Invece, la dichiarazione dell'AD Ferdinando Garrè "ex art. 38" è stata resa solo per se stesso; e la dichiarazione – sempre all'Allegato "B" al disciplinare di gara, pag. 3 - "*di non avere a carico delle persone aventi i poteri provvedimenti definitivi ostativi all'assunzione di pubblici appalti*", non solo non è rapportata all'art. 38 del *Codice dei contratti pubblici* ma riguarda solo alcune delle condizioni ostative all'assunzione di appalti pubblici specificate dalla norma, con conseguente non qualificabilità come dichiarazione resa da un legale rappresentante per conto di altri soggetti dotati di poteri di rappresentanza legale. La dichiarazione non coincide con le previsioni dell'art. 38, con conseguente inesistenza *in parte qua* e in ogni caso insufficienza e inidoneità (della dichiarazione medesima) nel complesso. Venendo in questione una dichiarazione mancante, non poteva darsi luogo al c.d. soccorso istruttorio, pena la lesione della *par condicio*.

La dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38 andava presentata a pena di esclusione, ex art. 10 del disciplinare di gara, come si dirà più avanti.

La sentenza non va condivisa anche laddove, al punto 8.2., ha ritenuto inapplicabile l'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 alla procedura e ha inteso la *lex specialis* nel senso che richiede la presentazione di una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal legale rappresentante, attestante il possesso dei requisiti di onorabilità in capo a tutti i soggetti aventi il potere di impegnare la società, e che il modello allegato al bando consentiva una dichiarazione riferita a una pluralità indeterminata di soggetti, senza contemplarne l'indicazione dei nominativi, di tal che la dichiarazione compilata in modo conforme al modello non avrebbe potuto determinare l'esclusione della San Giorgio dalla procedura.

Come bene rilevano le appellanti, l'art. 4, comma 2, lett. b/2) del disciplinare di gara individua con chiarezza, tra i requisiti di accesso alla gara, relativamente alle persone giuridiche, la "*inesistenza delle condizioni di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006*", a conferma di quanto anticipato al punto 1., lett. b) del medesimo art. 4, secondo il quale "*i soggetti partecipanti alla procedura non devono trovarsi nelle condizioni preclusive enunciate nell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006*". Il successivo art. 10—"modalità di presentazione della domanda", prescrive che la busta A, relativa alla documentazione amministrativa, dovrà contenere, "*a pena di esclusione*"...³⁾ *la dichiarazione sostitutiva, ai sensi degli articoli 38 e 47 del D.P.R. 445/2000 [...] integrata nella domanda di partecipazione redatta secondo il modello allegato sotto la lettera "B" e attestante [...] di non trovarsi nelle condizioni previste nell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 [...]*".

Nemmeno il modello di dichiarazione allegato al disciplinare potrebbe essere inteso, contrariamente a quanto assume la sentenza impugnata, nel senso di consentire a un solo

soggetto di rendere la dichiarazione anche per gli altri soggetti obbligati, senza neppure elencarli in via nominativa, e questo sia perché la *lex specialis* impone di indicare nella domanda non le generalità del “dichiarante” ma quelle del “legale rappresentante”, e quindi di tutti i legali rappresentanti, se questi sono più di uno; e sia perché in ogni caso la dichiarazione va resa in conformità alla disciplina normativa di riferimento e quindi nel senso che il dichiarante sia tenuto in modo esplicito a indicare i diversi soggetti legali rappresentanti per i quali rende la dichiarazione, assumendosene la responsabilità, pena l’assoluta insufficienza o mancanza, *in parte qua*, della dichiarazione stessa.

La questione dell’applicabilità dell’art. 38, alla procedura va dunque risolta, indipendentemente dall’applicabilità della disposizione in via immediata e diretta, a prescindere cioè da specifiche previsioni della *lex specialis*, a procedimenti di selezione di concessionari demaniali marittimi, nel senso che, nel caso in esame, la *lex specialis*, attraverso l’esplicito e reiterato rinvio all’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, ha recepito *in toto* la disciplina dello stesso art. 38 sanzionando con l’esclusione dalla procedura l’omissione delle dichiarazioni prescritte dalla norma.

Di qui la rilevanza - non solo dell’accertamento della sussistenza dei requisiti di moralità ex art. 38 in capo ai concorrenti, ma anche – dell’omissione della prescritta dichiarazione ex art. 38.

