

Ancora sulla rilevanza (formale o sostanziale?) degli obblighi dichiarativi ex art. 38 del Codice dei contratti e sull'applicabilità del "falso innocuo" alle gare d'appalto

di Laura Di Giovanni

Data di pubblicazione: 31-5-2013

Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 21 maggio 2013, n. 1332

Presidente Leo; Estensore De Vita

Nelle gare d'appalto, la mancanza di una espressa previsione della lex specialis circa le conseguenze che si producono nel caso di omissione della dichiarazione sulle eventuali condanne penali riportate dai legali rappresentanti dell'impresa partecipante alla gara non può impedire l'esclusione dell'impresa che abbia omesso di rendere tale dichiarazione, atteso che gli obblighi dichiarativi previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 – norma avente un chiaro contenuto di ordine pubblico – debbono ritenersi imposti a prescindere da una espressa previsione della legge di gara, che viene automaticamente eterointegrata dalla disposizione in questione.

Nelle gare d'appalto, in caso di mancata dichiarazione in ordine alla insussistenza di cause di esclusione dalla gara da parte dei legali rappresentanti dell'impresa, l'istituto del falso innocuo non può essere applicato. Difatti, nelle procedure di evidenza pubblica la completezza (e, a fortiori, l'esistenza) delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente - anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità - la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1969 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Charta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Enzo Robaldo e Susanna Corsini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio primo in Milano, Via Pietro Mascagni n. 24;

contro

- la Fondazione Teatro alla Scala di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alberto Vita Samory, Giuseppe Matteo Masoni e Francesco Brizzi, ed elettivamente domiciliata in Milano, Piazza Borromeo n. 10, presso lo Studio Ripa Di Meana e Associati;

nei confronti di

- TicketOne S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Guido Bardelli, M. Alessandra Bazzani e Francesca Maria Colombo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Milano, Via Visconti di Modrone n. 12;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento a firma del Presidente della Commissione giudicatrice del 21 giugno 2012, prot. n. 1303/2012, trasmesso alla odierna ricorrente con nota e-mail del Provveditore della Fondazione Teatro alla Scala (responsabile del procedimento) in data 27 giugno 2012, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, a favore di TicketOne S.p.a., della gara per l'affidamento di un sistema di biglietteria informatizzata per la vendita di biglietti e abbonamenti, relativi agli spettacoli organizzati dalla Fondazione, comprensivo del supporto hardware e software e del servizio, non esclusivo, di vendita e incasso limitatamente alle prevendite on-line e nei punti vendita autorizzati, con contratto accessorio di sponsorizzazione delle attività istituzionali e degli eventi culturali promossi e/o organizzati dalla Fondazione, della stessa durata del servizio di biglietteria;

- nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, meglio specificati nell'epigrafe del ricorso;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento del Responsabile del procedimento – Provveditore della Fondazione Teatro alla Scala del 16 novembre 2012 di approvazione dei verbali di gara nn. 1 e 2 e di aggiudicazione definitiva alla TicketOne S.p.a.;

- del provvedimento del Direttore Generale della Fondazione Teatro alla Scala del 19 novembre 2012, prot. 2124/2012, riguardante l'aggiudicazione definitiva alla TicketOne S.p.a.;

- nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, meglio specificati nell'epigrafe del ricorso per motivi aggiunti;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro alla Scala di Milano e di TicketOne S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da TicketOne S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1241/2012 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 7 maggio 2013, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 24 luglio 2012 e depositato il 31 luglio successivo, la ricorrente Charta s.r.l. ha impugnato, tra l'altro, il provvedimento a firma del Presidente della Commissione giudicatrice del 21 giugno 2012, prot. n. 1303/2012, trasmesse con nota e-mail del Provveditore della Fondazione Teatro alla Scala (responsabile del procedimento) in data

27 giugno 2012, recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, a favore di TicketOne S.p.a., della gara per l'affidamento di un sistema di biglietteria informatizzata per la vendita di biglietti e abbonamenti, relativi agli spettacoli organizzati dalla Fondazione Teatro alla Scala di Milano, comprensivo del supporto hardware e software e del servizio, non esclusivo, di vendita e incasso limitatamente alle prevendite on-line e nei punti vendita autorizzati, con contratto accessorio di sponsorizzazione delle attività istituzionali e degli eventi culturali promossi e/o organizzati dalla Fondazione, della stessa durata del servizio di biglietteria.

