



Università degli Studi di Cagliari



## **DOTTORATO DI RICERCA**

Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione  
pubblica.

Ciclo XXVII

## **TESI DI DOTTORATO DI RICERCA**

Profili evolutivi del diritto degli appalti. Il paradigma delle cause di  
esclusione.

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

**IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Presentata da:	Laura Massa
Coordinatore Dottorato	Prof. Felice Ancora
Tutor	Prof. Stefania Puddu
Relatore	Prof. Stefania Puddu

Esame finale anno accademico 2013 – 2014

La presente tesi di ricerca è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2013/2014 - XXVII ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività 1.3.1 "Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali".

" Laura Massa gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.

# INDICE

pag.

<b>CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.....</b>	<b>1</b>
-----------------------------------------	----------

## CAPITOLO I

### **I PRINCIPI IN TEMA DI PARTECIPAZIONE ED ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA.**

1. Evidenza pubblica e principio di concorrenzialità fra diritto nazionale e diritto comunitario.....	4
2. I principi relativi alle gare pubbliche .....	11
2.1. Proporzionalità.....	13
2.2 Par condicio competitorum.....	16
2.3 Favor participationis .....	18
2.4. Trasparenza.....	21

## CAPITOLO II

### **LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NELLA NORMATIVA ITALIANA ANTE D.L.90/2014, FRA REGOLE FORMALI, IPERTROFIA DEL CONTENZIOSO E ASPIRAZIONI SOSTANZIALISTICHE.**

1. La centralità della disciplina delle cause di esclusione.....	22
2. Le cause di esclusione nelle direttive comunitarie.....	23
3. Le cause di esclusione nella prima formulazione del Codice Appalti.....	29
4. Il dl. 70/2011. Le novella legislativa e le sue ragioni.....	40
5. Le cause di esclusione ammesse. Esegesi della norma e contrasti interpretativi. ....	48

6. Il rapporto fra principio di tipicità delle clausole escludenti e bandi di gara. I bandi tipo .....	55
7. La nullità delle clausole atipiche.....	59
8. Il soccorso istruttorio prima del d.l. 90/2014.....	64
9. I difetti della riforma.....	81

### CAPITOLO III

#### **IL SUPERAMENTO DEL CRITERIO FORMALE NELLA DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE DALLE GARE. IL D.L. 90/2014.**

1. La dequotazione dei vizi formali nelle gare d'appalto .....	87
2. Mancanza, incompletezza, irregolarità essenziali e non essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive: il discrimine tra errore essenziale ed errore irrilevante .....	91
3. Il nuovo soccorso istruttorio. L'innovativa ammissibilità dell'integrazione postuma di dichiarazioni omesse o irregolari .....	95
4. Il subprocedimento di regolarizzazione e integrazione; il termine massimo, l'ammissione e l'esclusione definitiva.....	102
5. Il regime sanzionatorio: questioni problematiche.....	104
6. Riflessi processuali.....	108
7. Considerazioni critiche.....	109
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>117</b>

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La dequotazione dei vizi formali che progressivamente ha interessato il diritto amministrativo italiano ha stentato ad affermarsi nelle procedure per l'aggiudicazione di commesse pubbliche.

La normazione italiana di ispirazione europea in tema di contrattualistica pubblica contiene prescrizioni finalizzate a garantire lo svolgimento di una gara trasparente e rispettosa della concorrenza e, dunque, funzionali ad assicurare la partecipazione delle imprese di tutti gli Stati membri dell'Unione.

Sebbene molte fra dette regole rivestano natura meramente formale, il loro puntuale rispetto è sempre stato ritenuto indispensabile al fine di assicurare l'uguaglianza sostanziale degli operatori e la concorrenza tra le imprese, principi enunciati dalla normativa comunitaria e conseguentemente contemplati in quella nazionale.

La necessaria conseguenza della violazione degli oneri formali imposti dalle regole di gara è stata individuata per lungo tempo nella sanzione dell'esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, non potendo il principio della *par conditio* tra i concorrenti essere superato da quello opposto del *favor participationis*. Quest'ultimo per lungo tempo ha rivestito una valenza meramente sussidiaria, svolgendo un ruolo recessivo a fronte della necessità di assicurare effettività agli altri principi, in particolare quello della parità di trattamento dei partecipanti alla gara.

La giurisprudenza non è riuscita nell'intento di rinvenire un soddisfacente punto di equilibrio fra detti postulati potenzialmente antinomici, così la materia dell'esclusione dalle gare pubbliche - lungi dal rappresentare in concreto uno strumento di tutela per la pubblica amministrazione affinché la stessa non contraesse con soggetti privi dei requisiti necessari - è rimasta una delle principali cause di contenzioso. Di fatto dunque, il rigore formale sopra descritto in luogo di garantire l'amministrazione contribuiva a differirne l'attività ed a ritardare la realizzazione del pubblico interesse ad essa affidato, ponendosi in contrasto con i principi di economicità ed

efficacia e risolvendosi così, come autorevolmente affermato<sup>1</sup>, nient'altro che in una continua "caccia all'errore".

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni ha posto le basi per il superamento del rigido formalismo di cui si è appena dato conto. L'esigenza di garantire il più ampio accesso possibile alle procedure di gara, estrinsecazione del generale principio del *favor participationis*, si è affermata a fianco alla tradizionale necessità di tutelare il fondamentale diritto alla parità di trattamento.

Si è così teorizzata un'interpretazione che - garantendo la prevalenza della sostanza sulla forma - favorisce la massima partecipazione, corrispondendo all'interesse pubblico assicurare un più vasto numero di offerte e, di conseguenza, un'aggiudicazione alle migliori condizioni possibili.

Sebbene minoritario in giurisprudenza, il mutamento di prospettiva appena richiamato è stato consacrato dall'emanazione del d.l. 90/2014, in ragione del quale si predilige oggi un'impostazione di tipo sostanzialistico, volta a sancire l'irrilevanza degli inadempimenti meramente formali in ossequio ad una doverosa semplificazione della materia.

Lo schema interpretativo ancorato alla rigidità delle forme, tradizionalmente considerato un indispensabile argine a difesa dell'imparzialità dell'azione amministrativa di cui il principio della *par condicio* è manifestazione, viene abbandonato per effetto della stringente necessità di semplificare la procedura concorsuale in modo da scongiurare il massiccio ricorso al contenzioso da parte delle imprese partecipanti.

Questo lavoro, analizzando lo specifico campo delle esclusioni dalle pubbliche gare, vuole mostrare in che modo stia avvenendo l'evoluzione in senso sostanzialistico del diritto interno degli appalti e quanta parte in detta evoluzione abbia avuto realmente il fenomeno dell'ibridazione del nostro ordinamento con quello europeo.

Poiché l'attività esegetica dell'operatore del diritto è guidata principalmente dal continuo raffronto fra disposizioni normative particolari e principi generali che governano la materia oggetto di interpretazione, ai fini dell'analisi della tematica in argomento in relazione agli aspetti

---

<sup>1</sup>Cfr. G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); F. IORIO, *I requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici tra l'Adunanza Plenaria n.23/2013 e l'art. 39 della D.L. n. 90/2014 conv. in L. n. 114 del 2014* in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it)

appena richiamati, non potrà prescindere dall'analisi dei principi di riferimento e dal loro atteggiarsi tanto in ambito comunitario quanto in ambito nazionale.

Seguirà quindi l'esposizione dell'evoluzione normativa, con particolare attenzione alle recenti riforme intervenute ad opera dei d.l. 70/2011 e 90/2014, dove si mostrerà come in concreto la prassi e la giurisprudenza hanno interpretato le disposizioni legislative alla luce dei principi generali di cui si è detto.

## I CAPITOLO

### I PRINCIPI RELATIVI ALLE CAUSE DI PARTECIPAZIONE ED ESCLUSIONE DAGLI APPALTI PUBBLICI.

#### **1. Evidenza pubblica e principio di concorrenzialità fra diritto nazionale e diritto comunitario.**

Nell'esercizio della propria autonomia negoziale i soggetti pubblici sono obbligati al rispetto delle regole sancite dall'ordinamento giuridico con riferimento alla loro capacità a contrarre, ciò perché l'attività di diritto privato, anch'essa riguardando la cura di interessi pubblici, è funzionalmente vincolata.

La fase antecedente alla stipula di un contratto, concretantesi nella determinazione dell'oggetto negoziale e nell'individuazione del contraente, è infatti connotata per la pubblica amministrazione dall'obbligo di porre in essere un procedimento amministrativo, articolato in fasi collegate da un nesso funzionale, rigidamente regolato da norme imperative e non derogabili dettate allo scopo di garantire l'imparzialità e la correttezza nella selezione della controparte, affinché quella individuata sia la migliore possibile tanto in senso soggettivo quanto in senso oggettivo, garantendo così una corretta spendita di denaro pubblico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Sul tema si rinvia a S. VINTI, *L'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, Tomo I, pag. 257 e ss.; P. LOTTI, *I contratti attivi della p.a. tra principi dell'evidenza pubblica e regole degli appalti* (nota a Cons. Stato Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 1, 2008, M. ATELLI, *Commento all'art. 1*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, pag. 3 e ss., A. POLICE, G. GRUNER, *Le fonti*, in *I contratti di appalto pubblico*, (a cura di) Franchini, Torino, 2010, pag. 109 e ss.



Detto procedimento, che viene posto in essere al fine di addivenire alla legittima formazione della volontà contrattuale nell'ambito dell'attività negoziale della PA, viene definito ad “evidenza pubblica” giacché ha lo scopo di rendere espliciti i motivi di pubblico interesse che giustificano la stipula dei succitati contratti, onde delimitare la discrezionalità amministrativa e garantire il raggiungimento del migliore assetto di interessi in sede contrattuale.

Infatti, sebbene la pubblica amministrazione possa scegliere di perseguire i propri fini istituzionali mediante l'utilizzo del modulo privatistico, resta ferma la soggezione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa previsti dall'art. 97 della Costituzione. I postulati menzionati, con riferimento alle pubbliche gare, si concretizzano nel principio di *par condicio* tra tutti i concorrenti, di concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*.

Nell'ordinamento giuridico italiano, il primo assetto normativo riguardante la regolazione dell'affidamento di commesse pubbliche era costituito dalla legge 2248/1865 all. F sui lavori pubblici, dalla legge di contabilità r.d. 2440/1923 e dal correlativo regolamento r.d. 827/2014.

In detti testi legislativi la serie procedimentale in oggetto era connotata da un estremo rigore formale.<sup>2</sup> Secondo la concezione cd. contabilistica (dal nome della legge succitata), l'applicazione del criterio concorsuale era considerata funzionale a permettere la migliore scelta da parte dell'amministrazione nel rispetto del duplice principio di legalità e imparzialità<sup>3</sup>. Si riteneva dunque che l'interesse preso in considerazione dalla legge fosse unicamente quello della p.a. di evitare che le risorse pubbliche venissero impiegate in maniera corretta mentre non

---

<sup>2</sup>M. COZZIO, *Il contributo della giurisprudenza all'evoluzione delle regole sugli appalti pubblici*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it) osserva come in dottrina non si sia esitato a parlare di normazione connotata da “fissazione regolatoria”. Riconoscono l'estremo formalismo delle pubbliche gare anche R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 427 e ss., S. S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 290, M. GIOVANNELLI, *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica* in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it); M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2008.

<sup>3</sup>Si riteneva infatti che solo attraverso un confronto concorrenziale fra i partecipanti alla gara fosse possibile individuare la migliore offerta minimizzando il rischio di fenomeni corruttivi. Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 409.

si reputava direttamente tutelato il diritto alla concorrenza dei partecipanti<sup>4</sup>. Quest'ultima era concepita piuttosto quale strumento funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico, benché al contempo la procedura ad evidenza pubblica venisse considerata idonea a riprodurre artificialmente gli effetti positivi del mercato e della libera competizione<sup>5</sup>.

Ma il criterio concorsuale presidiava anche l'interesse a che la p.a. non favorisse un soggetto a detrimento di altri, e da questo punto di vista costituiva (e costituisce tutt'ora) applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento. In questo senso può affermarsi che le pubbliche gare non tendano alla selezione dell'offerta migliore in assoluto (che potrebbe aversi solo in regime di libera contrattazione) bensì della migliore fra quelle presentate.

Nondimeno, secondo una suggestiva ricostruzione “*i principi di trasparenza, pubblicità e soprattutto imparzialità venivano intesi in senso rigorosamente morale e non concorrenziale*” e la pubblica amministrazione incarnava una “*classe di religiosi (in senso atecnico) ai quali era affidato in via esclusiva il compito di interpretare la legge morale (amministrativa)*”<sup>6</sup>.

Per i motivi suesposti le procedure di evidenza pubblica erano allora connotate dall'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa discrezionale, *sub species* di discrezionalità tecnica, oltreché *par condicio* e pubblicità.

A tale prospettiva si sovrapponeva quella di derivazione comunitaria, al contrario tesa ad assicurare il fine del miglior equilibrio di mercato, la quale ha inserito nell'ordinamento giuridico italiano una serie di principi inediti da applicarsi alla fase di scelta del contraente.<sup>7</sup>

Con l'avvento del mercato unico europeo, infatti, gli appalti pubblici sono stati oggetto di una crescente attenzione giacché essi, mediamente, rappresentano il 16% del Pil dell'Unione

---

<sup>4</sup>La giurisprudenza era solita negare la sussistenza di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio in capo al cittadino e nei confronti della P.A. Cfr. Consiglio di Stato, V sezione, 11 marzo 1976, n.453; Consiglio di Stato, V sezione, 19 dicembre 1970, n.1091.

<sup>5</sup>Cfr. G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); E. PICOZZA, *L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza*, in C. Franchini, (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 29 e ss.

<sup>6</sup>Cfr. E. PICOZZA, *L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza*, in C. Franchini, (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 34.

<sup>7</sup>Cfr. I. FRANCO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2014; G. M. RACCA, R. CAVALLO, *Commento all'art. 2*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag. 21.

Europea<sup>8</sup>, per cui è apparso necessario intervenire con direttive sempre più numerose e stringenti allo scopo di liberalizzare questo settore, consentendo l'accesso agli operatori economici di tutti i Paesi membri, assicurando un elevato grado di pubblicità delle gare per realizzare un'effettiva concorrenza tra gli imprenditori, vietando prescrizioni dei bandi discriminatorie sul piano tecnico e giuridico, applicando criteri obiettivi nella selezione qualitativa delle imprese e nell'aggiudicazione dei contratti ed assicurando trasparenza alle procedure.

Le norme europee mirano ad un incremento della concorrenza, al fine di estendere al settore pubblico la libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi, nonché favorire lo sviluppo delle imprese dell'UE, affinché le medesime siano in grado di competere con le concorrenti extracomunitarie.<sup>9</sup> Come affermato dalla Corte Costituzionale, *“La finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l’aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18 del 2004). Si è voluto, infatti, assicurare l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante «regole dettagliate» volte a garantire «procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea» (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006). La stessa Corte di Giustizia ha, inoltre, più volte sottolineato – sia pure con riferimento a particolari settori, ma con affermazioni di portata generale – che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine essenziale “di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell’attribuzione di appalti sia la possibilità*

---

<sup>8</sup>Cfr. D. GALLI, *Il sistema delle fonti, principi generali*, in D. Galli, D. Gentile, V. Paoletti Gualandi (a cura di), *Appalti pubblici*, Assago, 2015.

<sup>9</sup>Cfr. G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

*che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche" (si veda, tra le altre, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99). Ne consegue che tale amministrazione è tenuta ad osservare "il principio di parità di trattamento degli offerenti", nonché l'"obbligo di trasparenza" al fine di garantire il rispetto del "divieto di discriminazione in base alla nazionalità" (sentenza 27 novembre 2001, cit.)<sup>10</sup>.*

Di fatto, il legislatore europeo, rovesciando la prospettiva italiana, persegue la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento delle imprese, e con esse la libera concorrenza. In questo modo, ma solo indirettamente, viene tutelato anche l'interesse della pubblica amministrazione alla stipula con il miglior contraente in gara.

Più che ad assicurare la scelta più efficiente per l'amministrazione acquirente, dunque, il diritto comunitario è volto a garantire la massima apertura del mercato evitando che esso possa subire alterazioni a causa della natura pubblica della stazione appaltante, la quale si trova in una posizione di supremazia nei confronti delle imprese, dovuta alla possibilità di esercitare un potere pubblico e alla circostanza che per essa è totalmente assente il rischio economico<sup>11</sup>. In questo senso l'interesse della stazione appaltante al proprio specifico interesse patrimoniale può risultare recessivo<sup>12</sup>.

Nel diritto europeo sono considerati interessi pubblici di rilievo comunitario anche quelli facenti capo alle imprese e consistenti nella *par condicio*, nella corretta concorrenza e nella trasparenza, pertanto i medesimi debbono essere tutelati dalla p.a. agente analogamente agli interessi ad essa direttamente ascritti.<sup>13</sup>

Sebbene i primi interventi normativi comunitari non fossero caratterizzati dall'organicità<sup>14</sup>, con l'emanazione delle tre direttive 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE il legislatore

---

<sup>10</sup>Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>11</sup>Cfr. M.A. SANDULLI, *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, In M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008, pag. 5 e ss.

<sup>12</sup> Il diritto comunitario non conosce la categoria giuridica dell'evidenza pubblica, intesa quale schema procedimentale rigido la cui osservanza è vincolata nel caso in cui la PA intenda esercitare la propria capacità negoziale, allo scopo di perseguire l'interesse pubblico, giacché unico interesse tutelato è quello della libera concorrenza, funzionale agli interessi degli attori del mercato stesso.

<sup>13</sup>Cfr. E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro Amm. TAR*, fasc. 9, 2004.

<sup>14</sup>Ci si riferisce in particolare alle direttive 71/305 e 72/277 del 26 luglio 1972 relative agli appalti pubblici di lavori; alle direttive 77/62, 80/767, 88/295, relative ad appalti di forniture; alla direttiva 89/440,

comunitario ha inteso perseguire esplicitamente i principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, massima concorrenzialità, nonché parità di trattamento fra i partecipanti alla gare introducendo norme comuni nell'ambito del territorio europeo. Queste ultime hanno costituito la base per le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE con le quali il legislatore comunitario ha inteso consolidare i propri precedenti interventi riunendoli in un quadro normativo organico.

La tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica nel senso suesposto è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia. In ambito interno la Corte Costituzionale con la sentenza n. 401/2007 ha sancito e riconosciuto il principio della concorrenza nell'ordinamento interno<sup>15</sup> facendo perno sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione “contabilistica” della disciplina

---

in materia di appalti di opere pubbliche; alla direttiva 92/50, relativa ad appalti di servizi; alla direttiva 90/531 relativa agli appalti nei settori dell'acqua.

<sup>15</sup>Sul punto non vi è unanimità di vedute in dottrina. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 55, ritiene che il principio sia del tutto assente nella Carta Fondamentale. Al contrario M. GIOVANNELLI, *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it)*, osserva come “la tutela della concorrenza è divenuta così fondamentale che i suoi principi sono stati trasfusi nella nostra Costituzione: con la modifica avutasi nel 2005 del titolo V, è stato previsto che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (art. 117, comma 1, Cost.) e che tra le “materie” che rientrano nella competenza esclusiva del legislatore statale vi sia anche quella relativa alla “tutela della concorrenza” (art. 117, comma 2, lett. E)”. Contra F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2, 2013, per il quale “L'art. 117 Cost. riformato ci dice che spetta al legislatore statale e solo ad esso dettare norme in materia di tutela della concorrenza (art. 117, c. 2, lettera e). La disposizione si colloca nel contesto della distribuzione delle competenze tra Stato e regioni; entro tale contesto essa nulla dice circa la doverosità di norme dirette a realizzare la concorrenza, non ci dice, cioè, se esista un principio costituzionale di tutela della concorrenza che debba essere attuato dallo Stato con adeguate disposizioni e che debba essere osservato ogni qualvolta vengono assunte decisioni aventi effetti per il sistema produttivo. La disposizione in esame ci dice cosa le regioni non possono fare e cosa lo Stato può fare, ma dalla distribuzione delle competenze non è possibile derivare senz'altro la doverosità di politiche economiche che promuovano la concorrenza: l'assegnazione della competenza legislativa allo Stato dice cosa è costituzionalmente possibile e non altro. In quanto norma di mera competenza l'art. 117, c. 2, lettera e) rinvia ad altre norme la risposta alla domanda se e quali norme di tutela possono essere considerate come doverose.

dei contratti pubblici. Anche il Consiglio di Stato<sup>16</sup> ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha “*determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la proceduralizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità*”.

Il nuovo assetto influenza (o perlomeno dovrebbe farlo) non solo l'aspetto regolatorio degli appalti pubblici, ma anche l'interpretazione e l'applicazione della relativa disciplina.

La concezione “contabilistica” della disciplina degli appalti pubblici presuppone sfiducia nei confronti della capacità delle stazioni appaltanti di gestire le procedure con imparzialità e nei confronti della volontà delle imprese di competere lealmente, si basa su un rigido coacervo di regole che mira a disciplinare in modo puntuale e rigoroso la procedura ad evidenza pubblica per prevenire il rischio di una gestione scorretta e parziale della gara e per evitare condizionamenti esterni da parte dei concorrenti.

In questa prospettiva, la predeterminazione delle regole da rispettare, preclude il più possibile all'amministrazione l'opportunità di esercitare un potere discrezionale durante lo svolgimento della gara. Il rispetto della *lex specialis*, cui la stazione appaltante si è autovincolata con la sua adozione, è funzionale alla realizzazione della *par condicio* e prevale sull'esigenza di valutare volta per volta la scelta più conveniente per l'amministrazione.

L'approccio concorrenziale, invece, lascia maggiori spazi di apprezzamento e di flessibilità all'amministrazione. In questa prospettiva, la discrezionalità rappresenta un elemento positivo, poiché consente la scelta migliore all'amministrazione in relazione alle singole circostanze concrete. Il formalismo esasperato cede dunque il passo all'esercizio della discrezionalità, sia pure in modo equo e trasparente<sup>17</sup>. Non mancano nel Codice istituti espressione di questo nuovo punto di equilibrio, e tuttavia deve dirsi che il processo di integrazione normativa fra l'ordinamento italiano e quello comunitario non è stato agevole, da un lato per la differenza degli istituti giuridici e delle categorie fondamentali presenti in ciascuno<sup>18</sup>, dall'altro per la ritrosia

---

<sup>16</sup>Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n.1

<sup>17</sup>G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

<sup>18</sup>E' noto come il diritto europeo non conosca la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, e che le situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai cittadini vengano tutelate in modo assolutamente

dell'ordinamento interno a recepire ed applicare principi ed istituti del diritto comunitario, senza peraltro dichiarare apertamente detta riluttanza.<sup>19</sup>

Sebbene infatti il Codice dei contratti pubblici sia permeato da istituti di origine comunitaria esso risente ancora della precedente impostazione contabilistica, eredità della legge Merloni, della quale molte disposizioni sono state inserite nel d. lgs. 163/2006<sup>20</sup>. In definitiva, la tradizione “contabilistica” non è stata del tutto abbandonata, sue tracce possono ancora essere rilevate tanto nella disciplina normativa quanto nella sua interpretazione e applicazione. Ne sarà dato valido esempio nel capitolo successivo.

## **2. I principi relativi alle gare pubbliche.**

Prima ancora che all'interno delle specifiche direttive sugli appalti pubblici, i principi europei regolatori della materia trovano sede nei Trattati. L'art. 6 del Trattato CEE (poi art. 12 del Trattato Ce ed ora art. 18 del TfUE), sancisce il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, dal quale discende direttamente il principio di pari trattamento dei concorrenti. Analogamente il TfUE contempla la libera circolazione delle merci (art. 34 ss.), la libera prestazione dei servizi e il diritto di stabilimento (artt. 56 ss. e 49 ss.) nonché la libera circolazione dei capitali (art. 63 ss.). Tutte le predette disposizioni hanno il ruolo di riconoscere valore costituzionale del mercato nell'ordinamento europeo.

Con riferimento alle specifiche direttive deve qui richiamarsi il considerando nr. 2 della direttiva 2004/18/CE (oggi trasfuso nel considerando nr. 1 della direttiva direttiva 2014/24/UE), che impone nell'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico il rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della

---

analogo tanto nei rapporti con la p.a. quanto nei rapporti con altri privati. Al contrario il diritto interno configura in capo al privato che si trovi a soggetto al potere della pubblica amministrazione una posizione di interesse legittimo, funzionale a “*perpetrare il modello corporativo dello Stato impedendo al mercato di imporre le sue regole*”. In tal senso E. PICOZZA, *L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza*, in C.Franchini, (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 34.

<sup>19</sup>Cfr. E. PICOZZA, *L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza*, in C.Franchini, (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 29 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 83.

libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

Il raccordo fra normativa comunitaria e normativa interna è avvenuto ad opera del codice dei Contratti Pubblici, prima raccolta che accoglie l'approccio monistico degli ordinamenti da sempre affermato dalla Corte di Giustizia. Inoltre, mediante il rinvio ai principi generali in tema di procedimento amministrativo operato dall'art. 2 del Codice De Lise si recepiscono direttamente nel nostro ordinamento giuridico i principi comunitari generali applicabili alla materia, passando per il tramite del rinvio a questi ultimi operato dall'art 1 L.241/90<sup>21</sup>, non manca tuttavia la riproposizione dei principi enunciati dall'art. 1, comma 1, legge n. 109/1994, cd. legge Merloni<sup>22</sup>.

I principi enumerati dal primo comma dell'art. 2 sono dunque l'economicità; l'efficacia; la tempestività; la correttezza; a libera concorrenza; la parità di trattamento; la non discriminazione; la trasparenza; la proporzionalità; la pubblicità.

Tutti i principi summenzionati sono interdipendenti e volti a costituire attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Si è affermato che pur non essendo possibile stabilire una prevalenza dell'uno sull'altro, il principio di economicità rappresenta, “*un meta-principio di cui gli altri sono una esplicazione*”<sup>23</sup>. I principi di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione appaiono derivazioni del principio di economicità poiché essi, secondo l'approccio comunitario delle direttive, garantiscono una apertura del mercato che permette un risparmio in termini economici, al contempo consentendo la selezione del miglior contraente per la pubblica amministrazione.

---

<sup>21</sup>Cfr. P. CHITI, *I principi*, in Trattato sui contratti pubblici, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), Trattato dei contratti pubblici, II, Milano, 2008, pag. 153 e ss.; D. GALLI, *Il sistema delle fonti, principi generali*, in D. Galli, D. Gentile, V. Paoletti Gualandi (a cura di), Appalti pubblici, Assago, 2015, pag. 159 e ss.

<sup>22</sup>Cfr. M. CAVINO, *Il codice dei contratti pubblici. Principi e ambito applicativo* in M. Cavino, B. Mameli, I. Pagani (a cura di), Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione, Torino, 2011, pag. 9 e ss.

<sup>23</sup>Cfr. M. CAVINO, *Il codice dei contratti pubblici. Principi e ambito applicativo* in M. Cavino, B. Mameli, I. Pagani (a cura di), Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione, Torino, 2011, pag. 10.



La materia delle cause di esclusione è interessata in particolare dall'applicazione dei principi che appresso verranno esaminati.

## 2.1. Proporzionalità.

Il principio di proporzionalità costituisce uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario; dapprima oggetto di elaborazione giurisprudenziale e solo in seguito consacrato normativamente mediante l'introduzione nell'art. 5 del Trattato di Maastricht, prevede che l'azione della Comunità Europea non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato medesimo<sup>24</sup>.

Con riferimento all'esercizio dell'azione amministrativa, il rispetto del principio di proporzionalità si concretizza per il tramite della necessità, adeguatezza ed idoneità del mezzo adoperato in rapporto al fine perseguito, affinché al cittadino non venga imposto un sacrificio che vada oltre quanto necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico.<sup>25</sup>

A livello di diritto primario, gli artt. 56ss. e 49ss. del Trattato costituiscono enunciazione del principio in esame, giacché la proporzionalità rappresenta l'essenza della libertà di prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento.

Con specifico riferimento alla materia degli appalti, l'espresso riferimento al canone della proporzionalità è contenuto nel secondo considerando della Direttiva 2004/18/CE<sup>26</sup>. nonché in

---

<sup>24</sup>Sul tema cfr. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. Renna - F. Saitta, Milano, 2012, pag.389 e ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità* in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, pag. 111 e ss.; A. FREDA, *Qualche breve riflessione sul principio di proporzionalità* in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it), Cfr. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino 2010, pag. 97 e ss.

<sup>25</sup>Cfr. S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, fasc. 5, 2012.

<sup>26</sup>“L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concor-

una serie di disposizioni del predetto *corpus* normativo. In particolare deve farsi riferimento agli artt. 44, II comma, 47 e 48 in tema di cause di esclusione, che vietano alla stazione appaltante di richiedere requisiti che oltrepassino quanto necessario rispetto alla natura dell'appalto. Un ampio numero di pronunzie della Corte di Giustizia riguarda proprie misure atte a stabilire limitazioni alla possibilità di partecipare alle pubbliche gare<sup>27</sup>.

Il medesimo principio inoltre, va inteso come limite all'adozione da parte della stazione appaltante di provvedimenti di esclusione dalla gara scarsamente ponderati e suscettibili di arrecare un sacrificio sproporzionato se rapportato alla violazione commessa dall'operatore economico sanzionato<sup>28</sup>.

Nell'ordinamento giuridico italiano la proporzionalità è stata considerata applicazione del principio di ragionevolezza, inteso come canone di razionalità nella cura dell'interesse pubblico<sup>29</sup>. Rappresentando la diretta esplicazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, la proporzionalità ha dunque costituito lo strumento per consentire all'interprete di verificare se il provvedimento adottato dall'Amministrazione non travalicasse quanto strettamente necessario per conseguire lo scopo pubblico, incidendo eccessivamente sulle posizioni protette del cittadino.

L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ha influenzato l'interpretazione del principio in esame nel diritto interno, così anche in Italia la proporzionalità ha col tempo assunto una valenza generale, non più limitata al sindacato giurisdizionale estrinseco della legittimità dell'agire amministrativo.<sup>30</sup>

---

*renza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”*

<sup>27</sup>Corte di Giustizia, 10 luglio 2014, causa C-358/12; Corte di Giustizia, 16 dicembre 2008, causa C-213-07; Corte di Giustizia 23 dicembre 2009, causa C 376-08.

<sup>28</sup>Cfr. E. FERESIN, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Milano, 2011 pag. 10 e ss.

<sup>29</sup>Cfr. P. CHITI, *I principi*, in Trattato sui contratti pubblici, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), Trattato dei contratti pubblici, II, Milano, 2008, pag. 163. Nello stesso senso A. FREDA, *Qualche breve riflessione sul principio di proporzionalità* in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it)

<sup>30</sup>In giurisprudenza il primo richiamo esplicito al principio deve essere fatto risalire alla pronuncia della V Sez. del Consiglio di Stato del 18 febbraio 1992, n. 132, che ha stabilito l'obbligo per la pubblica amministrazione di adottare provvedimenti con forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile. Negli anni successivi, i riferimenti alla proporzionalità sono cresciuti fino alla decisione della sez. VI, 14 aprile 2006 n. 2087, che si è spinta a qualificare la proporzionalità stessa come principio generale dell'ordinamento. Attualmente la giurisprudenza più recente considera il principio di propor-

In materia di appalti pubblici la violazione del principio di proporzionalità è idonea a comportare l'illegittimità delle decisioni assunte dalle stazioni appaltanti nelle procedure di gara, costituendo il parametro cui esse devono attenersi nella valutazione circa l'esclusione dei concorrenti.<sup>31</sup> Contemporaneamente, il principio costituisce il mezzo per ricomporre l'interesse dell'amministrazione alla selezione del miglior contraente e la tutela della concorrenza e della *par condicio* in sede di gara, “*consentendo di individuare il giusto — perché razionale — rapporto e la giusta — ancora perché razionale — graduazione dei diversi interessi e principi sottesi alla gara.*”<sup>32</sup>

Il principio appare profondamente connesso a quello del *favor participationis*, giacché vieta restrizioni non sufficientemente giustificate a danno della platea dei concorrenti o degli aspiranti tali.

Per questo motivo trova innanzitutto applicazione con riferimento alle clausole dei bandi di gara che stabiliscono requisiti di partecipazione eccessivamente stringenti se confrontati all'oggetto dell'appalto, idonei pertanto a ledere *par condicio* e *favor participationis* delle imprese<sup>33</sup> e ciò benché la giurisprudenza tenda ad ammettere anche clausole particolarmente

---

zionalità quale limite intrinseco all'agire della P.A. e non più quale elemento intrinseco di controllo giurisdizionale della legittimità dell'azione amministrativa.

<sup>31</sup>Cfr. S. S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pag. 332.

<sup>32</sup>Cfr. S. S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010 pag. 332.

<sup>33</sup>T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 08 giugno 2012 n. 5221, in Foro amm. TAR, fasc.6, 2012 : “*Le determinazioni in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del principio di proporzionalità, il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti; il concreto esercizio del potere discrezionale deve, dunque, essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal pubblico incanto e deve rispettare i principi del codice dei contratti. Nella scelta dei requisiti di partecipazione, quindi, il principio di non discriminazione impone che la stazione appaltante debba ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. In definitiva, l'intero impianto dell'avviso non deve costituire una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, di par condicio, non discriminazione e trasparenza di cui all'art. 2 comma 1, d.lg. n. 163 del 2006.*”. In senso conforme si veda T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 07 ottobre 2010 n. 32717.

rigorose, purchè le stesse non mostrino irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche o contraddittorie<sup>34</sup>.

Con riferimento agli oneri di natura formale inseriti dalle stazioni appaltanti nei bandi di gara, il cui assolvimento non è più presupposto di partecipazione sanzionato a pena di esclusione per effetto dell'emanazione del d.l. 70/2011, si osserva che la giurisprudenza era solita dichiarare l'illegittimità per contrarietà al principio in argomento delle clausole che imponessero un inutile aggravio procedimentale ai concorrenti.<sup>35</sup>

## **2.2. Par condicio competitorum.**

In via generale il principio della parità di trattamento impone l'obbligo di non trattare in modo diversificato situazioni analoghe, salvo che la differenza di approccio sia oggettivamente giustificata.

Se il principio di concorrenza viene considerato come la matrice del diritto degli appalti di genesi europea, è indispensabile che il confronto competitivo avvenga garantendo identiche possibilità alle imprese.

---

<sup>34</sup>T.A.R. Bolzano (Trentino-Alto Adige) sez. I, 04 luglio 2014 n. 182 in Foro Amministrativo (II) fasc. 7-8, 2014: *“Legittimamente la stazione appaltante introduce requisiti più severi con riferimento alla cauzione provvisoria e a quella definitiva, trattandosi di un soggetto operante, nel caso di specie, nei settori speciali e in considerazione dell'importanza economica e strategica e della rilevanza anche internazionale dell'opera (nella fattispecie, l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva da parte di un fideiussore in possesso del rating prescritto costituiva un adempimento espressamente richiesto a pena di esclusione, che è stata ritenuta dal collegio scelta del tutto ragionevole e rispettosa del principio di proporzionalità — tenuto conto dell'importanza della gara —, anche con riferimento al termine di presentazione delle offerte)”*.

<sup>35</sup>T.A.R. Palermo (Sicilia) sez. III, 11 maggio 2011 n. 915: *“In una gara per l'affidamento di un appalto di servizio, viola l'art. 2 comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, le corrispondenti direttive comunitarie, l'art. 1 comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, nonché il principio di proporzionalità, il bando di gara che richiede, tra la documentazione a corredo dell'offerta, copia della copertura assicurativa sulla responsabilità civile per danni a terzi, atteso che è irrazionale ed inutilmente vessatorio pretendere l'accertamento della copertura assicurativa come requisito di partecipazione alla gara”*

In ambito comunitario il principio di parità di trattamento nasce come derivazione del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza<sup>36</sup> nonché di quello di trasparenza<sup>37</sup>.