In definitiva, non è condivisibile quanto viene affermato in sentenza, cioè che la dichiarazione circa l’effettivo possesso dei requisiti da parte della società concorrente può essere sempre resa da un solo soggetto anche in nome e per conto di altri, neppure individuati, legali rappresentanti (e quindi in difetto dell’assunzione della relativa responsabilità), e che l’interesse dell’Amministrazione si concentra sull’esclusione dei soggetti a carico dei quali sussistano cause ostative. La norma, infatti, nel porre a carico dei concorrenti oneri formali e procedurali, mira a garantire l’efficienza dell’azione amministrativa e l’interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura, attraverso una verifica immediata della sussistenza o meno dei requisiti, oltre a salvaguardare la *par condicio* dei concorrenti medesimi, dato che il dovere di soccorso va circoscritto a irregolarità riferite a documenti comunque ritualmente presentati in sede di gara e non a casi di vere e proprie omissioni.

Nel contesto normativo indicato, esistenza e completezza della dichiarazione sono dunque di per sé valori da perseguire, consentendo una rapida decisione sull’ammissione dei concorrenti alla procedura.

Gli appelli riuniti vanno dunque accolti e la sentenza impugnata riformata.

Il ricorso di primo grado della società Cantiere Navale andava respinto.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo (il che implica l’assorbimento della IV e della V censura d’appello del Comune incentrate sull’erroneità della statuizione della sentenza di condanna del Comune al rimborso delle spese di lite e alla rifusione dell’importo versato dalla San Giorgio del Porto a titolo di contributo unificato).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, previa riunione degli stessi li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado proposto dall'appellata società Officine Meccaniche Navali e Fonderie "San Giorgio del Porto spa".

Condanna l'appellata a rimborsare le spese e gli onorari del giudizio:

-nella misura di € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre a IVA e CPA, a favore del Comune di Camogli, e

-nella misura di € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre a IVA e CPA, a favore della s.r.l. Cantiere Navale di Camogli.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La pronuncia in commento che – si rammenta – interviene in un quadro normativo profondamente innovato dal D.L. n. 90/2014, conv. nella L. n. 114/2014, *ratione temporis* inapplicabile al caso di specie, torna ad affrontare lo spinoso tema delle condizioni di ammissibilità della dichiarazione dei requisiti per conto terzi, già oggetto del recente arresto dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014.

Il Collegio, pur prendendo atto delle conclusioni rassegnate dalla menzionata sentenza - a tenore della quale *“la dichiarazione sostitutiva relativa all’assenza delle condizioni preclusive previste dall’art. 38, D.lgs. n. 163/2006 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...”* – **conferma il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante per non aver l’impresa ricorrente indicato nominativamente i legali rappresentanti diversi dal dichiarante.**

Sul punto, chiarisce, infatti, come, affinché la dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 sia validamente resa, occorre che i soggetti per i quali è rilasciata siano indicati in modo preciso, altrimenti configurandosi una dichiarazione mancante, insuscettibile di dar luogo al cd. soccorso istruttorio, pena la lesione della *par condicio*.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il giudizio viene promosso da una società, partecipante ad una gara per l’assentimento in concessione di un’area demaniale, al fine di censurare il provvedimento di esclusione dalla procedura, adottato dalla stazione appaltante sul presupposto dell’omessa dichiarazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 da parte di uno dei legali rappresentanti della società (nella specie, il Presidente del c.d.a.).

I giudici di *prime cure*, in un’ottica marcatamente sostanzialistica, annullano l’impugnata esclusione, reputando *“sufficiente la presentazione di una sola dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, di non trovarsi nelle condizioni previste dall’art. 38, riferita anche agli altri amministratori, senza che sia necessaria l’indicazione nominativa degli altri soggetti, diversi dal sottoscrittore, muniti del potere di rappresentanza (fermo restando l’esigenza che, nel caso di successiva verifica, l’impresa dimostri che tutti i soggetti sono effettivamente in possesso dei requisiti richiesti)”*.

Siffatta statuizione, censurata con distinti appelli dall’Amministrazione comunale e dall’impresa concorrente, viene ribaltata dalla VI sezione del C.d.S..