È stato chiesto, altresì, il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

A sostegno del ricorso vengono dedotti otto motivi di ricorso.

Con il primo motivo si assume la violazione e la falsa applicazione della legge concorsuale e, più segnatamente, dell'art. 4 della lettera di invito, la violazione dei principi generali in materia di gara ad evidenza pubblica, con particolare riguardo ai generali principi di buon andamento dell'azione amministrativa e della *par condicio competitorum* e l'eccesso di potere per vizio del procedimento, per travisamento dei fatti, sviamento, carenza di istruttoria, ingiusto e disparitario trattamento, illogicità e contraddittorietà.

Con il secondo motivo si eccepisce la violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, più segnatamente, dell'art. 3 della lettera di invito e dell'art. 4, punto 27, del Capitolato speciale, la violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica, con particolare riguardo ai generali principi di trasparenza, di buon andamento dell'azione amministrativa, di affidamento e della *par condicio competitorum*, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, per travisamento dei fatti, sviamento, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, nonché per violazione dei canoni di imparzialità, ragionevolezza, logicità e congruenza.

Con il terzo motivo si assume la violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, più segnatamente, dell'art. 7 del Capitolato speciale allegato alla lettera di invito, la violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica, con particolare riguardo ai generali principi di trasparenza, di buon andamento dell'azione amministrativa, di affidamento e della *par condicio competitorum*, il vizio di motivazione per difetto di istruttoria, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, per travisamento dei fatti, sviamento, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, nonché per violazione dei canoni di imparzialità, ragionevolezza, logicità e congruenza.

Con il quarto motivo si eccepisce la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 84, primo, secondo, quarto ed ottavo comma, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 283 del Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici di cui al D.P.R. n. 207 del 2010, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, l'illegittimità della nomina ovvero la composizione della "Commissione bilaterale preposta al collaudo del Sistema di biglietteria informatizzata", la violazione dei principi generali di efficienza, buon andamento dell'azione amministrativa e *par condicio competitorum*, la violazione del principio di legalità, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento dei fatti, sviamento, irragionevolezza, ingiustizia manifesta,

illogicità e contraddittorietà e incompetenza.

Con il quinto motivo, proposto in via subordinata, si assume la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 84, primo, secondo e terzo comma, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 282 del Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici di cui al D.P.R. n. 207 del 2010, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, l'illegittima composizione ovvero nomina della Commissione di gara, la violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica con particolare riguardo ai superiori principi di trasparenza, di buon andamento dell'azione amministrativa e *par condicio*, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento dei fatti, sviamento, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, illogicità e contraddittorietà.

Con il sesto motivo, proposto in via subordinata, si eccepisce la violazione dei principi che reggono l'affidamento degli appalti pubblici e, in particolare, quello di pubblicità delle sedute del seggio di gara, l'illegittimità degli articoli 6 del disciplinare di gara e 6 della lettera di invito nella parte in cui hanno prescritto la seduta riservata anche per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, l'illegittimità per violazione dei principi generali di *par condicio competitorum*, di segretezza, di legalità e trasparenza nonché di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, all'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, all'art. 2 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ed all'art. 1 della legge n. 241 del 1990, l'eccesso di potere per vizio del procedimento e sviamento.

Con il settimo motivo, proposto in via subordinata, si assume l'illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e del generale obbligo di motivazione, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, la violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, più segnatamente, del punto IV.2.1 del bando di gara, degli artt. 5 della lettera di invito e 8 del Capitolato speciale integrativo, laddove hanno stabilito i criteri di valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi, la violazione dei principi generali di efficienza, buon andamento dell'azione amministrativa e *par condicio competitorum*, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento dei fatti, sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà.