Con riferimento alla materia degli appalti pubblici, l'obiettivo del principio citato è di assicurare lo sviluppo di una concorrenza effettiva che conduca alla selezione della migliore offerta, ne deriva il divieto di trattare in modo difforme imprese che si trovino nella stessa condizione ovvero in una posizione comparabile tanto nella fase di ammissione alla gara quanto nella fase di valutazione delle offerte.<sup>38</sup>

Come si è avuto modo di evidenziare più sopra, in ambito comunitario il diritto alla concorrenza delle imprese assurge esso stesso ad interesse pubblico da perseguirsi da parte della pubblica amministrazione. E' per questo motivo che il principio della *par condicio* viene inteso anche quale fondamento dell'obbligo per la stazione appaltante di stabilire regole chiare ed eque, definite e pubblicizzate con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una gara nella stessa condizione di partenza e applicabili in modo uniforme, al fine di rendere effettivo il mercato della concorrenza<sup>39</sup>.

Al contrario, secondo l'impostazione tradizionale del diritto interno, la rigida procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica e la correlata adozione del confronto competitivo fra le imprese costituiscono il mezzo per garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa.

In questo assetto il principio della *par condicio*, che si concretizza nella necessità che l'applicazione delle regole di gara avvenga in modo identico con riferimento a ciascun concorrente ed in relazione a tutte le fasi della procedura, non è garantito e difeso nell'interesse dei singoli partecipanti alla gara, ma nell'interesse della pubblica amministrazione.

---

<sup>36</sup>Cfr. Corte di Giustizia Ce, 7 dicembre 2000, n.94/99; Corte di Giustizia Ce, 17 settembre 2002, n.513/99: *“Il divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità è stato posto alla base della creazione dell'Unione Europea, affinché l'appartenenza a questo o a quello Stato, non pregiudicasse il meccanismo di integrazione. La parità di trattamento costituisce un'applicazione del divieto di discriminazione non solo in base alla nazionalità ma altresì in base a criteri diversi, affinché sia possibile contrastare qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che conduca alle medesime conseguenze”*.

<sup>37</sup>Cfr. Corte di Giustizia Ce, 25 aprile 1996, n.87/94.

<sup>38</sup>Corte di Giustizia Ce, 26 febbraio 1992, n.357.

<sup>39</sup>Corte di Giustizia CE, 7 luglio 1992 n.259/90. In dottrina B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale* in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc. 2, 2011.

Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica ed il rigore interpretativo della correlativa disciplina sono stati tradizionalmente considerati lo strumento tipico con il quale assicurare la *par condicio* dei concorrenti, attraverso la quale garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

In concreto si riteneva dunque che strumenti imprescindibili per la realizzazione della *par condicio* fossero la previa predisposizione del bando di gara, nonché il rispetto dei requisiti di segretezza, completezza, serietà, autenticità e completezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex specialis*, nonché nella previa predisposizione, da parte dell'amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte.

Ciò premesso è agevole intuire la portata del principio in esame con riferimento alla materia delle cause di esclusione, la quale ha costituito il campo per la più esasperata applicazione della *par condicio*, come tradizionalmente intesa. Come si vedrà diffusamente nel secondo capitolo della presente trattazione, violazioni anche minime degli adempimenti richiesti per la partecipazione alla gara erano pesantemente sanzionate con l'estromissione del concorrente, né poteva soccorrere sul punto l'istituto della regolarizzazione documentale contemplato dall'art. 46, 1 comma del Codice, anch'esso interpretato in maniera fortemente restrittiva in ossequio al principio della parità di trattamento.

### **2.3. Favor participationis**

Nel diritto comunitario il principio del *favor participationis* è espressione diretta del principio di libera concorrenza. Infatti se è indispensabile che le procedure di appalto siano strutturate in modo da assicurare la più ampia partecipazione e quindi una concorrenza aperta ed effettiva, detto obiettivo può essere raggiunto unicamente approntando gare nelle quali non vengano ingiustificatamente aggravati gli oneri dei partecipanti.

Per i motivi suesposti, a differenza di quanto accade in ambito nazionale, la giurisprudenza europea assegna al principio del *favor participationis* valore primario di tutela e, dunque, tendenzialmente il principio è idoneo ad affermare il proprio rilievo anche a fronte ad altri interessi meritevoli di protezione. E' stato acutamente osservato come in ambito comunitario vi sia una parziale sovrapposizione tra il principio in esame e quello di *par condicio* “*nel senso che, se tutti gli operatori economici devono essere messi nelle stesse condizioni di partecipare alle gare pubbliche, tutti devono poter partecipare ove ne posseggano i requisiti, per cui ciascuno di essi è ammesso a provare che la causa di esclusione non può essergli applicata:*

solo in questo modo (ossia rendendo effettivo il principio della *par condicio*) si riesce a garantire la massima partecipazione<sup>40</sup>”.

In concreto dunque, tutti i documenti necessari per la partecipazione devono essere trasparenti e non causare, anche se in modo indiretto, un aggravamento degli oneri richiesti ai partecipanti, vale a dire una discriminazione di alcune imprese in danno di altre. L'assenza di discriminazione deve essere garantita altresì nel rapporto tra p.a. e singoli partecipanti durante lo svolgimento della gara. In questo senso, in particolare, il campo di maggiore applicazione del principio è stato proprio quello delle clausole di esclusione e del correlato istituto del soccorso istruttorio.

Nell'ordinamento nazionale, analogamente alla *par condicio*, il principio non è tutelato in funzione dell'interesse delle imprese ma corrisponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione, giacché che ad una maggiore partecipazione alla gara coincidono maggiori probabilità di conseguire l'offerta migliore in termini economici e qualitativi.

Con riferimento alla materia delle cause di esclusione, il *favor participationis* è stato al centro di un risalente dibattito relativo al suo rapporto col principio di *par condicio*. Quest'ultimo, come si è già visto, si fa generalmente risalire al fondamentale dovere di imparzialità, costituzionalmente previsto dall'art. 97 Cost., poi ribadito dalla disciplina comunitaria della concorrenza; il *favor participationis* trova, invece, la sua fonte originaria nella stessa normativa comunitaria, per quanto il medesimo potrebbe ricollegarsi alla tutela costituzionale dell'iniziativa economica privata, prevista dall'art. 41 della Costituzione.

La ponderazione tra i due principi non è stata facile, tanto che i contrasti giurisprudenziali e dottrinari non sono mancati. Secondo una prima interpretazione, il *favor participationis* dovrebbe cedere a fronte dell'esigenza di tutela della *par condicio*, le cui regole andrebbero rigorosamente rispettate a garanzia delle situazioni giuridiche soggettive dei partecipanti, ma soprattutto del principio concorrenziale<sup>41</sup>. Secondo questa ricostruzione, deve ritenersi preferibile sacrificare la maggiore possibilità di scelta fra le offerte data dall'ampio numero dei

---

<sup>40</sup>P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali ( Belgio, Francia, Italia)*, nota a Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13 in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2015.

<sup>41</sup>Cfr. T.A.R. Firenze (Toscana) sez. II, 26 novembre 2013 n. 1629, in *Foro Amministrativo - T.A.R. (II)* 2013, 11: “L’indicazione degli oneri per la sicurezza costituisce un requisito ineliminabile, quanto meno per gli appalti di forniture e di servizi, e in caso di omissione comporta l’esclusione dalla gara anche ove non espressamente richiesta dal bando”

concorrenti, rispetto all'esigenza di garantire rigorosamente l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Secondo una diversa ricostruzione, l'evoluzione legislativa sarebbe indice della necessità di tributare un ruolo più incisivo al *favor participationis*, limitando i casi di esclusione dalla gara, in ossequio alla concezione concorrenziale tipica dell'ordinamento europeo, volta a favorire un più ampio confronto tra imprese per una migliore qualità dell'esecuzione della commessa da aggiudicarsi<sup>42</sup>.

Nel tempo si è cercato progressivamente di favorire un generale mutamento di prospettiva volto ad esaltare il ruolo ricoperto dal principio del *favor participationis* quale principale criterio interpretativo per la definizione della disciplina di gara, sancendo, in definitiva, il superamento del tradizionale approccio rigidamente formalistico a favore di un'interpretazione di tipo sostanzialistico. Tuttavia gli orientamenti giurisprudenziali in tal senso sono rimasti minoritari e la svolta è avvenuta improvvisamente ad opera del legislatore per motivazioni che – come si vedrà – non sono direttamente dipendenti da un reale mutamento di prospettiva circa il modo di intendere il principio in oggetto.

Ad ogni modo, la prevalenza della sostanza sulla forma implica che ove la violazione delle formalità prescritte dalle regole di gara non comporti la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, vada accordata la preferenza al *favor participationis*, ciò in conformità al generale divieto di aggravamento degli oneri burocratici di cui all'art. 1 comma 2 l. n. 241 del 1990.

Coerentemente a tale impostazione, pertanto, i principi del *favor participationis*, dell'adeguatezza e della proporzionalità perdono il loro carattere recessivo assumendo il ruolo di criteri fondamentali nell'interpretazione della normativa disciplinante alle procedure di evidenza pubblica.

---

<sup>42</sup>Cfr. T.A.R. Napoli (Campania) sez. I, 12 marzo 2014 n. 1492 in Foro Amministrativo (II), fasc. 3, 2014: “Nell'ipotesi in cui la “lex specialis” nulla abbia specificato in ordine all'onere di indicare, a pena di esclusione, i costi di sicurezza aziendale, l'esclusione della ditta che abbia omissso tale indicazione verrebbe a colpire, in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e del “favor participationis”, i concorrenti che hanno presentato un'offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite dal bando e dall'allegato modulo d'offerta, per cui la stazione appaltante, in osservanza del suddetto principio del “favor participationis”, deve ammettere a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica la medesima ditta”.



## 2.4. Trasparenza.

I principi di trasparenza e di pubblicità assumono un rilievo centrale nelle procedure di aggiudicazione e di affidamento dei contratti pubblici, ponendosi in stretta connessione con il rispetto dei canoni di non discriminazione e parità di trattamento e, conseguentemente con il principio generale di concorrenza.

Come si è avuto modo di illustrare più sopra, in materia di accesso alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, il valore della libertà d'impresa e del diritto di iniziativa economica si manifesta essenzialmente attraverso la previsione di un sistema di regole chiare e puntuali al fine di garantire la più ampia partecipazione dei soggetti economici e di ridurre gli spazi di discrezionalità delle singole amministrazioni.

In particolare, la trasparenza delle informazioni fornite al mercato, assicurata attraverso adeguate forme di pubblicità, è funzionale ad una effettiva messa in concorrenza degli operatori interessati. Si vuole sostanzialmente fare in modo che negli ordinamenti nazionali degli Stati membri l'aggiudicazione degli appalti pubblici divenga più omogenea e rispetti i principi del Trattato in materia di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.<sup>43</sup>

In questo senso la trasparenza è profondamente collegata alla *par condicio* giacché mettendo i partecipanti in condizioni di poter valutare in anticipo le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento si garantisce ai concorrenti la parità di trattamento.

In ambito interno il principio di trasparenza, così come quello di parità di trattamento, discende direttamente dal principio di imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.) ed essendo strettamente correlato alla possibilità di garantire effettivamente identiche condizioni ai partecipanti alla gara assume rilevanza in ordine al tema della cause di esclusione. Deve darsi conto però della circostanza che la giurisprudenza interna ha fatto applicazione del principio soprattutto per mitigare il rigore dei presupposti richiesti tradizionalmente per l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, così conferendo alla trasparenza valore di presidio del diverso principio del *favor participationis*.

---

<sup>43</sup>Cfr. A. DI GIOVANNI, *L'applicazione dei principi comunitari alle procedure contrattuali*, xxv congresso UAE, La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo Pescara, 16-18 giugno 2011 in [www.uae.lu](http://www.uae.lu)

## II CAPITOLO

### LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NELLA NORMATIVA ITALIANA ANTE D.L. 90/2014, FRA REGOLE FORMALI, IPERTROFIA DEL CONTENZIOSO E ASPIRAZIONI SOSTANZIALISTICHE.

#### **1. La centralità della disciplina delle cause di esclusione.**

Così come rilevato dal Consiglio di Stato, *“la disciplina della esclusione dei concorrenti dalle gare pubbliche costituisce un regime legale preordinato a comprimere posizioni di diritto soggettivo che trovano la loro tutela nella Costituzione (artt. 3 e 41) e che, salvo casi determinati che trovano giustificazione in interessi pubblici ben definiti, devono potersi liberamente esplicare, in condizioni di parità di trattamento e nel rispetto della libera iniziativa economica dei singoli, con la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica”*<sup>1</sup>.

L'esclusione del partecipante dal procedimento di aggiudicazione di un appalto o di una concessione rappresenta il risultato dell'esercizio di un potere amministrativo conferito dalla legge alla stazione appaltante al fine di assicurare una *“reale corrispondenza tra l'astratta affidabilità del concorrente e le qualità e capacità di cui l'aggiudicatario deve essere, effettivamente, in possesso per adempiere, nel modo migliore possibile, all'obbligazione contrattuale che assume, sì da ottenere una garanzia qualitativa, di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale”*<sup>2</sup>. Si tratta di un potere vincolato<sup>3</sup> esplicitamente contemplato dal Codice dei contratti pubblici in una pluralità di

---

<sup>1</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750.

<sup>2</sup>T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 18 maggio 2006, n. 3572; T.A.R. Lombardia, sez. I, 18 giugno 2007, n. 5269

<sup>3</sup>Sul punto cfr. Consiglio di Stato sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280, Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 ottobre 2012 n. 8633; Tar Campania, Napoli, sez. V, 14 giugno 2012 n. 2830; Consiglio di Stato, sez. V, 10

norme, fra le quali, a mero titolo esemplificativo si richiamano l'art. 46, c. 1-*bis*, che prevede “*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni*”, l'art. 38, c. 1, secondo cui “*sono esclusi dalla partecipazione (...) i soggetti che (...)*”.

Una compiuta delimitazione di detto potere ad opera della legge, scevra da incertezze interpretative, è indispensabile al fine di tutelare non solo l'interesse della pubblica amministrazione all'aggiudicazione dell'offerta migliore, ma altresì l'interesse degli operatori economici alla creazione di un sistema rispettoso dei principi di affidamento, certezza del diritto e massima partecipazione alle gare, ma soprattutto di proporzionalità, affinché la p.a. possa godere di una posizione di supremazia solo nei limiti in cui ciò si riveli strettamente indispensabile per il raggiungimento del fine pubblico stabilito dalla legge<sup>4</sup>.

## **2. Le cause di esclusione nelle direttive comunitarie.**

Al fine di garantire la trasparenza e la parità di trattamento delle imprese la normativa comunitaria demarca i limiti dei requisiti che possono essere richiesti ai partecipanti ad una gara d'appalto, i quali vengono suddivisi in tre categorie, corrispondenti ai requisiti di carattere generale, economico-finanziario e tecnico-professionale.

Con riferimento ai requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, questi sono attualmente disciplinati dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE<sup>5</sup>. A differenza dell'art. 38 del Codice, che ne ha recepito il disposto, la norma

---

novembre 2010 n. 8006. L'assenza di discrezionalità amministrativa in relazione all'estromissione dei concorrenti dalle gare pubbliche sancita dal diritto interno costituisce una difformità rispetto a quanto previsto dall'ordinamento comunitario che, all'art. 45 c. 2 della direttiva 2004/18/CE elenca una serie di fattispecie nelle quali l'operatore economico « *può essere escluso dalla partecipazione all'appalto* » (cd. cause di esclusione facoltative).

<sup>4</sup>Cfr. F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di “moralità professionale”: vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del “decreto sviluppo” n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011*, in Foro amm. TAR, fasc.10, 2011.

<sup>5</sup>L'art. 45, rubricato "Situazione personale de candidato o dell'offerente" ha trasposto in maniera pressoché identica le prescrizioni contenute negli artt. 24 della direttiva 93/37 e 20 della direttiva 93/36. La norma così dispone:

---

1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito:

a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio; b) corruzione, quale definita rispettivamente all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito all'articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo. Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale. Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie. Se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti. 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, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente.

2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali; b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali; c) nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale; d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice; e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice; f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione

comunitaria distingue tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, e con riferimento alle cause di esclusione obbligatorie stabilisce la derogabilità del principio in presenza di esigenze imperative di interesse generale<sup>6</sup>. Al contrario, il Codice dei Contratti stabilisce, in presenza di una delle ipotesi ricomprese nell'articolo 38, l'obbligo in capo alla stazione appaltante di escludere il concorrente, e sancisce l'impossibilità di stipulare il contratto ovvero il subappalto, essendo venuta meno l'affidabilità morale e l'elemento fiduciario dell'operatore economico<sup>7</sup>.

Come si nota, la scelta fatta in ambito sovranazionale è di strutturare le cause di esclusione in maniera meno rigida di quella interna. La differenza di approccio va ricercata nell'intento del legislatore e della giurisprudenza italiani di prevenire fenomeni corruttivi e di criminalità organizzata, ciò che tuttavia si è risolto in una inevitabile compressione del *favor participationis*, come appresso si vedrà.

A tale proposito deve qui darsi conto della circostanza che la normativa interna ha previsto alcune cause di esclusione con riferimento ai requisiti di ordine generale<sup>8</sup>, non presenti nella corrispondente normativa comunitaria, ciò che ha sollevato la questione della loro legittimità.

---

*del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice; g) che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni. Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo.*

<sup>6</sup>Sul punto non sono mancate voci critiche da parte della dottrina, la quale ha evidenziato come una scelta di questo tipo fosse oltremodo rischiosa, tenuto conto della circostanza che le cause di esclusione di natura comunitaria riguardano situazioni soggettive di estrema rilevanza. Cfr. R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, (a cura di) R. Garofoli - M. A. Sandulli, Milano, 2005, pag. 577.

<sup>7</sup>Secondo la giurisprudenza interna l'art. 45 “*fa conseguire l'esclusione dalla gara nelle sole ipotesi di grave colpevolezza e di false dichiarazioni, non rinvenibili nel caso in cui il concorrente non conseguiva alcun vantaggio in termini corrispettivi, essendo in possesso di tutti i requisiti*” Così Consiglio di Stato, sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; in termini si vedano: T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 giugno 2012, n. 1321; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 dicembre 2011, n. 9696; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 12 dicembre 2012, n. 9688; Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777; Cons. Stato, 22 febbraio 2010, n. 1017; T.A.R. Lombardia, ord. 15 gennaio 2013, n. 123 cit. , tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*). Detta prospettiva è confermata anche dall'art. 57 della nuova Direttiva n. 24/2014.