Invero, Palazzo Spada, dopo aver precisato l’inapplicabilità *ratione temporis* del comma 2-bis dell’art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, introdotto dal D.L. n. 90/2014 conv. in L. n. 114/2014, evidenzia la necessità di orientarsi alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza.

Segnatamente, in ordine alla questione interpretativa oggetto del giudizio, **assume rilevanza centrale il *dictum* della Ad. Plenaria n. 16/2014**, alla cui stregua: *“la dichiarazione sostitutiva relativa all’assenza delle condizioni preclusive previste dall’art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentativi*

dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici...".

Il menzionato arresto – evidenziano i giudici d'appello – pur avendo attenuato l'obbligo di rendere le dichiarazioni ex art. 38, D. Lgs. n. 163/2006 da parte di tutte le persone abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari, non consente, però, di reputare valide le dichiarazioni *in incertam personam* che, in quanto generiche, astratte e incomplete, precludono la possibilità di dar luogo al cd. soccorso istruttorio e, pertanto, sono suscettibili di fondare il provvedimento di esclusione.

Invero – si legge in sentenza – “la norma, nel porre a carico dei concorrenti oneri formali e procedurali, mira a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa e l'interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura, attraverso una verifica immediata della sussistenza o meno dei requisiti, oltre a salvaguardare la par condicio dei concorrenti medesimi, dato che il dovere di soccorso va circoscritto a irregolarità riferite a documenti comunque ritualmente presentati in sede di gara e non a casi di vere e proprie omissioni. Nel contesto normativo indicato, esistenza e completezza della dichiarazione sono dunque di per sé valori da perseguire, consentendo una rapida decisione sull'ammissione dei concorrenti alla procedura”.

Sulla scorta delle esposte argomentazioni, il Collegio, **richiamando l'impostazione accolta da Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1634**, perviene alla conclusione per cui **la dichiarazione resa dall'A.D. “di non avere a carico delle persone aventi i poteri provvedimenti definitivi ostativi all'assunzione di pubblici appalti”, non sia qualificabile come dichiarazione resa da un legale rappresentate per conto di altri soggetti dotati di rappresentanza legale, in quanto generica e insufficiente, atteso che, per un verso, “la dichiarazione unica del legale rappresentate andava riferita anche agli altri amministratori individuati, o facilmente individuabili, in via nominativa” e, per l'altro, “doveva essere rapportata all'art. 38”;** pertanto, “venendo in questione una dichiarazione mancante, non poteva darsi luogo al cd. soccorso istruttorio, pena la lesione della *par condicio*”.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come cennato, la pronuncia in commento affronta un tema ampiamente dibattuto, in ordine al quale si è sovente auspicato l'intervento chiarificatore della Plenaria.

Invero, la questione **dell'ammissibilità e delle condizioni di validità della dichiarazione dei requisiti ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 resa dal legale rappresentante per conto di soggetti terzi**, è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale che ha visto contrapporsi un orientamento di stampo sostanzialistico ed una tesi di ispirazione formalistica.

Segnatamente, i dubbi interpretativi hanno investito un duplice ordine di problematiche: la possibilità che un soggetto munito di poteri di rappresentanza renda la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione dalla gara, oltre che per sé, anche per altri soggetti che nell'impresa devono possedere tale requisito e la comminabilità dell'esclusione dalla gara per l'omessa indicazione analitica e nominativa di tutti i soggetti che nell'impresa hanno poteri di rappresentanza o di direzione e per i quali la dichiarazione viene rilasciata.

Per vero, in ordine alla prima delle menzionate questioni, il tenore letterale dell'**art. 47 D.P.R. n. 445/2000 in materia di dichiarazioni sostitutive, richiamato dall'art. 38, comma 2° del Codice dei contratti pubblici**, non innesca particolari incertezze; invero, il comma 2° della menzionata norma espressamente dispone che la dichiarazione resa nell'interesse del dichiarante possa riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza.

Non a caso, la prevalente giurisprudenza (*ex multis*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 7 aprile 2011, n. 852; Cons. Stato, Sez. III, 21 febbraio 2012, n. 938; *idem*, Sez. V, 1 aprile 2014, n. 1563), già prima dell'avallo della Plenaria, si è espressa nel senso di ritenere ammissibile la dichiarazione dei requisiti resa per conto di terzi, in quanto suscettibile di contemperare, per un verso, l'interesse della P.A. ad esser edotta in ordine a possibili cause ostative alla partecipazione alla gara, per l'altro, quello dei concorrenti alla semplificazione e alla riduzione degli oneri burocratici.