Si sono costituite in giudizio la Fondazione Teatro alla Scala di Milano e TicketOne S.p.A., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2. Con ricorso incidentale, notificato in data 28 agosto 2012 e depositato nella stessa data, la controinteressata TicketOne S.p.A. ha chiesto la declaratoria di illegittimità dell'invito formulato alla ricorrente Charta di partecipare alla gara oggetto del presente contenzioso e la declaratoria di illegittimità della mancata esclusione della stessa dalla gara.

A sostegno del ricorso incidentale vengono dedotti tre motivi di gravame.

Con il primo motivo si assume la violazione della *lex specialis*, della *par condicio*, la carenza di istruttoria e di motivazione, la violazione dell'art. 2 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 97 della Costituzione e lo sviamento.

Con la seconda censura si eccepisce la violazione del punto III.2.1 del bando di gara e del punto 3.b del disciplinare di gara, la violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, il difetto di istruttoria, il travisamento e la violazione dell'art. 2 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Infine, con la terza doglianza, si assume la violazione della lex specialis, del D.P.R. n. 445 del 2000 e il difetto di istruttoria.

3. Con ordinanza cautelare n. 1241/2012 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

4. A seguito della procedura di rinnovazione della gara scaturita dall'ordinanza cautelare di questa Sezione, la Fondazione resistente ha aggiudicato l'appalto nuovamente a TicketOne S.p.A.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 24 dicembre 2012 e depositato il 3 gennaio successivo, la ricorrente principale Charta S.r.l. ha impugnato, tra l'altro, il provvedimento del Responsabile del procedimento – Provveditore della Fondazione Teatro alla Scala del 16 novembre 2012 di approvazione dei verbali di gara nn. 1 e 2 e di aggiudicazione definitiva alla TicketOne S.p.a. e il provvedimento del Direttore Generale della Fondazione Teatro alla Scala del 19 novembre 2012, prot. 2124/2012, riguardante sempre l'aggiudicazione definitiva a TicketOne S.p.a.

È stato chiesto, altresì, il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

A sostegno del ricorso per motivi aggiunti vengono dedotti tre motivi di gravame.

Con il primo motivo si assume la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 7 e 21-nonies della legge n. 241 del 1990, nonché la violazione dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento, la violazione dei principi di legalità, di trasparenza, di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, per non corretto esercizio del potere di autotutela, la manifesta illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà con precedente determinazione, il difetto di istruttoria e di motivazione, lo sviamento dalla causa tipica ovvero dal fine pubblico dell'azione esercitata.

Con il secondo motivo si eccepisce l'eccesso di potere per sviamento, per contraddittorietà ed irragionevolezza, nonché per contrasto con provvedimento cautelare del giudice amministrativo, la violazione dei principi di proporzionalità, di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione e la violazione degli artt. 3 e 21-septies della legge n. 241 del 1990.

Infine, con il terzo motivo, si assume la violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e del generale obbligo di motivazione, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, la violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e, segnatamente, del punto IV.2.1 del bando di gara, degli artt. 3, 4 e 5 della lettera di invito, nonché 5, 7 e 8 del Capitolato speciale integrativo, laddove hanno stabilito, rispettivamente, i requisiti tecnici

essenziali e i criteri e le valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi, la violazione dei principi generali di efficienza, buon andamento dell'azione amministrativa e par condicio competitorum, l'eccesso di potere per vizio del procedimento, difetto di motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento, disparità di trattamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà.

Vengono poi riproposti i motivi di gravame contenuti nel ricorso introduttivo.

5. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 7 maggio 2013, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la controversia è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va scrutinato il ricorso incidentale proposto da TicktOne S.p.a., in quanto, avendo lo stesso carattere paralizzante, la sua eventuale fondatezza determinerebbe l'inammissibilità, per carenza di legittimazione, del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale Charta S.r.l. (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

1.1. Con la prima censura, contenuta nel predetto ricorso incidentale, si assume che l'offerta presentata da Charta s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto redatta secondo parametri di lunghezza ben superiori a quelli previsti dalla lex specialis, utilizzando in modo improprio lo strumento degli allegati.

1.2. La censura è infondata.

La disciplina di gara, pur avendo previsto una lunghezza massima delle relazioni da accludere all'offerta, non ha stabilito che tale clausola fosse da osservare a pena di esclusione e quindi, in mancanza di una tale prescrizione, la violazione compiuta dalla ricorrente principale non potrebbe essere sanzionata con l'estromissione di quest'ultima dalla procedura di gara.