<sup>8</sup>Si fa riferimento alla legislazione sui disabili e all'intestazione fiduciaria.

Sul punto il Consiglio di Stato<sup>9</sup> ha sottolineato come la normativa comunitaria relativa alle cause di esclusione per motivi attinenti alla moralità delle imprese, dovesse essere interpretata nel senso che essa elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori, non ostando tuttavia a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione giustificate da motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, nel rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

In senso analogo si è pronunciata la Corte di Giustizia UE<sup>10</sup> la quale - effettuando un'esegesi della *ratio* della normativa europea in discorso - afferma che scopo del corpus legislativo è quello di aprire alla concorrenza il settore degli appalti pubblici di lavori e di garantire l'assenza di comportamenti connotati da parzialità da parte delle stazioni appaltanti. Per questo motivo la

---

<sup>9</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3163. La sentenza aveva ad oggetto la legittimità della normativa antimafia negli appalti, allora non prevista dalle direttive comunitarie: *“Si deve ritenere che le cause di esclusione dagli appalti previste dal diritto comunitario, e puntualmente recepite dall'ordinamento interno (art. 8, l. n. 109/1994; art. 75, d.p.r. n. 554/1999; d.lgs. n. 158/1995), non sono esaustive e tassative, potendo i legislatori nazionali prevederne ulteriori a salvaguardia di interessi pubblici generali diversi da quello della tutela della concorrenza, e fondate su ragioni di ordine e sicurezza pubblica.*

*Invero, il trattato di Roma istitutivo della comunità europea, nel sancire la libera circolazione di servizi, consente l'applicazione delle stesse restrizioni previste per la libera circolazione dei capitali (art. 55), e, in particolare, la possibilità per gli Stati membri, tra l'altro, di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (art. 58 (73D), § 1, lett. b)), e purché tali misure non siano un mezzo di discriminazione arbitraria o di restrizione dissimulata della libertà di circolazione (art. 58, § 3).*

*Sicché, alla luce degli artt. 55 e 58 del Trattato di Roma, nell'ordinamento italiano, ben si giustificano e sono compatibili con la libertà di circolazione e con la tutela della concorrenza, cause di esclusione dagli appalti che, sebbene ulteriori rispetto a quelle previste dal diritto comunitario degli appalti, sono motivate da cautele antimafia, in quanto le stesse hanno il loro fondamento in ragioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza, e, lungi dal provocare una restrizione della concorrenza, mirano al contrario a garantire l'esplicazione di una concorrenza sana e avulsa da inquinamenti da parte della criminalità organizzata.”*

<sup>10</sup>Cfr. Corte di Giustizia UE, 16 dicembre 2008, in C-213/07, Corte di Giustizia, 9 febbraio 2006, in cause riunite C-226/04 e C-228/04; Corte di giustizia, 19 maggio 2009, in causa C-538/07.

disciplina comunitaria prevede diverse cause di esclusione dalla partecipazione alle gare basate su qualità di natura professionale (onestà, solvibilità, capacità economica e finanziaria). Tuttavia la normativa europea non prevede un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione indicate a livello comunitario, resta infatti ferma la possibilità per gli Stati membri di non applicare affatto queste clausole (optando per la partecipazione più ampia possibile) ovvero al contrario di prevederne altre, purché queste non eccedano quanto necessario per conseguire lo scopo della direttiva.

Ciò poiché i singoli Stati con riferimento alle caratteristiche storiche, giuridiche, economiche o sociali proprie di ciascuno di essi rivestono una posizione privilegiata che consente loro di individuare più efficacemente le situazioni che possono minacciare la trasparenza degli appalti e falsare la concorrenza.

Relativamente ai requisiti di idoneità e capacità dal punto di vista tecnico -professionale, ed economico-finanziario<sup>11</sup> deve darsi conto della particolare attenzione del legislatore comunitario circa la previsione di idonei criteri di selezione dei concorrenti, affinché possano essere individuate le imprese in grado di fornire la garanzia che l'adempimento della prestazione oggetto del contratto di appalto sia eseguita in maniera corretta. La predeterminazione dei requisiti ad opera della normativa comunitaria risponde alla duplice finalità di garantire da un lato la stazione appaltante (che vedrà individuati a priori dalla legge i requisiti considerati indicativi della serietà del concorrente) dall'altra i partecipanti alla gara, i quali si gioveranno della predetta predeterminazione come garanzia del proprio diritto alla parità di trattamento.

Deve qui darsi conto della circostanza che la giurisprudenza europea<sup>12</sup> ha spesso sottolineato la necessità di conferire alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità al fine di individuare i requisiti appena richiamati per ogni singolo appalto da aggiudicare.

Quanto alla capacità economico-finanziaria, questa è disciplinata dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, il quale contiene un'elencazione esemplificativa ed integrabile volta per volta anche con requisiti ulteriori e non previsti dalla normativa comunitaria, da parte delle

---

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. CALABRÒ - M. R. SPASIANO, *Le capacità tecniche e professionali* in R. Garofoli - M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, Milano, 2005, pag. 637 e ss. ; M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, (a cura di) R. Garofoli - M. A. Sandulli, Milano, 2005, pag. 613 e ss. ; G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. Chiti - G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pag. 423 e ss.

<sup>12</sup>Cfr. Corte di Giustizia, sez. V, 2 dicembre 1999, n. C-176/08.

amministrazioni aggiudicatrici in funzione del particolare tipo di commessa da appaltare, fermo restando l'obbligo di proporzionare i medesimi all'oggetto dell'appalto<sup>13</sup>.

Anche con riferimento alla capacità tecnica e professionale, l'individuazione da parte della direttiva di appositi criteri per la comprova del possesso delle predette caratteristiche mira a salvaguardare la *par condicio* delle imprese facenti parte del mercato europeo, con predeterminazione a monte dei mezzi di prova di cui la stazione appaltante potrà giovare per verificare l'idoneità dei partecipanti.

La direttiva inoltre specifica espressamente che la stazione appaltante deve individuare nel bando le referenze richieste fra quelle previste dalla norma, ciò al fine di garantire la conoscenza delle medesime da parte dei concorrenti fin dall'inizio.

Sul punto la Corte di Giustizia Europea ha chiarito che la prescrizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di mezzi di prova di capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, è affetta da illegittimità, non solo a causa della violazione del principio di parità di trattamento ma altresì poiché si pone netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria.<sup>14</sup>

Le direttive tace sulla possibilità da parte della Stazione Appaltante di prevedere prescrizioni a pena di esclusione con riferimento alla presentazione delle domande di partecipazione alle gare, possibilità invece concessa dal diritto interno e sulla cui legittimità la giurisprudenza nazionale non ha mai dubitato fermo restando il limite della proporzionalità e del rispetto del *favor participationis*.<sup>15</sup> In realtà ad avviso di autorevole dottrina<sup>16</sup> tutte le clausole di esclusione formale previste dal diritto interno sarebbero illegittime per incompatibilità con la direttiva in oggetto, la quale, come si è visto, ammette la possibilità per gli Stati membri di individuare ulteriori cause di esclusione solo con riferimento ai requisiti economico-finanziari dei partecipanti.

Come si vedrà – la previsione di dette clausole da parte dei bandi di gara - ha determinato notevoli incertezze giurisprudenziali un'insostenibile ricorso al contenzioso da parte delle imprese concorrenti.

---

<sup>13</sup>Cfr. art. 44 comma 2 direttiva 2004/18/CE.

<sup>14</sup> Corte di Giustizia, 17.11.1993, causa C-71/92

<sup>15</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 maggio 2005, n.2158; Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 363; T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 settembre 2002, n.1503.

<sup>16</sup>R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 426.



### 3. Le cause di esclusione nella prima formulazione del Codice Appalti.

Nel sistema delineato dal Codice Appalti antecedentemente all'emanazione del d.l. 70/2011 l'esclusione dalle pubbliche gare era comminata con riferimento a due differenti categorie concettuali. La prima ricomprendeva le cause stabilite per espressa dizione di legge o in ogni caso ricavabili dalla stessa in via interpretativa. La seconda contemplava preclusioni derivanti dal mancato rispetto delle regole stabilite dalla stazione appaltante all'interno della *lex specialis* per la presentazioni di domande di partecipazione alle gare o per il confezionamento delle offerte<sup>17</sup>, ovvero ancora con riferimento ai requisiti di partecipazione, ulteriori rispetto a quelli previsti dal Codice.

A contrario, può affermarsi che la partecipazione alle gare pubbliche fosse consentita unicamente ai soggetti in possesso di particolari requisiti ordine morale, formale, economico-finanziario e tecnico secondo le previsioni di cui agli articoli 38 a 42 del Codice<sup>18</sup>, che

---

<sup>17</sup>R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante* (nota a TAR Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012.

<sup>18</sup>L'art. 38 del codice degli appalti, contempla i cd. requisiti di ordine generale, stabilendo una serie di condizioni soggettive relative ai partecipanti ed attinenti alla loro onorabilità e moralità professionale, condizioni considerate indispensabili al fine di garantire l'affidabilità morale dei concorrenti, il cui possesso è imprescindibile per la partecipazione alla gara.

I requisiti di moralità debbono essere posseduti e dimostrati anche dai soggetti che partecipano ad un appalto di lavori pubblici di valore inferiore ai 150.000, ai sensi dell'art. 40, VIII comma ed coloro che partecipano all'affidamento di appalti di servizi o forniture sotto soglia, ai sensi dell'art. 121 del Codice Appalti.

Per una disamina della norma e delle problematiche interpretative ad essa sottese, si vedano: G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di) Riccardo Villata, Assago, 2014, pag. 299 e ss. ; H. GARUZZO, *Commento all' art. 38. Requisiti di ordine generale*, in G.f. Ferrari, G. Morbidelli, (a cura di) *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2013, pag. 533 e ss. ; R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, pag. 448 e ss.; S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di Franchini, Torino, 2010, pag. 423 e ss.; F. VENTURA, *Commento all' art. 38*, in A. Carrullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pag. 439 e ss.; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008, pag. 1267 e ss.; M. ALESIO,

adempissero compiutamente alle prescrizioni poste in tema di formulazione e presentazione delle offerte di gara nonché di carattere formale contenute nella *lex specialis*, dettate per soddisfare l'esigenza di segretezza e di rispetto della *par condicio* fra i partecipanti.

Con riferimento ai requisiti di moralità e di capacità tecnica e finanziaria la *ratio* dell'esclusione dei soggetti non in possesso dei medesimi è da individuarsi – in ossequio al principio di buon andamento della p.a. sancito dall'art. 97 della Costituzione - nella necessità di operare una cernita a monte fra i concorrenti nelle procedure ad evidenza pubblica, consentendo solo alle imprese che siano in grado dare previamente prova della propria capacità, serietà ed affidabilità di concorrere per l'aggiudicazione di una commessa della pubblica amministrazione, cosicché maggiori saranno le garanzie che il rapporto contrattuale instaurato verrà portato regolarmente a termine.

Viceversa, l'imposizione di regole formali per la partecipazione alla gara, la cui violazione è sanzionata a pena di esclusione, mira a tutelare da un lato interessi di natura organizzativa e

---

*Buona fede e moralità dei partecipanti nell'evidenza pubblica il cds per una nozione ampia di moralità professionale* in Diritto e Giustizia, fasc. 37, 2003; AVCP, Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010. *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it);

I requisiti di idoneità tecnica ed economico -finanziaria sono stabiliti dagli artt. 40, 41, 42. Il loro possesso vale a dimostrare l'idoneità del concorrente svolgere a regola d'arte la pubblica commessa da aggiudicare, oltre che la solidità finanziaria del partecipante, al fine di assicurare all'amministrazione la capacità di fare fronte agli impegni economici assunti. Ai sensi dell'art. 41, co. 2 del Codice le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. Sul punto si rimanda a D. TREBASTONI, *Commento agli artt. 41 e 42*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), Codice dell'appalto pubblico, Milano, 2011, pag. 531 e ss. ; F. VENTURA, *Commento all' art. 41*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Padova, 2012, pag 477 e ss.; F. VENTURA, *Commento all' art. 42*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Padova, 2012, pag.487 e ss.; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di) Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014, Torino, 2014, pag.145 e ss.; M. DIDONNA, *Commento agli artt. 41-42*, in L. R. Perfetti (a cura di), Codice dei contratti pubblici commentato, Milano, 2013, pag.631e ss.

procedimentale dell'amministrazione, affinché venga garantito il principio di economicità e di speditezza nelle procedure, dall'altro di trasparenza e di parità di trattamento fra i concorrenti<sup>19</sup>.

Nel periodo di tempo intercorrente fra l'approvazione della legge quadro 2248 del 1865 e l'emanazione della legge Merloni, avvenuta nel 1994, il legislatore italiano ha tralasciato quasi del tutto di occuparsi della materia dell'affidamento di commesse pubbliche riconoscendo alla stazione appaltante un'ampissima discrezionalità in relazione alle regole inerenti la singola procedura, tanto che comunemente la dottrina prese a definire il bando con la significativa locuzione di "legge di gara".

Il legislatore è tornato ad regolamentare compiutamente la materia degli appalti pubblici nel 1994, anno di emanazione della legge Merloni, accogliendo la prassi di gara che aveva avuto modo di consolidarsi fino ad allora. Le stazioni appaltanti – libere da qualsiasi imposizione normativa in senso contrario – erano solite pretendere un rigido rispetto delle forme imposte dal bando per la presentazione delle offerte, sanzionando con l'esclusione dalla gara il concorrente che si fosse reso inadempiente alle prescrizioni della *lex specialis* anche in caso di manchevolezze veniali nella documentazione presentata per concorrere alla gara stessa<sup>20</sup>.

Fino all'emanazione dell'art. 46, comma 1 bis del d.lgs. 163/2006, resistette la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di inserire nella *lex specialis* - con riferimento ad ogni specifica gara - delle vere e proprie norme a pena di esclusione del partecipante alla procedura, ulteriori e diverse rispetto a quelle previste dal codice, dal regolamento e dalle leggi speciali<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CAVARERO, F. RUSSO, *L'ultravigenza dell'attestazione soa scaduta in caso di richiesta tempestiva di rinnovo: verso un approccio di tipo sostanzialistico alla normativa in materia di appalti pubblici?* In Giur. merito, fasc.11, 2013.

<sup>20</sup> R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese* (nota a Consiglio Di Stato, sez. III, 18 febbraio 2012, n. 493) in Urbanistica e Appalti, fasc. 7, 2012.

<sup>21</sup> Per una rassegna di alcuni significativi contributi in materia si rinvia a: G. BARBERIS *L'interpretazione della lex specialis : il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali* (nota a Cons. Stato Sez. III, 02 settembre 2013, n. 4364) in Giur. It., fasc. 2, 2014; I. BATTISTINI, *Commento all' art. 74*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pag. 692 e ss.; G. CREPALDI, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in Foro amm. - C.d.S., fasc. 2, 2007; G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II), fasc. 2, 2010; R. DE NICTOLIS, C. ALTAVISTA, *Le offerte, le varianti in sede di offerta, le garanzie dell'offerta*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano,

Detto potere è stato esercitato con riferimento a molteplici aspetti della procedura ad evidenza pubblica, ciascuno dei quali è stato, in concreto, oggetto di elaborazione dettagliata tramite l'inserimento, nel bando, di prescrizioni *ultra legem*. In particolare le stazioni appaltanti hanno provveduto a disciplinare in maniera autonoma la predisposizione dei documenti di gara, le modalità di confezionamento e sigillatura del plico, le modalità di recapito delle offerte alla stazione appaltante, la capacità economico-finanziaria ed il fatturato, nonché, la presentazione di determinate dichiarazioni specifiche della stessa, la capacità tecnico-professionale e l'iscrizione in registri, la localizzazione territoriale dei concorrenti<sup>22</sup>.

La giurisprudenza avallava detta prassi ritenendo che le norme, sia comunitarie che interne, prevedessero fattispecie non compiutamente determinate, formulate in maniera tale da richiedere all'interprete di fare esplicito riferimento alla realtà concreta. Ciò consentiva all'amministrazione di introdurre nel bando requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e

---

2008, pag. 2079 e ss.; B. DE ROSA, *La rigidità delle clausole di esclusione dalle gare per motivi esclusivamente formali*, In Riv. giur. edilizia, fasc. 4, 2002; B. DE ROSA, *Disapplicazione del bando di gara: il consiglio di Stato riapre il dibattito?* In Dir. proc. amm., fasc. 4, 2011; M. FAVIERE, *Limiti alla discrezionalità amministrativa nella redazione degli atti di gara: le clausole di esclusione*, in GiustAmm.it; M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008, pag.1593 e ss.; G. GIOFFRÉ, *Le clausole del bando di gara – vero campo minato* in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com); M. GIOVANNELLI, *Clausola del bando a pena di esclusione e regolamento complessivo della gara*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.12, 2003; P. LAZZARA, *Commento agli artt. 73-74*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag.1021 e ss.; G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 1, 2011; M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito* VOL. 18, N.O 1: (2009); C. MUCIO, *Superabilità della clausola "a pena di esclusione"* in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8, 2011; I. PAGANI, *Interpretazione del provvedimento amministrativo ed eterointegrazione della legge di gara*, (nota a Cons. Stato Sez. III Sentenza, 02 settembre 2013, n. 4364) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 1, 2014; S. TOSCHEI, *Commento all'art. 74*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, pag. 861; S. USAI, *L'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis della gara*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 11, 2010. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta* in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2002.

<sup>22</sup>C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo* (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011), in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it)

financo più rigidi di quelli previsti dai testi normativi, nell'esercizio di un potere discrezionale - attinente al merito dell'azione amministrativa - che costituisce puntuale attuazione dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, predicati dall'art. 97 Cost.

Si riteneva che il fondamento del potere citato risiedesse nella necessità di perseguire l'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare, mediante l'individuazione compiuta delle misure ritenute di volta in volta più opportune e funzionali a garantire l'individuazione del "miglior contraente possibile" quale soggetto maggiormente e particolarmente qualificato rispetto al tipo di commessa da affidare<sup>23</sup>.