Ad ogni buon conto, non può sottacersi come un minoritario formante giurisprudenziale si sia assestato su posizioni opposte, richiamando i principi di autoresponsabilità e di personalità della responsabilità penale, suscettibile di derivare dalle dichiarazioni sostitutive ai sensi dell'art. 76 D.P.R. n. 445/2000.

Venendo all'analisi della questione ermeneutica di maggior interesse - ovvero quella concernente l'ammissibilità di una dichiarazione con cui uno dei rappresentanti attesti la sussistenza dei requisiti di moralità professionale in capo a tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, senza una loro indicazione analitica e nominativa - su cui si focalizza la pronuncia in commento, è opportuno trarre le mosse dalle indicazioni recentemente rese dal Supremo Consesso Amministrativo.

Sul punto, si è chiarito 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".

Dunque, **la Plenaria ha mostrato di disattendere l'impostazione formalistica accolta dalla prevalente giurisprudenza** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3972; *idem*, 20 ottobre 2010, n. 7578; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 6 maggio 2010, n. 1297; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 9649; Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053; *idem*, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1634), incline a sostenere la necessaria indicazione nominativa dei singoli soggetti per i quali la dichiarazione è resa in ragione della considerazione per cui, diversamente opinando, sarebbe, non solo, preclusa alla P.A. la tempestiva conoscenza di possibili cause di esclusione dalla gara, ma anche frustrato il principio di autoresponsabilità su cui si fonda il sistema di autocertificazione.

Nel delineato panorama giurisprudenziale si inserisce la sentenza in esame che, per vero, pare discostarsi dalle perentorie conclusioni della Plenaria (secondo cui *"b) la dichiarazione sostituiva 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 sostituiva 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"*) laddove, qualificando come generica la dichiarazione resa dal rappresentante legale dell'impresa *"poiché priva di indicazioni nominative dei soggetti cui si riferiva"*, addiuvata alla conclusione per cui, *"venendo in considerazione una dichiarazione mancante, non poteva darsi luogo al soccorso istruttorio"*.

In ordine a questo ultimo profilo, occorre precisare come **la fattispecie oggetto della sentenza non rientri, *ratione temporis*, nella latitudine applicativa dell'art. 38, comma 2-bis, D.L.gs. n. 163/2006, introdotto dal D.L. n. 90/2014, conv. in L. n. 114/2014, che, com'è noto, ha introdotto il cd. "soccorso istruttorio a pagamento" per la mancanza, l'incompletezza e l'irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive.**

Invero, Palazzo Spada coglie l'occasione per ribadire come **"l'innovazione testuale confermi implicitamente che la regolarizzazione ex post non è consentita per le mancanze, le incompletezze o le irregolarità essenziali delle dichiarazioni antecedenti alla modifica normativa"**, sì confermando quanto già chiarito dall' Ad. Plenaria n. 16/2014 che, nello scrutinare una fattispecie anteriore alla novella dell'art. 38, ha escluso la diretta ed immediata applicabilità dello *ius superveniens*, conformandosi al sistema di regole vigente al momento dell'aggiudicazione della procedura.

Trattasi di un sistema di regole di matrice giurisprudenziale, che trova i suoi punti di riferimento nelle note pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014 e, da ultimo, n. 16/2014, intervenute a comporre il contrasto sorto in ordine alla portata del cd. soccorso istruttorio.

Invero, il panorama giurisprudenziale per lungo tempo ha visto contrapporsi una **tesi di stampo sostanzialistico, volta a favorire la massima partecipazione degli operatori**

economici alle gare pubbliche, ed un prevalente orientamento formalistico, condiviso anche dal Supremo Consesso Amministrativo, incline a limitare il perimetro applicativo del soccorso istruttorio.

Segnatamente, il primo dei menzionati indirizzi (v., su tutte, Cons. Stato, ord. Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681) si è espresso nel senso di reputare ammissibile l'esclusione dalla gara solo per l'effettiva insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 e non anche per mancanze o incompletezze documentali suscettibili di essere regolarizzate con il soccorso istruttorio.