In ogni caso, la predetta regola non sembra rispondere ad alcun apprezzabile interesse della Stazione appaltante e perciò anche l'eventuale clausola di esclusione, ove fosse stata prevista, si sarebbe dovuta ritenere illegittima.

1.3. Pertanto, la censura va disattesa.

2. Con una seconda doglianza, contenuta sempre nel ricorso incidentale, si assume che il Presidente e legale rappresentante della società Charta (dott. Luca Montebugnoli) non avrebbe reso le dichiarazioni personali di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163 del 2006 in ordine all'insussistenza nei propri confronti di cause di esclusione dalla procedura, ma avrebbe reso soltanto una dichiarazione a nome dell'impresa nel suo complesso; ugualmente, non risulta prodotta la dichiarazione di un consigliere, rappresentante

dell'impresa (sig. Peres Armando), che fino al giugno del 2011 era stato pure Presidente del Consiglio di amministrazione.

2.1. La doglianza è fondata.

Va premesso, in punto di fatto, che non è oggetto di contestazione la mancanza, nella documentazione prodotta da Charta, delle dichiarazioni personali da parte del proprio Presidente e legale rappresentante e di uno dei consiglieri, qualificato quale rappresentante dell'impresa.

La ricorrente principale contesta che la *lex specialis* contenesse una previsione specifica relativa al dovere dei propri amministratori di rilasciare una siffatta dichiarazione; di conseguenza, la predetta omissione, in ossequio al disposto di cui all'art. 46, comm1 bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006, non avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla gara di Charta.

In realtà, la mancanza di una espressa previsione in tal senso non appare decisiva, atteso che gli obblighi dichiarativi previsti dall'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 debbono ritenersi imposti a prescindere da una espressa previsione della legge di gara, che viene automaticamente eterointegrata dalla disposizione in questione.

Difatti, secondo una condivisibile giurisprudenza, avendo il citato art. 38 "un chiaro contenuto di ordine pubblico, esso si applica a prescindere dal suo richiamo, inserimento espresso o inserzione fra le specifiche clausole che regolano la singola gara" (T.A.R. Sicilia, Catania, II, 3 agosto 2012, n. 1989).

2.2. Ulteriormente, la ricorrente principale richiama la teoria del falso innocuo, ossia dell'irrilevanza della mancata dichiarazione in ordine alla insussistenza di cause di esclusione dalla gara da parte dei legali rappresentanti dell'impresa, allorquando non vi siano in concreto elementi ostativi alla partecipazione, come pacifico nel caso di specie (cfr. all. 5 e 6 di Charta).

Ad avviso del Collegio, pur in presenza di opinioni dissonanti in merito, l'istituto del falso innocuo non può essere applicato nelle gare d'appalto.

Difatti, "nelle procedure di evidenza pubblica la completezza [e, a fortiori, l'esistenza] delle dichiarazioni (...) è già di per sé un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara. Conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. In altri termini, nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione. La dichiarazione ex articolo 38, dunque, è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere "sante" ricorrendo alla categoria del falso innocuo" (Consiglio di Stato, III, 16 marzo 2012, n.

1471).

2.3. Di conseguenza, la doglianza va accolta.

2.4. In ragione di ciò e previo assorbimento della restante doglianza, deve essere accolto il ricorso incidentale, cui consegue l'estromissione dalla gara di Charta s.r.l. e da cui discende, altresì, il venir meno dell'interesse da parte della stessa alla decisione sia del ricorso introduttivo che di quello per motivi aggiunti, non potendosi censurare l'esito di una procedura da parte di un soggetto che non ha partecipato legittimamente alla stessa (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

3. Pertanto, sia il ricorso introduttivo che quello per motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione di Charta S.r.l., cui consegue altresì la reiezione delle connesse domande di risarcimento del danno.