Le clausole del bando contenenti regole in ordine alla forma da osservarsi per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e dell'offerta avrebbero avuto inoltre la funzione di garantire che la documentazione dei concorrenti fosse *ab origine* corretta, completa, nonché scevra da errori od omissioni, onde evitare che un negligente confezionamento del contenuto dei plichi da parte delle imprese aspiranti all'aggiudicazione del pubblico appalto determinasse un rallentamento della gara, vulnerando così i principi di economicità e di speditezza del procedimento.

Inoltre la predeterminazione della sanzione dell'esclusione da parte della stazione appaltante avrebbe rafforzato la parità di trattamento tra i diversi operatori economici partecipanti ad una gara, evitando rischi di comportamenti discriminatori. Difatti, l'attribuzione alla pubblica

---

<sup>23</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 15 marzo 2006, n. 1387, in Foro amm. CDS 2006, 3, 872: "*L'amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge; infatti le previsioni indicate nella disposizione di cui all'art. 17 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, si limitano a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare. Detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 cost., e si sostanzia quindi nel potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui ed efficienti ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.*". Si vedano ancora Consiglio di Stato, sez. IV, 9 maggio 2006, n. 2567; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I bis, 3 luglio 2006, n. 5360; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; T.A.R. Molise, sez. I, 2 aprile 2008, n. 107; T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424; Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083.

amministrazione di poteri in ordine all'accertamento volta per volta della gravità della violazione commessa, era vista con sospetto in quanto considerata idonea a favorire favorire la proliferazione di scelte arbitrarie, tali da provocare trattamenti diversi di situazioni identiche, in violazione dei principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza<sup>24</sup>.

Veniva dunque riconosciuto alle stazioni appaltanti l'ampio potere discrezionale di inserire nella *lex specialis* tutte le disposizioni ritenute più idonee per il raggiungimento dello scopo perseguito con la procedura ad evidenza pubblica, purché le clausole escludenti di derivazione amministrativa fossero logicamente coerenti con l'interesse pubblico perseguito. Il parametro alla luce del quale la giurisprudenza sindacava la legittimità dei provvedimenti di esclusione adottati dalla stazione appaltante sulla base delle prescrizioni ulteriori inserite nella *lex specialis* era costituito dai principi di *par condicio*, proporzionalità e pertinenza rispetto allo specifico oggetto del contratto da affidare. Detti principi costituivano in ultima analisi i limiti idonei a circoscrivere il suddetto potere della p.a.

Nondimeno l'ampia discrezionalità di cui le stazioni appaltanti godevano con riferimento alla determinazione del contenuto della legge di gara spesso veniva esercitata in maniera inappropriata, degenerando in abuso. Venivano infatti inserite nei bandi delle prescrizioni formalistiche rigide, burocratiche, ed in definitiva inutili, la cui inosservanza veniva punita con la sanzione oggettivamente sproporzionata dell'esclusione anche a fronte di inadempimenti lievi, ciò che si traduceva in una reprimenda occulta al diritto di accesso alle pubbliche gare, sicuramente contraria allo spirito della normativa comunitaria ed in violazione del principio del divieto di aggravio del procedimento<sup>25</sup>.

Non può sottacersi che la scelta delle stazioni appaltanti di fare un massiccio ricorso a clausole presidiate dalla sanzione dell'esclusione ponesse in una situazione di favore la pubblica amministrazione, la quale poteva giovare di un meccanismo pressoché automatico al fine di stabilire di volta in volta l'applicabilità della sanzione dell'esclusione del candidato

---

<sup>24</sup>Cfr. Tar Lazio, sez. III-ter, 1 luglio 2010, n. 22062.

<sup>25</sup>Il principio mira ad evitare rallentamenti o appesantimenti burocratici e consentendo, inoltre, alla pubblica amministrazione di porre a carico dei partecipanti particolari oneri (anche formali) purché ragionevoli, non arbitrari o superflui e opportunamente comunicati o pubblicizzati agli interessati. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n.6771.

inadempiente, sollevando così le Commissioni aggiudicatrici dalla responsabilità di formulare un giudizio di in ordine alla natura e alla finalità perseguita della clausola violata<sup>26</sup>.

Contemporaneamente – tenuto conto dell'obbligo di immediata impugnativa avverso le clausole di esclusione immediatamente lesive – le stazioni appaltanti godevano del vantaggio determinato dal predetto onere gravante sulle imprese, soggette alle conseguenze dell'intempestivo ricorso al rimedio processuale a causa di un'errata interpretazione sulla natura immediatamente lesiva o meno della clausola contestata<sup>27</sup>.

Allo stesso tempo, le clausole inserite nel bando di gara assumevano portata rigorosamente vincolante anche per l'amministrazione aggiudicatrice, cosicché qualora la *lex specialis* comminasse espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la p.a. era tenuta a dare alle medesime puntuale esecuzione senza poter esercitare alcuna discrezionalità in relazione alla rilevanza dell'inadempimento posto in essere dal partecipante alla procedura, all'incidenza della violazione sulla regolarità della gara ed all'adeguatezza della sanzione alla violazione<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. C. CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?* (Nota a Cons. Stato Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172) in *Giur. It.*, fasc. 10, 2011.

<sup>27</sup> Com'è noto, infatti, in applicazione dei principi sull'impugnazione degli atti a contenuto generale, nell'ipotesi di clausola del bando illegittima, il concorrente che intenda far valere il vizio dovrà attendere il provvedimento di esclusione dalla gara e procedere poi all'impugnazione contestuale della disposizione del bando legittimante la sanzione espulsiva, prospettando il vizio di illegittimità derivata, giacché al momento della pubblicazione del bando la lesione è solo potenziale e può eventualmente divenire attuale solo all'esito della gara. Tuttavia, l'impugnativa dovrà avvenire nel termine di decadenza decorrente dall'emanazione del bando qualora la clausola presenti profili di immediata lesività, giacché in questo caso sarà ravvisabile un interesse immediato all'impugnazione. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 27 gennaio 2003, n. 1

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2003 n. 918, Consiglio di Stato, sez. V, 26 gennaio 2001, n. 264; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1270; T.A.R. Abruzzo – Pescara, 30 giugno 2006, n. 367; Consiglio di Stato, sez. V, 30 Agosto 2006, n. 5082; T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, 11 dicembre 2006, N. 5845; T.A.R. Emilia Romagna, sez. di Parma, 28 Maggio 2007, n. 385; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638. Osserva G. VIRGA in *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), n. 9/2011 che ciò determinava - di fatto - la prevalenza del bando sulla legge. Nello stesso senso G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 1, 2011, F. RISSO *Il prin-*

Il rigore di tale orientamento veniva giustificato richiamando sia il principio generale che vieta la disapplicazione del bando, alla cui osservanza l'Amministrazione si era autovincolata rigidamente al momento dell'adozione, sia l'esigenza di tutela dell'affidamento e *par condicio* dei concorrenti, che si riteneva sarebbero stati pregiudicati ove fosse stato consentito di modificare le regole della gara *in itinere*.

Contestualmente, per effetto del noto principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione - in ossequio al principio costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione - una valutazione sostanziale in ordine alla ragionevolezza od opportunità delle clausole poste dal bando di gara era altresì preclusa al giudice amministrativo, il quale, non sussistendo in materia norme attributive di giurisdizione di merito poteva esercitare sulle medesime unicamente un controllo estrinseco, limitandosi a verificare la rispondenza delle medesime a criteri di razionalità e congruità nonché la loro compatibilità con le finalità di pubblico interesse perseguite dall'ente.

Né era consentita al giudicante la disapplicazione del bando<sup>29</sup>, trattandosi di atto generale e non avente efficacia normativa.<sup>30</sup>

---

*cipio di tassatività di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di soccorso istruttorio*. Foro amm. CDS, fasc.9, 2013.

<sup>29</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 599, in senso analogo Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in Foro Amm. CdS., 2003, 99: “*va negato ogni carattere normativo ai provvedimenti di disciplina della gara in considerazione dell'inconfigurabilità in essi di requisiti essenziali per la qualificazione di un atto come fonte dell'ordinamento; infatti, nel bando difettano, in particolare, sia l'elemento dell'innovatività che quello dell'astrattezza. Il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati e' ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie concernenti diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento, sia quando sia conforme al presupposto atto normativo ed, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi; al di fuori di tali limiti, va esclusa la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati ed, in particolare, di quelli che, ancorché connotati da una valenza generale, risultino privi di natura normativa, posto che, ammettendo il sindacato incidentale su questi ultimi, si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio amministrativo, per snaturarne i criteri essenziali ed, in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza stabilito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione di atti lesivi di interessi legittimi*”. Si vedano altresì T.A.R. Umbria, 1 marzo 2010; T.A.R. Lombardia Milano sez. IV, 14-09-2012, n. 2343.

<sup>30</sup>L'assetto appena delineato era sconfessato da un orientamento giurisprudenziale minoritario il quale, anche in presenza della violazioni di clausole dei bandi di gara poste a pena di esclusione, affermava



Nondimeno sebbene – come si è appena visto - il potere dell'Amministrazione di inserire nuove clausole nel bando o di rendere inefficaci quelle in esso contenute per mezzo della disapplicazione fosse decisamente stigmatizzato, la giurisprudenza ammetteva l'esistenza di un potere interpretativo della stazione appaltante nei termini che appresso si diranno.

Si riteneva che l'esclusione potesse essere comminata nei casi in cui non fosse prevista espressamente dal bando, qualora la clausola violata fosse ritenuta - all'esito di una valutazione operata dalla stazione appaltante in base al c.d. criterio teleologico - rispondente ad un interesse dell'amministrazione e funzionale alla realizzazione della par condicio dei concorrenti. Tuttavia, in questi casi, la *ratio* dell'esclusione doveva emergere con assoluta chiarezza, dovendosi altrimenti privilegiare il maggior accesso alla gara in vista di una più ampia e, per l'amministrazione più favorevole, concorrenzialità<sup>31</sup>.

---

la sindacabilità dei provvedimenti contenenti la sanzione espulsiva per verificare se nel singolo caso l'applicazione rigida della legge di gara fosse giustificabile alla luce dei principi di ragionevolezza, massima partecipazione, logicità e non aggravamento del procedimento concorsuale, ciò al fine di evitare che l'esclusione si risolvesse in un'inutile vessazione a danno del partecipante alla procedura ad evidenza pubblica. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172. Nella pronuncia, relativa all'impugnazione di un provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante a fronte della violazione da parte del ricorrente di una clausola del bando espressamente assistita dalla sanzione dell'esclusione, il Consiglio di Stato così si esprime: *“La causa di esclusione, pur prevista dal bando, avrebbe potuto ritenersi operante nella sola ipotesi in cui l'acquisizione anticipata di elementi relativi all'offerta tecnica o all'offerta economica avesse potuto alterare il regolare svolgimento delle operazioni di gara, con pregiudizio del fondamentale principio della par condicio tra i concorrenti, nella specie non ravvisabile: la portata delle singole clausole, comminanti l'esclusione in termini generali ed onnicomprensivi, va valutata alla stregua dell'interesse che la norma”*. Nello stesso senso T.A.R. Toscana, sez. II, 3 febbraio 2004, n. 255; T.A.R. Piemonte, 18 luglio 1995, n. 420; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 5 settembre 1995, n. 865.

Alcune isolate pronunce si erano spinte a sostenere la disapplicabilità del bando da parte del giudice amministrativo, sostenendo la natura normativa della *lex specialis*. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922; Tar Lombardia, 2 aprile 1997, n. 354; Tar Lombardia, 5 giugno 1997, n. 900; Consiglio di Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 946; T.A.R. Sardegna, 27 marzo 2007, n. 549.

<sup>31</sup>Secondo Consiglio di Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6410, in Foro Amm. CdS, 2007, 12, 3453, *“L'esclusione di un concorrente da una gara pubblica deve essere disposta tutte le volte in cui non risulti osservata una clausola espressamente posta a pena di esclusione e, solo eccezionalmente, anche nel caso in cui tale previsione manchi, ove dal contesto della lex specialis di gara emerga con palese evidenza che il mancato rispetto di alcune clausole comporti, comunque ed inevitabilmente in ragione*

Con riferimento all'interpretazione delle clausole, dunque, era opinione comune che in via generale dovesse farsi ricorso al criterio letterale onde evitare un'interpretazione integrativa volta a riconoscere significati non facilmente evincibili dalla formulazione testuale del bando, in ossequio ai principi enunciati dall'art. 1 della L. 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 provvedimenti garanti, su un piano di effettività, del *favor participationis* al concorso<sup>32</sup>.

Il ricorso ad ulteriori criteri interpretativi (di natura suppletiva) era considerato ammissibile nei soli casi in cui l'inosservanza di una prescrizione del bando da parte dell'impresa partecipante alla gara non fosse stata prevista espressamente dal bando stesso come clausola di esclusione dalla gara, generando un'obiettiva incertezza del significato della *lex specialis*.<sup>33</sup>

A rendere ancora più incerto l'assetto relativo alla disciplina delle clausole di esclusione si poneva la problematica irrisolta relativa alla possibilità o meno di integrare il bando di gara con riferimento a fonti normative esterne pretermesse o financo violate.

---

*del loro contenuto, l'esclusione anche senza un'espressa previsione in tal senso*". In senso analogo Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2010, n. 8042, Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 1997 n. 164; T.A.R. Valle d'Aosta, 23 gennaio 1997 n. 10; T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, 11 gennaio 1997 n. 7; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277.

<sup>32</sup> Osserva I. PAGANI, *Interpretazione del provvedimento amministrativo ed eterointegrazione della legge di gara*, (nota a Cons. Stato Sez. III Sentenza, 02 settembre 2013, n. 4364) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 1, 2014 che *"la giurisprudenza civile non è allineata a questa conclusione, ritenendo che fra i canoni di interpretazione soggettiva vada privilegiata, rispetto a quella letterale, quella "teleologica" (art. 1362, comma 1, c.c.) che impone all'interprete di astrarsi dal mero senso letterale delle parole, indagando piuttosto sulla comune intenzione dei contraenti attraverso lo scrutinio della loro condotta in occasione delle trattative e anche nel periodo successivo alla conclusione del contratto (art. 1362, comma 2, c.c.). Il criterio esegetico preferibile - e qui sta una prima differenza tra le due giurisdizioni - non è perciò l'interpretazione letterale ma quella teleologica secondo l'insegnamento, risalente a Papiniano, per cui "in conventionibus, contrahentium voluntatem, potius quam verba, spectari placuit"*. Cfr. altresì TAR Piemonte, sez. II, 26 gennaio 1996, n. 31, per il quale *"L'interpretazione dei provvedimenti amministrativi è governata da canoni totalmente disancorati da valutazioni di tipo soggettivo, come avviene, invece, per i negozi giuridici di diritto privato, dovendosi privilegiare l'interpretazione oggettiva, che prescinde dai moventi soggettivi delle parti non espressamente esplicitati nel testo documentale del provvedimento"*.

<sup>33</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2011, n. 5282.

Ad avviso di un primo orientamento minoritario, la mancata indicazione di specifiche clausole all'interno della *lex specialis* avrebbe precluso in radice la possibilità di fare ricorso ad un'interpretazione integratrice volta a colmare la lacuna mediante l'eterointegrazione del bando con l'automatico rinvio alla norma di legge. Ciò a causa dell'onere gravante sulla pubblica amministrazione posto a tutela dei partecipanti alla gara, per il quale sarebbe indispensabile inserire nel bando fin dall'inizio le prescrizioni che gli aspiranti concorrenti avrebbero dovuto rispettare<sup>34</sup>.

L'orientamento maggioritario, invece, ammetteva l'applicabilità del principio della eterointegrazione della *lex specialis* ad opera della legge, in base al quale devono considerarsi inserite nel bando di gara quelle norme già poste da disposizioni imperative, ancorché non espressamente ripetute o richiamate nel bando medesimo<sup>35</sup>, ciò poiché il silenzio della *lex specialis* non può essere interpretato come una manifestazione di volontà concretantesi in una deliberata disapplicazione del dato normativo, quanto piuttosto come vuoto della disciplina di gara da colmarsi con la volontà del legislatore.

Il principio della eterointegrazione della *lex specialis*, trova fondamento nel principio di legalità (art. 97 Cost.), che deve permeare ogni attività amministrativa, e che esclude che l'amministrazione possa ritenersi esonerata dalla puntuale osservanza degli obblighi imposti da fonti normative superiori.

Al termine di questo breve *excursus* può osservarsi come la libertà di imporre clausole di esclusione poteva dirsi coerente con un'accezione del procedimento ad evidenza pubblica che ancora risentiva nella sua ricostruzione dogmatica della prevalenza del diritto interno, e dunque come di evidenza pubblica principalmente giustificata dalla necessità di garantire la scelta del miglior contraente alla pubblica amministrazione, conferendo una rilevanza secondaria alla posizione soggettiva dei partecipanti alla gara. In quest'ottica la p.a. ha la libertà assoluta di stabilire qualsivoglia clausola a pena di esclusione giacché l'interesse pubblico è considerato preminente su quello privato. Lo scopo di garantire la massima partecipazione è tutelato in via sussidiaria, se riguardato da questo punto di vista.

---

<sup>34</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 12.

<sup>35</sup>Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007 n. 256; Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2004 n. 7555; Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2967; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2004 n. 1736; Consiglio di Stato, sez. V, 11 febbraio 2003 n. 700; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002 n. 113; Consiglio di Stato, sez. V, 27 febbraio 2001 n. 1069; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 maggio 2005, n. 714; Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 marzo 2005 n. 1717; Tar Lazio, sez. III, 15 ottobre 2003 n. 8411.

La dottrina non aveva mancato di esprimere le proprie critiche sull'assetto appena delineato, osservando come l'autonomia della *lex specialis* di fatto fosse divenuta un “*mandato in bianco*” affidato alle stazioni appaltanti affinché stabilissero le regole secondo una discrezionalità che spesso confinava con l'arbitrio<sup>36</sup>, notando quando fosse pernicioso permettere un'autonomia tanto vasta ed insindacabile in grado di incidere sulle libertà economiche dei partecipanti.