A sostegno di siffatta impostazione si sono addotti una pluralità di argomenti, quali: la necessità di valorizzare il **principio di leale collaborazione tra P.A. e cittadino**, il **principio di proporzionalità**, irrimediabilmente frustrato ove si pervenisse all'esclusione da gare di notevole valore economico per incompletezze documentali di scarsa rilevanza, e, ancora, la tendenza legislativa alla **dequotazione dei vizi formali** e alla riduzione degli oneri burocratici, nonché il principio comunitario di massima partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione di commesse pubbliche.

Taluni arresti giurisprudenziali (Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3214; *idem*, 9 novembre 2010, n. 7967) hanno altresì richiamato il principio di matrice penalistica del **cd. falso innocuo**, alla cui stregua una dichiarazione incompleta o non veritiera non è di per sé suscettibile di pregiudicare l'esito della gara ove l'operatore economico risulti munito dei requisiti di partecipazione.

Indizi a favore della tesi in parola sono stati desunti anche dall'intervento normativo del 2011 (d.l. 11 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106), con cui il legislatore ha codificato il principio di **tassatività delle cause di esclusione**, introducendo nel corpo dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 il comma 1-*bis*, a tenore del quale la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi espressamente indicati dalla norma.

Alla stregua dell'indirizzo sostanzialistico, dalla limitazione del potere della stazione appaltante di imporre oneri formali a pena di esclusione, sarebbe consentito evincere l'*intentio legis* di contenere il potere delle amministrazioni di autolimitare il dovere soccorso istruttorio; sicché, graverebbe in capo alle stesse l'obbligo di darvi luogo ogniqualvolta la causa di esclusione non abbia fondamento normativo, implicito o esplicito.

Come cennato, le esposte argomentazioni non hanno trovato l'avallo dell'Adunanza Plenaria (v. Ad. Plen. n. 9/2014 – n. 16/2014), più volte intervenuta a dirimere il contrasto interpretativo.

Invero, l'Alto Consesso ha reputato di condividere l'**orientamento di stampo formalistico**, delineatosi in ossequio ai **principi di autoresponsabilità** per gli errori commessi e di **par condicio tra i concorrenti**, che – si è asserito – finirebbero con l'essere assoggettati ad un trattamento differenziato ove si consentisse a taluni di eludere i termini per l'adempimento degli oneri formali di partecipazione.

La Plenaria, inoltre, ha offerto una **diversa lettura dell'art. 46, comma 1-bis D.Lgs. n. 163/2006**, ritenendo che la norma, laddove facente riferimento al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice" quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, debba essere interpretata nel senso dell'obbligatoria esclusione del concorrente che abbia violato gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38.

A sostegno dell'esegesi più restrittiva si è altresì addotta la considerazione per cui **la ratio dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 è consentire alla P.A. la rapida acquisizione della documentazione necessaria al procedimento, sì da favorire la celerità e l'efficienza dell'azione amministrativa; da tale premessa si è dedotta l'inconferenza dell'argomento fondato sul cd. falso innocuo**, alla cui stregua ciò che rileva ai fini dell'esclusione del concorrente è solo l'effettiva sussistenza di cause ostative alla partecipazione (v. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271; *idem*, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4932; in tale senso v. altresì la sentenza in commento, secondo cui *"la norma, nel porre a carico dei concorrenti oneri formali e procedurali, mira a garantire l'efficienza dell'azione amministrativa e l'interesse pubblico alla sollecita definizione della procedura, attraverso una verifica immediata della sussistenza o meno dei requisiti, oltre a salvaguardare la par condicio dei concorrenti medesimi, dato che il dovere di soccorso va circoscritto a irregolarità riferite a documenti comunque ritualmente presentati in sede di gara e non a casi di vere e proprie omissioni. Nel contesto normativo indicato, esistenza e completezza della dichiarazione sono dunque di per sé valori da perseguire, consentendo una rapida decisione sull'ammissione dei concorrenti alla procedura"*.)

In virtù di tanto, si è consolidato l'indirizzo incline a **limitare l'ambito del soccorso istruttorio ai soli casi di regolarizzazione documentale, ovvero di completamento di dichiarazioni e documenti già presenti, e a escluderne, invece, quelli di integrazione**, ammessa solo in ipotesi di clausole ambigue o modulistica errata predisposta dalla P.A. (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; *idem*, Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 2778; *idem*, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123; *idem*, Sez. V, 2 giugno 2013, n. 3397).