4. In relazione alla complessità, anche fattuale, della fattispecie oggetto del presente contenzioso, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara inammissibili il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe; respinge le domande di risarcimento del danno formulate dalla ricorrente principale Charta S.r.l.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 7 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Nella decisione annotata, il Tar Lombardia si sofferma sulla portata degli obblighi dichiarativi ex art. 38, comma 1, lett. *b*) e *c*), d.lgs. n. 163/2006, sotto il dibattuto profilo delle conseguenze dell'omessa dichiarazione circa l'insussistenza di condanne penali riportate dal legale rappresentante dell'impresa partecipante ad una gara ad evidenza pubblica.

Segnatamente, vengono deliberate le seguenti questioni, strettamente connesse:

(i) la comminabilità dell'esclusione dalla gara per omissione della dichiarazione anche ove la *lex specialis* nulla preveda espressamente al riguardo;

(ii) l'applicabilità alle gare d'appalto dell'istituto penalistico del "*falso innocuo*".

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Circa la prima questione, il Tar afferma recisamente che **gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38 sono imposti, a pena di esclusione, indipendentemente dall'inserimento o richiamo della norma nella legge di gara.**

A sostegno di tale conclusione, espressione di un diffuso orientamento giurisprudenziale, viene addotta unicamente - con sintetico riferimento al precedente conforme costituito dalla sentenza Tar Sicilia, Catania, Sez. II, n. 1989/2012 - la natura di norma di ordine pubblico dell'art. 38 e la conseguente eterointegrazione automatica della *lex specialis*.

La pronuncia richiamata dal Tar Lombardia chiarisce, al riguardo, la duplice *ratio* della disciplina in questione, consistente nel "*consentire la partecipazione soltanto a soggetti che abbiano comprovato – indipendentemente, quindi, dall'effettiva situazione di fatto – la propria moralità professionale, con la conseguenza che l'omissione delle dichiarazioni... costituisce di per sé motivo di esclusione*", ed altresì nel "*consentire all'Amministrazione di accertare in via preliminare, nel rispetto della 'par condicio' di tutti i partecipanti alla gara, l'astratta insussistenza delle condizioni ostative*".

La decisione della **seconda questione** nel senso dell'**inapplicabilità dell'istituto penalistico del falso innocuo alle gare d'appalto** è diretta conseguenza delle conclusioni cui perviene il Tar Lombardia circa il primo punto.

L'insussistenza, in concreto, di cause ostative alla partecipazione non può infatti valere ad impedire l'esclusione dalla gara ove si ritenga, con il Tar Lombardia, che "*l'esistenza delle dichiarazioni [sia] già di per sé un valore da perseguire*", in quanto consente l'immediata decisione circa l'ammissione del concorrente, nel rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e proporzionalità. Pertanto, anche ove non risulti nei fatti

sostanzialmente compromessa la moralità professionale dell'impresa, l'incompletezza della dichiarazione viola *ex se* il cogente disposto dell'art. 38, e non può mai essere "sanata" mediante ricorso alla categoria del falso innocuo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Al fondo delle questioni affrontate dal Giudice lombardo è l'interrogativo: **l'insussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione ex art. 38 rileva in astratto o in concreto?** In altri termini: prevale la forma della dichiarazione ovvero la sostanza del comportamento professionale moralmente affidabile del concorrente?

Sul tema, fortemente dibattuto negli ultimi anni, si fronteggiano schieramenti opposti.

Secondo l'**indirizzo formalistico**, cui si allinea la pronuncia annotata, la sussistenza dei requisiti di moralità professionale deve valutarsi in astratto, poiché l'obbligo imposto dall'art. 38 (norma di ordine pubblico) concerne in ogni caso la presentazione di una dichiarazione veritiera e completa, come tale atta a consentire alla stazione appaltante di determinarsi tempestivamente circa l'ammissibilità o meno del concorrente, nel rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e di *par condicio* tra i concorrenti.

Non può residuare, in questa prospettiva, alcuno spazio di operatività per la categoria di derivazione penalistica del "*falso innocuo*", che postula al contrario un approccio sostanzialistico alla questione, consentendo la valutazione in concreto degli effetti della carenza della dichiarazione sotto il profilo dell'incidenza o meno sulla moralità professionale del partecipante alla gara.