Al contempo stigmatizzava l'esistenza di una prassi che consentiva procedure prive di alcun margine di flessibilità, nelle quali esigenze di correttezza solo formale prevalevano su esigenze di convenienza reale, così vanificando il principio costituzionale di buon andamento.

Di fatto nella vigenza del sistema appena rappresentato si era verificato un abnorme contenzioso incasellabile in due macrocategorie: “*violazione di previsioni di norme non espressamente corredate dal legislatore dalla sanzione dell'estromissione dalla gara, con la propensione a ritenere legittime le esclusioni alla luce dell'importanza accordata alla norma volta a volta violata, [...] esclusioni disposte direttamente dalla stazione appaltante, per violazioni varie delle regole di gara, corredate o meno che fossero da una clausola di esclusione espressa nella lex specialis*”<sup>37</sup>.

Del resto, era proprio l'esistenza di molteplici orientamenti giurisprudenziali a dimostrare che la presenza di rigide prescrizioni formali, lungi dal centrare gli obiettivi che con esse si intendevano raggiungere, determinasse unicamente un ingiustificato aggravio procedimentale.<sup>38</sup>

#### **4. Il dl. 70/2011. Le novella legislativa e le sue ragioni.**

Il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 “Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” (G.U. n. 110 del 13 maggio 2011) convertito nella Legge 12 luglio 2011, n. 106 (G.U. n. 160 del 12 luglio 2011) ha introdotto all'art. 46 del Codice degli Appalti il comma 1 bis, sancendo il principio della tassatività delle clausole di esclusione degli operatori economici

---

<sup>36</sup> G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 1, 2011.

<sup>37</sup> B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.

<sup>38</sup> C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici*, (nota a: Consiglio di Stato, 19 ottobre 2011, n.5619, sez. V) in *Foro Amm. CDS* fasc.12, 2011

dalle procedure di affidamento<sup>39</sup>. Sulla scorta di detta disposizione, le stazioni appaltanti possono, di regola, inserire nei propri atti di gara solamente due tipologie di clausole escludenti:

---

<sup>39</sup>“Art 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione...omissis... “I-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”.

La letteratura sul tema, nonostante la recente introduzione della norma è sterminata. Sulla disciplina introdotta dalla novella, e sulle problematiche interpretative, di cui si darà conto nel prossimo paragrafo, si rimanda a: M. ALESIO, *Tassatività delle cause di esclusione: i primi interventi giurisprudenziali*, in *La Gazzetta degli Enti Locali* 12/10/2011; A. AULETTA, *Contratti pubblici: tassatività delle clausole di esclusione e ordine di trattazione dei ricorsi. Ancora un intervento della Plenaria* (nota a Consiglio Di Stato, Adunanza Plenaria - Sentenza 25 febbraio 2014, n.9) in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); G. BARZAZI, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, fasc. 1, 2012; G. BASSI, M.GRECO, A. MASSARI, *Appalti e servizi pubblici dopo le recenti novità: dal decreto sviluppo al decreto semplificazioni*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2012, pag. 59 e ss.; G. BORGIA, *Evoluzione dell’art.46, la VI Sezione investe l’Adunanza Plenaria*, Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 novembre 2013, in <http://www.osservatorioappalti.unitn.it>; F. BOTTEON, *Il nuovo regime dell’esclusione dalle gare: "tanta" tassatività (ma poca chiarezza)* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); F. BOTTEON, *Tassatività delle cause di esclusione, clausole nulle e poteri della stazione appaltante*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 7, 2012; C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d’interpello nel cd. Decreto Sviluppo*, in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it); D. CAPOTORTO – M. NUNZIATA, *Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it); V. CAPUZZA, *Le esclusioni non codificate dal d. lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010*. Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 25 settembre 2012, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it); O. CARPARELLI, *Principio della tassatività della cause di esclusione dalle gare* (commento a Consiglio Di Stato, sez. V - ordinanza 12 ottobre 2011 n. 4496), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese* (nota a Consiglio Di Stato, sez. III, 18 febbraio 2012, n. 493) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 7, 2012; F. CONIGLIO, *La tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di gara con specifico riferimento all’Istituto della garanzia a corredo dell’offerta e limiti all’esercizio del potere di soccorso delle Sta-*

---

zioni appaltanti in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it); C. CONTESSA, *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la plenaria alla ricerca di equilibri* (Nota a Cons. Stato ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23) in *Giur. It.*, fasc. 5, 2014; C. CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?* (Nota a Cons. Stato Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172) in *Giur. It.*, fasc. 10, 2011; O. CRISANTE, *Sulla rilevanza di eventuali omissioni dichiarative in rapporto al principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato dall'art. 46 del Codice dei contratti pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 4, 2012; L. D'ANGELO, *Esclusione dalla gara? Solo per cause tassative*, in [www.Altalex.it](http://www.Altalex.it); F. DAL PIAZ, F. RUSSO, *Clausola del bando di gara sulla presentazione dell'offerta in busta sigillata e firmata sui lembi: giurisprudenza oscillante tra mero formalismo e adempimento sostanziale*, in *Giur. Merito*, fasc. 7-8, 2012; L. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura, potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro Amministrativo (II)* fasc. 9, 2014; R. DE NICTOLIS *Le novità del D.L. 70/2011 Urbanistica e Appalti*, fasc. 9, 2011; L. DEL PRETE, A. SALVATI *Le esclusioni dagli appalti pubblici: strategie difensive*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 99 e ss.; P. DELLA PORTA, *Tassatività delle cause di esclusione (tipiche o atipiche?) contenute nella legge di gara*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 1, 2012; S. FANTINI, *Le novità della spending review* in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2012; E. FERESIN, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Milano, 2011, pag. 1 e ss.; M. FRANCAVILLA, *Al via il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara*, in *Il Corriere del Merito*, fasc.4, 2012; C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici*, (nota a: Consiglio di Stato, 19 ottobre 2011, n.5619, sez. V) in *Foro Amm. CDS* fasc.12, 2011; C.G. GASPARUTTI, *Sulla asserita "semplificazione" degli oneri formali nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); M. GENTILE, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione: un'interpretazione poco "tassativa" del Consiglio di Stato*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante* (nota a TAR Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012; B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013; F. A. GIOR-DANENGO, *Sul principio di tassatività delle cause di esclusione*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 11, 2011; S. LAZZINI, *Stretti rapporti fra tassatività delle cause di esclusione e possibilità integrazioni ex post* [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) ; S. LAZZINI, *Dovere di soccorso per garanzie provvisorie insufficienti o inadatte procure notarili* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 9 del 25 febbraio 2014* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI, *Scontro fra titani sull'applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI, *Tassatività delle cause di esclusione e modalità di presentazione della cauzione provvisoria* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI *Gattopardina relazione fra tassatività delle cause di esclusione ed importo, insufficiente, della cauzione provvisoria* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI,

clausole che riproducono obblighi previsti dal codice o dal regolamento dei contratti pubblici e da altre disposizioni legislative; clausole che appaiano funzionali ad evitare incertezze sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ovvero ad assicurarne la segretezza<sup>40</sup>.

---

*Tassatività delle cause di esclusione illogico escludere se la relazione introduttiva non è sottoscritta* (TAR Sent.N.03809/2012) in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it); G. MANFREDI, *L'evoluzione della cauzione provvisoria, fra patti di integrità e sanzioni*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.2, 2015. ;F. MANGANARO, *La controversa interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare di appalti pubblici*. (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619) in *Giur. It*, fasc.7, 2012; A. MASSARI, *La nuova disciplina della esclusione dalle gare: riepilogo delle principali problematiche*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); C. MUCIO, *Indicazione degli oneri per la sicurezza negli appalti di lavori*, *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2014; R. RICCI *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore*. *Foro amm. CDS*, fasc.1, 2013; R. RICCI *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore*. *Foro amm. CDS*, fasc.1, 2013, F. RISSO *Il principio di tassatività di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di soccorso istruttorio*. *Foro amm. CDS*, fasc. 9, 2013; S. RUSCICA, *L'esclusione dalla gara per violazione della disciplina sull'intestazione fiduciaria* (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2013; M. SANINO, *La tassatività delle clausole di esclusione dalle gare d'appalto*, in *Giurisprudenza amministrativa*, fasc.11, 2011; C. SANTARELLI *Tassatività o discrezionalità nella selezione dei dati rilevanti da annotare nel casellario informatico dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 3, 2011; F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pag. 499 e ss.; G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

<sup>40</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) : “*Nelle gare pubbliche d'appalto, le clausole di esclusione poste dalla legge (o dal bando) in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione. Ne consegue che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea*”.

Contestualmente viene inserito nel codice l'art. 64 comma 4 *bis*<sup>41</sup>, il quale stabilisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di conformarsi nella redazione dei bandi di gara e con riferimento alle clausole di esclusione, ai bandi-tipo emanati dall'Anac (allora Avcp), con l'obbligo di motivare espressamente in sede di delibera a contrarre le deroghe ai predetti bandi-tipo.<sup>42</sup>

L'art. 46, comma 1-bis - nel circoscrivere l'area delle "esclusioni legittime" - presenta una duplice valenza, poiché opera sia in riferimento alla predisposizione della documentazione di gara - delineando regole tassative affinché la previsione esplicita di ipotesi di esclusione possa essere ritenuta legittima - sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comporti, pertanto, l'esclusione del partecipante.

*Ratio* ispiratrice della riforma era individuabile nell'intento di tutelare l'effettività del diritto comunitario<sup>43</sup>, garantendo un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione, di concorrenza e di proporzionalità nelle procedure di gara, affinché le esclusioni dei concorrenti non potessero essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup>Art. 64, comma 1-bis: *I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1 bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.*

<sup>42</sup>Di fatto è possibile affermare che con il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione non si fonda più in relazione alla previsione del bando ovvero a una successiva verifica sull'utilità e ragionevolezza della clausola violata, bensì su un giudizio preventivo e generale. Da qui la necessità dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità così come indicato dall'art. 64, comma 4 *bis* del Codice. Cfr. C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag.704.

<sup>43</sup>CFR. ANAC (EX AVCP), *Relazione annuale 2012*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it) ed altresì G. BORGIA, *Evoluzione dell'art.46, la VI Sezione investe l'Adunanza Plenaria*, Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 novembre 2013, in <http://www.osservatorioappalti.unitn.it>

<sup>44</sup>Ad avviso di G. BARAZZI, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*, in I contratti dello stato e degli enti pubblici, fasc. 1, 2012, per mezzo dell'introduzione della tassatività



Secondo il Consiglio di Stato<sup>45</sup> “il fondamento giustificativo del principio di tassatività delle cause di esclusione è quello 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. I quali, consistendo nella selezione del miglior contraente privato, conducono a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le cause amministrative di esclusione dalle gare incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata”<sup>46</sup>.

I lavori parlamentari<sup>47</sup> chiariscono altresì come l'introduzione del principio di cui sopra fosse tesa a realizzare in primo luogo l'obiettivo della semplificazione delle procedure di gara in uno

---

delle clausole di esclusione, il legislatore ha inteso perseguire altresì la finalità di ampliare l'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, i cui confini applicativi avrebbero dovuto essere ridelineati alla luce della novella legislativa. Detta interpretazione è stata sconfessata apertamente dall'Adunanza Plenaria del consiglio di Stato nr. 9 del 2014.

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375.

<sup>46</sup> Afferma B. GILIBERTI, in *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013 che “La norma in altri termini conterrebbe un principio di antiformalismo, finalizzato a radicare la competizione su profili sostanziali, quali i contenuti qualitativi delle offerte”.

<sup>47</sup> Cfr. Relazione illustrativa della Camera dei deputati al DL 70/2011: “L'attuale fase di crisi economica rende indispensabile l'adozione di misure di semplificazione e di accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in modo da consentire, da un lato, una rapida cantierizzazione degli interventi infrastrutturali e, dall'altro, una riduzione dell'enorme mole di contenzioso esistente in materia. La costruzione delle opere pubbliche, infatti, rappresenta un importantissimo «motore» per lo sviluppo del Paese, soprattutto se si tratta di opere di interesse strategico (legge obiettivo). Al fine di operare una tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante, si inserisce un nuovo comma nell'articolo 46 che mira a limitare l'esclusione soltanto alle cause previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione, oltre che nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta o di non integrità del plico che faccia ritenere violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi di gara devono contenere l'indicazione tassativa delle predette cause e non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. In tal modo si intende limitare le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici. Si prevede, inoltre, che i bandi di gara vengano predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di model-

con la riduzione dei tempi del loro svolgimento, ciò tenuto conto del periodo di grave crisi economica attraversato dal Paese, dove più sentito si poneva il bisogno della realizzazione di opere infrastrutturali allo scopo di incentivare la ripresa economica.

Uno dei principali obiettivi cui tendeva l'adozione della novella legislativa era principalmente quello della riduzione dell'abnorme contenzioso in materia, generato dall'amplessima discrezionalità concessa alle stazioni appaltanti con riferimento alla determinazione del contenuto del bando di gara, e dagli orientamenti non univoci della giurisprudenza sulle problematiche interpretative generate dal precedente assetto.

A ciò si pensò di porre rimedio limitando, se non azzerare la discrezionalità “creativa” delle stazioni appaltanti, stante la frequenza con la quale queste ultime erano solite includere nei disciplinari di gara clausole a pena di esclusione non rispondenti ad un apprezzabile interesse della pubblica amministrazione, abbandonandosi ad un vero e proprio abuso della facoltà concessa dalla legge di prevedere clausole escludenti<sup>48</sup> di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

Era infatti innegabile che l'introduzione abituale e ingiustificata di molteplici clausole escludenti all'interno dei bandi di gara si traducesse spesso vero e proprio abuso non solo in quanto idonea a violare il tendenziale principio della “parità delle armi” fra stazione appaltante e concorrenti in vista del potenziale coinvolgimento delle due parti in un contenzioso ledendo peraltro il principio della pienezza ed effettività della tutela delle imprese in sede giurisdizionale, ma altresì a causa della circostanza che il sistematico ricorso a tale strumento conferisse un'eccessiva anticipazione di tutela alle esigenze procedurali dell'amministrazione, a scapito del generale principio del *favor participationis*.<sup>49</sup>

---

*li tipo approvati dall'autorità di vigilanza, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate [lettera h), modifica all'articolo 64 del codice]; eventuali deroghe rispetto ai contenuti del bando-tipo devono essere debitamente motivate dalle stazioni appaltanti nella delibera a contrarre. Ciò, oltre a semplificare l'attività della stazione appaltante, comporta che la gara sia esperita sulla base di bandi predisposti correttamente e pertanto determina un corretto svolgimento della gara medesima e una riduzione del contenzioso”.*

<sup>48</sup> Cfr. G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>49</sup> C. CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?* (Nota a Cons. Stato Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172) in *Giur. It.*, fasc. 10, 2011; cfr. altresì E. MASTRODOMENICO, *Il dovere di soccorso istruttorio nei pubblici appalti: regolarizza-*

La riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti ha come risultato quello di garantire maggiore certezza e stabilità del quadro regolatorio, in ossequio al principio di legalità, nonché di accelerare la definizione delle procedure.

All'indomani della sua emanazione, si è ritenuto che la norma in commento costituisse il punto di arrivo di un iter interpretativo, già intrapreso dalla giurisprudenza<sup>50</sup> e dall'Avcp (ora Anac), che, nei suoi termini essenziali, può essere riassunto nel divieto di aggravare il procedimento con oneri formali non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente, ma anche di dequotazione dei vizi formali, già intrapreso da circa un decennio con l'introduzione dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990<sup>51</sup>.

Infine, autorevolissima dottrina ha osservato come la linea di tendenza del legislatore si ponesse in accordo con l'orientamento dell'Unione Europea, tendendo a ricondurre la disciplina formale delle gare pubbliche *“alla semplicità originaria dell'asta disciplinata nelle leggi di contabilità di Stato, caratterizzata da poche prescrizioni formali inderogabili, ampia possibilità di partecipazione alla gara salvo il possesso di limitati requisiti di partecipazione, con rinvio di tutto quanto concerne l'effettiva idoneità dell'offerta e dell'offerente al momento successivo all'aggiudicazione, sia in sede di controllo sulla medesima sia in sede di verifica della regolarità dell'esecuzione dei lavori. Non è detto che, per la stazione appaltante, questa scelta sia preferibile: la verifica in sede di controllo sull'aggiudicazione e ancor più in sede di controllo sull'esecuzione dei lavori è certamente estremamente impegnativa. Ma, in questo modo, si evita un formalismo inutile e si garantisce invece la bontà dell'opera pubblica (cosa*

---

*zione e integrazione documentale*, in Appalti & contratti: rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica, fasc. 7, 2013.

<sup>50</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245.

<sup>51</sup> Cfr. G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it). *“Va comunque constatato che, anche nel campo dei procedimenti di gara, si fa strada quel fenomeno, già verificatosi nell'ambito dei procedimenti amministrativi, di "dequotazione" delle irregolarità formali, sub specie di cause formali di esclusione, che ha finito per trasformare le gare stesse in una specie di "caccia all'errore", con grave nocimento al principio della massima partecipazione”*. Nello stesso senso F. SAITTA, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in Foro amm. CDS, fasc.12, 2012.

*che, come è ben noto, nella situazione attuale non è affatto assicurata). La scelta del legislatore non può, perciò, non essere apprezzata*<sup>52</sup>.

## **5. Le cause di esclusione ammesse. Egesi della norma e contrasti interpretativi.**

L'art. 46 comma 1 bis del Codice Appalti così recita: *“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.”*

Nonostante la *ratio* sottesa alla novella legislativa, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, la formulazione della norma ha dato adito a numerose speculazioni interpretative.

All'indomani dell'entrata in vigore del comma succitato dottrina e giurisprudenza hanno preso ad interrogarsi sull'ampiezza del divieto in esso contenuto. In particolare ci si è domandati se il medesimo sanzionasse l'inserimento nel bando delle sole prescrizioni (intese come adempimenti formali) *ultra legem* – così come farebbe intendere una interpretazione in senso letterale del disposto – ovvero se la citata preclusione fosse estesa anche ai requisiti, intesi come titoli di partecipazione<sup>53</sup>.