Ebbene, **l'opzione formalistica accolta dalla giurisprudenza è stata del tutto disattesa dal legislatore che, con l'introduzione del cd. "soccorso istruttorio a pagamento" a mezzo del D.L. n. 90/2014, conv. in L. n. 114/2014**, ha completamente sovvertito il sistema di regole vigente sino al recente passato.

Invero, il neointrodotta comma 2-bis dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 ha disposto 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 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; decorso inutilmente tale termine, l'impresa è esclusa dalla gara. Viceversa, nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna

sanzione.

La norma, seppur pregevole nel suo **intento di “evitare esclusioni formalistiche e consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie” (in terminis, Ad. Plen. n. 16/2014), con conseguente valorizzazione dal favor partecipatonis e deflazione del contenzioso giudiziale**, ha generato molteplici dubbi esegetici, segnalati da dottrina e giurisprudenza.

In primo luogo, si è evidenziato l'ampio e forse eccessivo margine di discrezionalità lasciato alle stazioni appaltanti nell'individuare le irregolarità e le incompletezze essenziali, ancorché sul punto siano recentemente intervenuti i chiarimenti dell'A.N.A.C. (v. Determinazione 8 gennaio 2015, n.1), secondo cui sarebbero da reputarsi tali solo quelle carenze che determinino l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito di cui all'art. 38, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 sia posseduto o meno e da quali soggetti (ovvero, quando “*a) non sussiste una dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38; b) la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolari del requisito; c) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno*”).

Taluni spunti critici sono stati altresì offerti dall'omessa previsione della gradualità della sanzione in ragione della gravità della violazione, nonché dall'asserito contrasto della norma con l'art. 12 D.Lgs. n. 209/2005, che vieta le assicurazioni aventi a oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative.

Infine, non può sottacersi il contrasto interpretativo sorto in ordine alla possibilità di rinunciare al soccorso istruttorio, ammessa dall'A.N.A.C. e invece negata dalla Corte dei Conti, e, ancora, quello concernente le modalità procedurali con cui debba aver luogo la regolarizzazione. Invero, a parere di taluni, dovrebbe procedersi al soccorso istruttorio prima di proseguire con le successive fasi del procedimento, sospendendo la seduta di gara; di segno opposto la tesi secondo cui, in omaggio ai principi di semplificazione e celerità, sarebbe da preferirsi l'opzione favorevole all'ammissione con riserva del concorrente, in modo da consentire la prosecuzione della procedura senza attendere l'esito del soccorso istruttorio.

BIBLIOGRAFIA

F. Armenante, *La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione alla gara*, in www.amministrativamente.com;

E. M. Barbieri, *Tre decisioni dell'Adunanza plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2014, 2, 337 ss.;

E. M. Barbieri, *Le clausole di esclusione dalle gare pubbliche ed il principio del soccorso istruttorio secondo l'Adunanza plenaria n. 9/2014*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, 2, 550

ss.;

F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014;

F. Caringella, M. Giustiniani, *Sub. Artt. 38 e 46, Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Ed. Dike, 2015;

P. Cerbo, *Il soccorso istruttorio fra 'mere' irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 12, 1288 ss.;

L. De Pauli, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urbanistica e appalti* 2014, 12, 1298 ss.;

C. Del Regno, *All'attenzione della Plenaria l'ammissibilità della dichiarazione dei requisiti "per conto di terzi": un difficile bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, 4, 69 ss.;

E. Frediani, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 5, 503 ss.

M. La Rocca, *Il contenuto delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2015, 1, 32 ss.;

A. Manzi, *In attesa della Plenaria... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 12, 1309 ss.;

T. F. Massari, *L'ammissibilità della dichiarazione dei requisiti 'per conto terzi' approda in Plenaria*, in questa Rivista;

M. Pastore, *La dequotazione dei vizi formali attinenti ai requisiti di partecipazione alle gare di appalto dopo il D.L. n. 90/2014*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2015, 2, 18 ss.;

A. Pazzaglia, *La dichiarazione sostitutiva ex art. 38: la semplificazione nei rapporti con la stazione appaltante, tra onere istruttorio (senza soccorso) e doverosità dell'esclusione*, in questa Rivista.