L'opposto **orientamento, di segno sostanzialistico**, prende le mosse dal dato testuale dell'art. 38, che dispone espressamente l'esclusione dalla gara nella sola ipotesi di insussistenza dei requisiti (primo comma) e non anche per il caso di mancanza o incompletezza della relativa dichiarazione (secondo comma).

Valorizzando la *ratio* della norma - consistente essenzialmente nel garantire la moralità professionale dei partecipanti alla gara - nonché il principio del *favor participationis*, tale indirizzo conclude nel senso che, salvi i casi in cui la legge di gara ciò preveda espressamente, non possa legittimamente disporsi l'esclusione del concorrente che possieda in concreto i requisiti richiesti per il solo fatto dell'omissione o incompletezza della dichiarazione resa, che si risolverebbe in una fattispecie di "*falso innocuo*", come tale inidonea a giustificare l'esclusione.

Nell'aderire alla corrente rigorista, che invero appare ultimamente maggioritaria, il Tar Lombardia si limita a riproporne succintamente le argomentazioni, senza tenere in alcuna considerazione i rilevanti spunti in senso contrario offerti da talune recenti innovazioni

legislative, pure invocate dalla ricorrente.

Si osserva in particolare che, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011, **l'art. 46 del Codice** dei contratti contempla nella rubrica un espresso riferimento alla "**tassatività delle cause di esclusione**", esplicito nel comma 1-*bis*, secondo cui l'esclusione dalla gara può essere disposta solo nella ricorrenza di una delle fattispecie elencate (incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, violazione del principio di segretezza delle offerte), o in caso di violazione di norme di divieto o di mancato adempimento di obblighi aventi una precisa fonte legislativa o regolamentare, mentre sono da ritenersi nulle le eventuali ulteriori prescrizioni a pena di esclusione contenute nella *lex specialis*.

Viene così ad estendersi l'ambito di operatività della regolarizzazione documentale (c.d. "**soccorso istruttorio**"), consentendosi al concorrente l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, ove la carenza non si ripercuota sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione.

Tale innovazione non può che condurre a sottoporre quantomeno a **ripensamento critico l'orientamento rigoristico** sopra richiamato.

Occorre, in sostanza, chiedersi se veramente risponda alla *ratio* dell'art. 38 l'esclusione del concorrente moralmente affidabile che solo abbia omesso di presentare una dichiarazione circa la sua integrità, o se tale interpretazione non venga piuttosto a contrastare sia con il principio della massima partecipazione, sia con lo spirito della direttiva 2004/18/CE, che all'art. 45 si limita a prevedere l'esclusione soltanto per i soggetti che si siano resi *gravemente colpevoli* di false dichiarazioni.

Ed è proprio su tale premessa che, con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, la Sez. VI del **Consiglio di Stato ha richiesto all'Adunanza Plenaria di delineare esattamente i confini delle categorie della tassatività delle cause di esclusione e del soccorso istruttorio**, prendendo apertamente posizione in favore dell'approccio sostanzialistico, che meglio tutela "*il principio di massima partecipazione alle gare di appalto, mediante l'ammissione alla procedura dell'imprenditore il quale per mera dimenticanza non abbia trasmesso la fotocopia di un documento (ovvero non abbia effettuato una dichiarazione), ma possieda effettivamente i requisiti necessari*". E ciò anche al fine di "*evitare quell'eccessivo formalismo che a volte caratterizza il contenzioso in materia di contratti pubblici, con giudizi divenuti il campo di una 'vera e propria caccia all'errore', in cui carenze puramente documentali (persino, appunto, la mancanza di una fotocopia) mettono a rischio investimenti importanti, creano profonda incertezza tra gli operatori e conducono alla stipula di contratti con corrispettivi di importo superiore, rispetto a quanto conseguirebbe dall'applicazione del principio del soccorso istruttorio*".

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2012; R. Garofoli, g. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Neldiritto, 2012; M. Monteduro, *Art. 46 - Le novità introdotte dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, c.d. decreto sviluppo in tema di tassatività delle clausole di esclusione*, in *Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Ed. Dike, 2012; M. Giustiniani, A. Carella, *Il Consiglio di Stato 'revoca la cittadinanza' del falso innocuo negli appalti pubblici. Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza 5 dicembre 2012, n. 6223*, in questa Rivista, Dicembre 2012.