Secondo alcuni commentatori,<sup>54</sup> nonché ad avviso di una parte della giurisprudenza di primo grado,<sup>55</sup> la norma, nello stabilire che è possibile escludere i concorrenti solo in caso di

---

<sup>52</sup>C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici*, (nota a: Consiglio di Stato, 19 ottobre 2011, n.5619, sez. V) in Foro Amm. CDS fasc.12, 2011. Cfr. in senso analogo M. GENTILE, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione: un'interpretazione poco “tassativa” del Consiglio di Stato*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

<sup>53</sup> M. ALESIO, *Tassatività delle cause di esclusione: i primi interventi giurisprudenziali*, in La Gazzetta degli Enti Locali 12/10/2011.

<sup>54</sup>C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo* (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011), in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it)

inosservanza delle prescrizioni, contenute nel Codice, nel Regolamento ed in “altre disposizioni di legge vigenti” e sanzionando la violazione del precetto appena richiamato con la nullità, parrebbe privare la stazione appaltante del potere di prevedere clausole personalizzate a pena di esclusione recanti requisiti ulteriori e più selettivi quanto a capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei concorrenti da ammettere alla gara. Con la conseguenza che “i requisiti ex lege di cui agli artt. 38-42 del D. Lgs. n. 163/2006, sono oggi da intendere, non più alla stregua di requisiti minimi di partecipazione - come sostenuto dalla giurisprudenza non solo interna ma anche comunitaria- ma come gli unici e sufficienti per la partecipazione, senza che possa più configurarsi alcuna loro legittima - proporzionata, non discriminatoria e ragionevole - integrazione ad opera della p.a.”<sup>56</sup>.

Al contrario, un diverso orientamento giurisprudenziale ha ristretto l'ambito del divieto contenuto nel comma in analisi, privilegiando un'interpretazione letterale della novella disposizione, la quale si riferisce alle “prescrizioni” del bando, e non ai “requisiti”<sup>57</sup>. Ad avviso di questo orientamento la modifica legislativa non sembra dunque ostare a che le stazioni appaltanti possano richiedere alle imprese partecipanti di comprovare la propria capacità economico e finanziaria per mezzo di requisiti di partecipazione che risultino più specifici e rigorosi rispetto a quelli previsti dalla legge, purché essi non risultino esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara, ed in violazione del principio di proporzionalità<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup>Tar Lombardia-Milano, sez. I, Decreto presidenziale cautelare, 15 luglio 2011, n. 1171; Tar Lombardia-Milano, sez. I, ordinanza 28 luglio 2011, n. 1216.

<sup>56</sup>C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo* (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011), in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it).

<sup>57</sup>Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, ordinanza 14 settembre 2011, n. 3932 per il quale: “l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. 163/2006 (che riguarda le irregolarità formali dell'offerta) non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti requisiti specifici e rigorosi a comprova della capacità tecnica, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara [...]. In ogni caso il sopravvenuto d.l. 13.11.2011, n. 70 ha interdetto alle stazioni appaltanti d'introdurre nei propri bandi prescrizioni a pena di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle stabilite dal codice dei contratti pubblici”. In dottrina cfr. altresì F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pag. 499 e ss.

<sup>58</sup>Tradizionalmente la giurisprudenza ha sempre ritenuto tassativa l'elencazione contenuta nell'art.42, comma 1, del D.Lgs. n.163/2006 in virtù della circostanza che il comma 2 del medesimo non prevede la possibilità per il concorrente di dimostrare il possesso di detti requisiti “mediante qualsiasi altro

In merito, è stato osservato che se la disposizione *de qua* fosse interpretata in modo estensivo e quindi fosse ritenuta applicabile anche al di fuori dell'ambito dei requisiti generali di professionalità e di capacità, verrebbe compromesso il principio secondo cui il bando, quale *lex specialis* di gara, può regolamentare aspetti non disciplinati dal legislatore che siano volti al raggiungimento del miglior risultato possibile<sup>59</sup>. Laddove, infatti, la stazione appaltante, per l'oggetto o il valore dell'appalto, abbia la necessità di richiedere il possesso di requisiti di selezione in merito alla capacità tecnica e alla capacità economica più articolati o di individuare specifiche tecniche da porre quali elementi essenziali dell'offerta, il principio di tassatività mal si concilierebbe con l'obiettivo di individuare la migliore offerta.

Peraltro, il risultato di non aggravare le procedure di gara con adempimenti che possano appesantirle senza una reale utilità è perseguito ove si assicuri come limite alla discrezionalità della stazione appaltante quello di non inserire clausole di esclusione manifestamente irragionevoli, sproporzionate, illogiche o lesive della concorrenza, come del resto già affermato dalla giurisprudenza amministrativa prima dell'introduzione normativa del principio di tassatività. Anche secondo l'Avcp (ora Anac)<sup>60</sup>, l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione non ha eliminato, né ridotto la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'individuare requisiti di partecipazione alle gare diversi dai requisiti di ordine generale, ed economico-finanziari, purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza.

Con riferimento ai problemi interpretativi che sussistevano nell'individuazione in concreto di quali violazioni del Codice fossero sanzionabili a pena di esclusione e quali no è possibile affermare che il D.L. n. 70 del 2011 non abbia apportato innovazioni in merito.

---

*documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*”, così come invece prescritto dal comma 2 dell'art.41 con riferimento ai requisiti di capacità finanziaria ed economica. L'art. 42, invero, stabilisce che la stazione appaltante debba indicare i documenti e requisiti che debbono essere presentati o dimostrati individuandoli fra quelli elencati nella medesima disposizione.

<sup>59</sup> C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag.705 ; F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in A. Carullo e G. Iudica (a cura di) *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2013, pag. 499 e ss.

<sup>60</sup> AVCP, Documento di consultazione 2 agosto 2011. *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)

In realtà la disposizione si offre a due opposte opzioni esegetiche: potrebbe infatti ritenersi che siano escludenti solo le clausole espressamente definite come tali dal legislatore<sup>61</sup>, ovvero può ammettersi che l'esclusione dalla gara venga disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la comminino espressamente sia nell'ipotesi in cui la legge imponga "adempimenti doverosi" o introduca "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione.<sup>62</sup>

Alcune pronunzie - in ossequio al principio di certezza giuridica e tutela della libertà di impresa - hanno applicato l'interpretazione più rigorosa e testuale della norma, ritenendo necessario predeterminare le cause di esclusione delle gare per soddisfare l'esigenza di certezza giuridica e tutela della libertà di impresa, in modo da evitare un ampliamento incontrollato del catalogo delle ipotesi di esclusione<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup>Artt. 36, comma 5 e 37, comma 7, codice, in tema di contemporanea partecipazione di consorzio e consorziati; art. 37, commi 9 e 10, codice, in tema di divieto dell'associazione in partecipazione e di divieto della modificazione delle ATI e dei consorzi dopo l'offerta; art. 38, codice, in tema di requisiti generali; art. 48, comma 1, codice, in tema di termine per la prova del possesso dei requisiti; art. 49, comma 3 e comma 8, codice, in tema di dichiarazioni mendaci in caso di avvalimento e in caso di contemporanea partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata, o di imprese partecipanti alla medesima gara che si avvalgono della stessa ausiliaria; art. 75, comma 8, codice, in tema di offerta non corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario; artt. 87, 122 e 124, codice, in tema di esclusione delle offerte anomale; art. 233, comma 7, in tema di esclusione per difetto dei requisiti, nei settori speciali; art. 36 dell'allegato XXI, codice, in tema di responsabilità del verificatore ed esclusione da successive attività di verifica; art. 50, D.P.R. n. 207/2010, in tema di esclusione da successiva attività di verifica; art. 56, D.P.R. n. 207/2010, in tema di responsabilità del verificatore ed esclusione da successive attività di verifica; art. 111, comma 1, D.P.R. n. 207/2010 in tema di offerta per esecuzione di lavori congiunta all'acquisizione di beni immobili; art. 253, comma 3, D.P.R. n. 207/2010 in tema di divieti di partecipazione alle gare per servizi di ingegneria e architettura.

<sup>62</sup>Sul punto ritiene C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag.707 che "il problema nasce dalla disposizione codicistica in esame, che non fa riferimento alle sole violazioni delle prescrizioni che siano imposte a pena di esclusione, ma che fa generico richiamo al mancato adempimento alle disposizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti". Nello stesso senso anche R. DE NICTOLIS, *Le novità del d.l.70/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 9, 2011.

<sup>63</sup>Fra le numerose pronunce che hanno aderito a tale impostazione vengono citate: Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2013, n. 1471; Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 95; Consiglio di Stato,

Tuttavia in giurisprudenza<sup>64</sup> ha infine prevalso l'interpretazione secondo la quale la norma non si riferisce unicamente alle violazioni delle norme del Codice e del regolamento che siano normativamente sanzionate con la previsione dell'esclusione, ma a tutte le violazioni di quei testi normativi che comportino – previa valutazione dell'interprete - la necessaria esclusione dalla gara<sup>65</sup>.

La prima parte della norma infatti (violazione del codice o del regolamento), è stata letta alla luce della seconda (incertezza assoluta sul contenuto) e - sulla base di un'interpretazione estensiva di quest'ultima previsione - è stata sancita la legittimità di esclusioni disposte per manchevolezze nella presentazione dell'offerta non corredate da espressa sanzione normativa<sup>66</sup>.

In ultima analisi, la forza escludente di una determinata disposizione deve essere in via interpretativa da parte della giurisprudenza verificando caso per caso la valenza delle singole previsioni del Codice e del regolamento al fine di stabilire se la loro violazione comporti o

---

sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340; Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2012, n. 2970; Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6163.

<sup>64</sup>Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n.21 e Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n.9

<sup>65</sup>A titolo esemplificativo si richiamano gli artt. 37 comma 4,13, 14, 15; l'art. 75 commi 1,4, e 5; l'art.111 comma 1, l'art. 113 del Codice degli Appalti che secondo AVCP, Documento di consultazione 2 agosto 2011. *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it) contemplano delle ipotesi di comportamenti doverosi il cui inadempimento dovrebbe comportare l'esclusione del partecipante alla gara.

<sup>66</sup>Consiglio di Stato, sez. III, 26 giugno 2012 n. 3769; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1 giugno 2012 n. 1001. In senso contrario, Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2012 n. 337; T.A.R., Puglia, Bari, sez. I, 6 dicembre 2011 n. 1847 ed anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 dicembre 2011 n. 9597: “*ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, c. contr. pubbl. (aggiunto dall'art. 4 comma 2 lett. d), d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. in legge, con modificazioni, dall'art. 1 comma 1, l. 12 luglio 2011 n. 106) in materia di partecipazione alle gare pubbliche, la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d'identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreta 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”. Conseguentemente, pure ove si tratti di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, è legittima l'esclusione dalla gara disposta nei confronti del soggetto offerente laddove risulti una incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”.*



meno esclusione dalla gara. In questi casi è tuttavia necessario che la norma violata dal concorrente sia in sé sufficientemente chiara nel delineare il comportamento prescritto o vietato in sede di gara<sup>67</sup>.

Con riferimento alla terza categoria richiamata dalla prima parte del comma 1-bis, n. 1) dell'art. 46, nella locuzione “*altre disposizioni di legge*”, deve evidenziarsi la difficoltà di individuare siffatte disposizioni, trattandosi di una previsione che fa rinvio a tutte le esclusioni da rinvenirsi nell'intero ordinamento giuridico.

Ad avviso di attenta dottrina si può sostenere che l'ampio contesto delle “altre disposizioni di legge” a cui fa rinvio il comma 1-bis dell'art. 46 sia riconducibile a due categorie: da un lato vi sono norme già direttamente applicabili nella procedura di gara anche qualora il bando non le preveda, e ciò in forza della c.d. eterointegrazione del bando; altre entrano nel Codice dei contratti per il tramite di alcune norme in bianco, cosicché la loro ampiezza e il loro significato concreto dipende direttamente “*da un altro contesto positivo, dal quale bisogna di volta in volta asportare l'istituto e calarlo, mediante un'operazione ermeneutica, nel diverso vivaio della normativa sui contratti pubblici in cui dispiega ulteriori, particolari effetti nella relativa gara ad evidenza pubblica*”<sup>68</sup>.

Infine si è osservato come la norma preveda l'esclusione “*non per l'oggettivo mancato possesso di requisiti (si vedrà se generali e/o speciali) ma per il mancato adempimento alle prescrizioni del codice, adempimento che sembra doversi intendere –civilisticamente- in un comportamento del “debitore-concorrente”, traducesi nell'espletamento delle operazioni e nell'adozione delle dichiarazioni richieste dalla legge (o dal regolamento) e che il bando può solo riprodurre. In altre parole, posto che “essere” è diverso da “fare”, il comma 1bis sembra*

---

<sup>67</sup>Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811, secondo cui “*nelle gare d'appalto quando invece la legge di gara contiene disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia allegato quanto espressamente previsto dalla legge, dovendo tenersi conto che solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della par condicio dei concorrenti possono impedire all'amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, in ossequio al principio di affidamento.*”

<sup>68</sup> V. CAPUZZA, *Le esclusioni non codificate dal d. lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010. Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 25 settembre 2012*, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it).

*punire il mancato “fare” e non il mancato “essere”,* ciò ancora una volta in ossequio ad una prospettiva formalistica<sup>69</sup>.

Quanto all'esclusione dovuta ad incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, a non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza, autorevole dottrina ha osservato che tutte le eccezioni previste dalla norma in parola, essendo dirette ad evitare che venga esaminata una offerta di cui non sia certa né la provenienza né la sua integrità e comunque che sia “violato il principio di segretezza delle offerte”<sup>70</sup>, possono essere ricondotte ad un'unica *ratio*, che è quella di tutelare essenzialmente la identità e la genuinità dell'offerta.<sup>71</sup>

Tuttavia il pregio della formulazione della norma pare arrestarsi qui, giacché anche questa parte della disposizione ha posto delicati problemi esegetici.

Quanto al contenuto dell'offerta, si osserva che ai sensi dell'art. 74 del Codice De Lise le proposte delle imprese debbono contenere gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri e debbono essere corredate dei documenti prescritti anch'essi dalla *lex specialis* di gara. Ne discende che l'offerta deve essere conforme alle prescrizioni contenute nei documenti di gara<sup>72</sup> e che ciò potrebbe giustificare una riedizione di quel potere della p.a. che la riforma ha tentato di scongiurare, teso a stabilire le modalità formali di predisposizione delle offerte, prescrizioni che potrebbero ritenersi ammissibili in quanto di dettaglio rispetto a quelle *ex lege*, e finalizzate ad assicurare certezza e segretezza delle offerte.

Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato che dal principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare pubbliche, per quanto riguarda la presentazione dell'offerta, deriva che

---

<sup>69</sup>F. BOTTEON, *Il nuovo regime dell'esclusione dalle gare: "tanta" tassatività (ma poca chiarezza)* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

<sup>70</sup>G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), n. 9/2011

<sup>71</sup>G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), n. 9/2011

<sup>72</sup>AVCP, Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010. *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)

l'esclusione dei candidati è possibile nel caso in cui gli stessi abbiano violato con la loro offerta prescrizioni espressamente imposte dal Codice, dal Regolamento attuativo o, comunque, dalla legge, oppure nelle ipotesi dei codificati vizi dell'offerta, ivi compresa la carenza di elementi essenziali ritenuti tali formalmente e sostanzialmente dalla stazione appaltante negli atti di gara, proprio al fine di qualificare o integrare il contenuto dell'offerta<sup>73</sup>.

Quanto al difetto di altri elementi essenziali, la norma non chiarisce se dette prescrizioni costituiscano cause autonome ed indipendenti di esclusione oppure siano mere esplicitazioni della fattispecie dell'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

In dottrina<sup>74</sup> si è affermato che il “difetto di altri elementi essenziali” ha una propria autonomia, poiché la norma non fornisce una elencazione specifica, cosicché pare necessario riportarsi alle peculiarità del contratto e alla tipologia della prestazione, con ciò facendo recuperare alle stazioni appaltanti un minimo di potere di prescrizione.<sup>75</sup>

## **6. Il rapporto fra principio di tipicità delle clausole escludenti e i bandi di gara. I bandi-tipo.**

Come si è avuto modo di evidenziare, l'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare perseguiva una limitazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti con riferimento alla redazione dei bandi. La novella legislativa del 2011 statuisce infatti che essi possano contenere unicamente clausole escludenti che riproducano obblighi formali previsti dal codice o dal regolamento dei contratti pubblici e da altre disposizioni legislative o che appaiono funzionali ad evitare incertezze sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ovvero ad assicurarne la segretezza. Inoltre l'art. 64, comma 4-bis, stabilisce che la “tipizzazione” delle cause di esclusione debba essere effettuata ex ante dall'Autorità mediante l'adozione di “bandi-tipo” che contengano le clausole espulsive idonee ad essere legittimamente inserite nella

---

<sup>73</sup>Tar Sicilia- Catania, sez. IV, 27 marzo 2013, n.880; Tar Lazio-Latina, sez. I, 8 marzo 2012, n.199.

<sup>74</sup>F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pag. 499; F. A. GIORDANENGO, *Sul principio di tassatività delle cause di esclusione*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 11, 2011.

<sup>75</sup> Cfr. AVCP, Documento di consultazione 2 agosto 2011. *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)

documentazione di gara<sup>76</sup>. Per il tramite di detti modelli, dunque, verrebbe colmata l'incertezza interpretativa dei casi di esclusione previsti in maniera lata dal novellato art. 46.

Il bando-tipo risponde pertanto all'esigenza di creare delle *best-practices*, sterilizzando il rischio diffuso di errori, contraddizioni ed ingiustificate restrizioni ad opera delle singole stazioni appaltanti<sup>77</sup>, perseguendo allo stesso tempo la finalità di semplificare l'attività di queste ultime<sup>78</sup>.

Nella definizione datane dalla Corte Costituzionale<sup>79</sup> il bando-tipo “*costituisce pertanto lo schema di riferimento e detta criteri univoci ai fini della redazione del bando di gara ai sensi dell’art. 64, comma 4-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, costituendone, pertanto, puntuale esplicazione e attuazione. In questo senso, è stato qualificato anche dalla determinazione n. 4 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici del 10 ottobre 2012, che lo ha definito «quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara». In sintesi, il bando-tipo approvato dall’Autorità costituisce parametro specificativo della determinazione dei requisiti richiesti a vario titolo dal Codice degli appalti per: la partecipazione alle gare; la presentazione e la valutazione delle offerte, con particolare riferimento ai criteri di valutazione circa la carenza di elementi essenziali e di incertezza sul contenuto e sulla provenienza dell’offerta; le cause di esclusione; la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili; la garanzia della qualità e dell’ambiente. Esso assume pertanto caratteri assai articolati e puntuali ai fini dell’individuazione dei criteri di disciplina delle diverse fasi della procedura di scelta del contraente, configurandosi come modello cui sono tenute ad uniformarsi le stazioni appaltanti “nella base”, pur mantenendo queste ultime una limitata discrezionalità nel grado di dettaglio dei bandi e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle gare.*

---

<sup>76</sup>Art. 64, comma 4 bis. *I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall’Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l’indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all’articolo 46, comma 1 bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.*

<sup>77</sup>G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

<sup>78</sup>Cfr. Relazione illustrativa della Camera dei deputati al DI 70/2011.

<sup>79</sup>Corte Costituzionale, 12 luglio 2013, n. 187.

Quanto alla natura giuridica dei bandi-tipo in dottrina se ne è affermata la natura normativa (regolamentare), riconoscendo loro i caratteri di generalità, astrattezza e innovatività, ed altresì sulla scorta dell'esistenza di una norma che esplicitamente conferisce all'ANAC il compito di emanare tali atti, seppure non qualificandoli esplicitamente come normativi, nonché in considerazione della previsione di forme di consultazione e partecipazione dei soggetti interessati che supplirebbe all'”*insufficiente livello di legalità che rivela la norma primaria attributiva del potere medesimo*”<sup>80</sup>.

L'art. 64 comma 4-bis stabilisce che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto.

Con riferimento alla facoltà appena richiamata sono possibili una serie di alternative interpretazioni: totale inderogabilità dei bandi tipo; derogabilità dei bandi-tipo con riguardo alle cause tassative di esclusione, ma soltanto in ipotesi limitate (ad es. norme successive), derogabilità dei bandi tipo con riferimento a parti che non includano cause tassative di esclusione; integrale, derogabilità dei bandi tipo, purché la stazione appaltante motivi in ordine alla deroga.

Sul punto l'Avcp ha specificato che le deroghe, ancorché motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, pena la sanzione della nullità. Il ricorso ai bandi-tipo, pertanto, è previsto al fine di ovviare al problema dell'individuazione delle singole clausole di esclusione da parte delle stazioni appaltanti, sebbene in ogni caso le clausole ritenute escludenti dell'Autorità e pertanto inserite nei bandi tipo non siano immuni al sindacato giurisdizionale in ordine al rispetto dei criteri previsti dall'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. n. 163/2006.

L'esclusione – e quindi la relativa previsione nel bando - può avvenire perché già disposta da norme di legge positive: in tal caso, non sussistendo alcun esercizio di discrezionalità da parte della stazione appaltante nel valutare la violazione, “*il comportamento conseguente, consistente nell'esclusione automatica, può dirsi legislativamente vincolato*”<sup>81</sup>.

Dunque, rispetto alle ipotesi tipizzate nel bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con

---

<sup>80</sup>A. MAURO, *Natura ed effetti dei Bandi Tipo*, in S. Gallo (a cura di) *Il precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'Avcp*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pag.188.

<sup>81</sup>AVCP, Documento di consultazione 2 agosto 2011. *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)

riferimento a disposizioni di legge vigenti ovvero alle altre regole tassative previste dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice, ovvero ancora che pur previste dalla normativa applicabile non siano contemplate nei bandi tipo perché previste da disposizioni successive ai modelli<sup>82</sup>.

Poiché la clausola del bando che dispone un adempimento doveroso a pena di esclusione deve necessariamente trovare corrispondenza nelle disposizioni del Codice, del regolamento di esecuzione, di altre leggi dello Stato si ritiene non necessario che la *lex specialis* specifichi espressamente la conseguenza dell'inosservanza della disposizione<sup>83</sup>, giacché in tale ipotesi opererà il meccanismo di cd. eterointegrazione, con la conseguenza che la violazione dell'obbligo porterà all'esclusione del concorrente<sup>84</sup>.

Ciò premesso deve qui evidenziarsi il mutamento di prospettiva rispetto alla disciplina precedente, la quale pacificamente ammetteva il potere della p.a. di introdurre diverse ed ulteriori regole rispetto a quelle previste espressamente dal Codice, dal regolamento e dalla legge in generale, tese a regolamentare gli svariati aspetti della procedura di gara per la ricerca

---

<sup>82</sup>L'Avcp nella nota illustrativa al Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014 *Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari Procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori Contratti di importo superiore a euro 150.000 euro Offerta al prezzo più basso* così specifica “Tali parti costituiscono il contenuto necessario del bando-tipo e sono derogabili dalle stazioni appaltanti previa specifica motivazione ed entro i limiti del rispetto del principio di tassatività. Si chiarisce, pertanto, che le eventuali deroghe al bando-tipo, ancorché motivate, non potranno mai consistere nell'introduzione di clausole di esclusione contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, del Codice, atteso che le stesse sarebbero affette da nullità. Oltre alle suddette prescrizioni che, come sopra rilevato, integrano il contenuto necessario del disciplinare, le stazioni appaltanti possono scegliere di integrare il modello proposto mediante l'inserimento di ulteriori indicazioni e chiarimenti senza necessità di motivazione, salvo che l'integrazione comporti la previsione di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste nel modello, dovendo, in tal caso, nel senso e nei limiti dei principi sopra espressi, motivare specificatamente la deroga”.

<sup>83</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n. 21 e 16 ottobre 2013, n. 23. Per un commento a quest'ultima pronuncia si rimanda a C. CONTESSA, *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la plenaria alla ricerca di equilibri* (Nota a Cons. Stato ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23) in *Giur. It.*, fasc. 5, 2014; M. DIDONNA, *I procuratori ad negotia potrebbero essere ‘amministratori muniti di potere di rappresentanza’*: il non liquet della Plenaria (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 1, 2014.

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 luglio 2012, n. 26 e 13 giugno 2012, n. 22.

del miglior contraente possibile in rapporto allo specifico contratto da affidare, seppure nel rispetto dei canoni di ragionevolezza, non discriminazione e proporzionalità.

Il d.l. 70/2011 al contrario introduce una disciplina che azzerava tale discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, in ragione di enunciate finalità di semplificazione delle procedure di gara.

Tuttavia, deve darsi conto della circostanza che a quasi quattro anni di distanza dall'introduzione della norma che prevede la redazione di detti bandi, l'Autorità ha provveduto ad approvarne esclusivamente due,<sup>85</sup> cosicché il loro influsso pratico è apparso sostanzialmente nullo ed il principio di tassatività - che era stato concepito come strettamente connesso alla redazione dei predetti - ha dovuto essere delineato esclusivamente dalle interpretazioni giurisprudenziali, analogamente a quanto accadeva prima dell'emanazione del d.l. 70/2011.

## **7. La nullità delle clausole atipiche.**

La violazione del divieto di introduzione nel bando di gara di cause di esclusione in assenza di copertura normativa ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis, d.lg. 163/2006 è punita dal codice con la sanzione della nullità in luogo della generale sanzione dell'annullabilità, propria degli atti amministrativi emanati in violazione di legge.

La precedente prospettiva, in virtù della quale alla stazione appaltante era consentito introdurre nei bandi delle prescrizioni formali sanzionate con l'esclusione del concorrente inadempiente purché rispondenti ad un effettivo interesse della p.a. e purché rispettose dei requisiti di proporzionalità e ragionevolezza, viene completamente ribaltata determinando l'improduttività originaria degli effetti della *lex specialis* che violi la disposizione in oggetto.

La *ratio* della predetta scelta è da individuarsi nell'intenzione del legislatore di garantire la massima operatività ed efficacia della norma, nonché di responsabilizzare le pubbliche amministrazioni appaltanti a fronte degli adempimenti previsti, quali, nella specie, la semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici; altresì è volta a garantire una maggiore tutela ai privati. In particolare, con riferimento a quest'ultimo aspetto si osserva

---

<sup>85</sup>Bando tipo nr. 1 del 26 febbraio 2014: *Affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale degli immobili nei settori ordinari*; Bando tipo nr. 2, del 2 settembre 2014: *Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari: procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori, contratti di importo superiore a euro 150.000 euro, offerta al prezzo più basso*.

che la l'azione di nullità è assistita da termini decadenziali maggiori<sup>86</sup> e che il vizio è rilevabile d'ufficio, ciò che comporta il venir meno dell'onere di impugnazione da parte del ricorrente<sup>87</sup> e la possibilità data a parte resistente di opporlo in ogni tempo.

In dottrina non vi è unanimità di vedute quanto alla natura giuridica del vizio in commento.

Da un lato vi è chi ritiene che si tratti di un'ipotesi di nullità testuale,<sup>88</sup> ciò poichè le previsioni del bando sono illegittime in virtù dell'esplicita previsione del comma 1-bis dell'art. 46 codice appalti. Si tratta pertanto di una ipotesi di nullità prevista dal d.lgs. n. 163/2006 pienamente ascrivibile, perciò, nella previsione “*nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*” del comma 1 dell'art. 21 *septies* della L. 241/1990.

Dall'altro non manca chi - al contrario - fa rientrare detta ipotesi di nullità nell'alveo della carenza di potere. Secondo detto autore<sup>89</sup> il legislatore ha voluto eliminare l'esistenza del potere della stazione appaltante di prevedere clausole di nullità a pena di esclusione oltre a quelle previste dalla legge, facendo corrispondere all'inesistenza di detto potere il correlativo diritto soggettivo dell'impresa partecipante alla gara di esplicitare liberamente la propria attività economica se non soggetta a limitati dettati direttamente dalla legge. Ai fini della qualificazione della posizione giuridica soggettiva del partecipante non rileva la circostanza che la presentazione dell'offerta inserisca l'imprenditore in un procedimento amministrativo,

---

<sup>86</sup> Il dimezzamento dei termini previsto in generale dal secondo co. dell'art. 119 c.p.a., applicabile al rito speciale comune a determinate materie nonché al rito appalti, non si applica all'azione volta all'accertamento della nullità poiché rientrante nell'espressa eccezione di “*notificazione del ricorso introduttivo*”.

<sup>87</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 9 febbraio 2012, n. 348. Si consideri che in passato il concorrente intendesse agire al fine di impugnare la clausola del bando ritenuta illegittima, avrebbe dovuto necessariamente impugnare in un'unica sede il provvedimento di esclusione dalla gara e la disposizione del bando che legittimava tale esclusione prospettando necessariamente il vizio di illegittimità derivata; in mancanza il giudice amministrativo non poteva disapplicare la *lex specialis* in quanto atto amministrativo generale non avente efficacia normativa.

<sup>88</sup> Cfr. C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo*, in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it), V. CAPUZZA, *Le esclusioni non codificate dal d. lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010. Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 25 settembre 2012*, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it).

<sup>89</sup> G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).



assoggettando il partecipante alla gara al potere dell'amministrazione aggiudicatrice, con conseguente attribuzione di un interesse legittimo alla regolarità dell'esercizio di questo potere. Si ritiene infatti che vi siano nella domanda di partecipazione profili che attengono a questioni rilevanti per l'ordinamento generale e perciò qualificabili in termini di diritto soggettivo. Ciò non influisce sulla giurisdizione, poiché in materia di procedure contrattuali pubbliche, prima della stipulazione del contratto, la giurisdizione del giudice amministrativo è una giurisdizione esclusiva.

Ad ogni modo, l'autore considera che la sanzione normativamente prevista per la violazione del principio di tassatività assuma un significato “*notevolissimo (almeno simbolicamente) in un contesto in cui vigeva “l'egemonia della lex specialis”<sup>90</sup> di gara e la sua assoluta prevalenza sul dettato legislativo*”<sup>91</sup>.

Deve qui analizzarsi la sussistenza del potere di disapplicare le clausole suddette da parte della stazione appaltante. Come si è visto, prima dell'introduzione del comma 1-bis all'art. 46 d.lgs.163/2006 si riteneva pacificamente che con riferimento alle clausole della *lex specialis* ritenute illegittime non sussistesse alcun potere di disapplicazione in capo alla Commissione di gara. Era onere di quest'ultima adeguarsi al contenuto del bando emanando il provvedimento di esclusione, fatta salva soltanto la possibilità di proporre alla stazione appaltante l'annullamento in autotutela del bando e la conseguente riapertura dei termini per la partecipazione alla gara,

---

<sup>90</sup>G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), nel senso che il dl.70/2011 modifica un sistema “*che aveva indotto la giurisprudenza ad affermare che, nel caso di contrasto tra legge e bando (ed atti allo stesso equiparabili), quest'ultimo finiva per prevalere, non essendo consentito alla P.A. appaltante disapplicarlo, potendo solo rimuovere le eventuali disposizioni illegittime esercitando, nella ricorrenza dei presupposti, i poteri di autotutela. La prevalenza del bando rispetto alla legge era stata affermata, sotto altro profilo, ritenendo che era onere dell'interessato impugnare espressamente il bando al fine di ottenere l'annullamento in sede giudiziale dell'eventuale atto illegittimo emesso dalla P.A. in sua applicazione*”.

<sup>91</sup> Al contrario l'efficacia della sanzione, come disciplinata, è stata posta in dubbio da quella parte della dottrina che osserva come sarebbe precluso alla stazione appaltante inserire nel bando di gara clausole mentre sarebbero consentite le previsioni che siano *contrarie* alle fattispecie tipiche. Ed è anzi previsto che le stazioni appaltanti possano introdurre « deroghe » alle previsioni del bando-tipo, purché siano espressamente motivate. Cfr. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura, potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro Amministrativo (II) fasc. 9, 2014*.

previa eliminazione della disposizione illegittima. Detta interpretazione si riteneva l'unica rispettosa del principio della *par condicio*. Attualmente una parte della dottrina ritiene che l'organo che ha approvato il bando possa dichiarare esso stesso la nullità delle clausole viziate purché la commissione di gara gli segnali opportunamente la questione.<sup>92</sup>

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che le clausole del bando che disciplinano fattispecie escludenti viziate da nullità siano automaticamente inefficaci e, pertanto, debbano essere disapplicate in sede di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale<sup>93</sup>. Su analoghe posizioni si attestano l'Anac (allora Avcp)<sup>94</sup> nonché il Consiglio di Stato<sup>95</sup>.

Vi è chi si è spinto ad affermare che la commissione di gara abbia l'obbligo di disapplicare la clausola espulsiva illegittima potendosi, addirittura, ipotizzare una responsabilità civile nell'ipotesi in cui ricorrano i requisiti a tal fine previsti *dall'art. 2043 c.c.* a fronte di

---

<sup>92</sup>Cfr. G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), il quale ritiene che detta soluzione sia indispensabile per stimolare un contraddittorio con l'organo che ha adottato l'atto parzialmente nullo, facendo sì che la stazione appaltante possa esprimersi in merito alle motivazioni che hanno determinato l'inserimento della clausola nel bando e pronunciarsi in ordine alla asserita nullità. La soluzione propugnata dall'autore è stata criticata da C. E. GALLO, in *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici*, (nota a: Consiglio di Stato, 19 ottobre 2011, n.5619, sez. V) in *Foro Amm. CDS fasc.12, 2011* osservando che sebbene apprezzabile per l'intento ad essa sotteso, si porrebbe in contrasto col principio generale di continuità delle operazioni di gara, di separatezza fra la funzione della stazione appaltante e la funzione della commissione aggiudicatrice, giacché spetta a quest'ultima laddove possa, risolvere autonomamente e direttamente tutte le questioni interpretative che le si pongono, e ciò vale, ovviamente, anche per l'ipotesi della nullità delle clausole a pena di esclusione.

<sup>93</sup> Così C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, p. 709; R. DE NICTOLIS, *Le novità del d.l.70/2011*, in *Urb. e Appalti*, fasc. 9, 2011; G. BARZAZI, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, fasc. 1, 2012, F.BOTTEON, *Tassatività delle cause di esclusione, clausole nulle e poteri della stazione appaltante*, in *Appalti e Contratti*, fasc.7, 2012.

<sup>94</sup>AVCP, Determinazione n. 4 del 10 Ottobre 2012 BANDO- TIPO. *Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

<sup>95</sup>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 24 febbraio 2014, n.9.

un'esclusione illegittima disposta sulla base di una previsione del bando non coerente con il dettato normativo<sup>96</sup>.

L'orientamento prevalente dunque è nel senso che le clausole nulle possano essere disapplicate dalla Commissione, senza necessità di annullamento giurisdizionale (l'ovvio riferimento alla Commissione è per le cause escludenti illecite riguardanti l'offerta e il plico: ipotesi sub n. 2 e 3). Fermo restando che laddove la Commissione adempisse, ovvero la nullità riguardasse le cause escludenti che non investono direttamente l'azione della Commissione (ipotesi relative alla violazione delle ipotesi del Codice, del regolamento e di legge, sub n. 1) il ricorrente potrebbe esperire l'azione di nullità, attualmente disciplinata dall'art. 31, comma 4 del c.p.a., entro il termine decadenziale di 180 giorni.

Ad avviso della giurisprudenza<sup>97</sup>, inoltre, la sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, non inficia integralmente il provvedimento ma resta circoscritta alle singole clausole della *lex specialis* contrarie al dato normativo; 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, restando irrilevante la sussistenza di una diversa volontà della stazione appaltante nel senso di non adottare il bando privo della clausola nulla, fermo restando il poteri di autotutela dell'amministrazione aggiudicatrice.

Sul punto vi è stato chi ha osservato come l'applicazione analogica di norme dettate nell'ambito della disciplina privatistica non sia coerente col sistema dei contratti pubblici<sup>98</sup>.

E' stato affermato che la prescrizione dell'art.1419 c.c. in quanto dettata con riferimento all'ambito della regolamentazione contrattuale scaturente dall'accordo fra parti private non si applicherebbe alle clausole nulle contenute nel bando di gara, avendo quest' ultimo la natura giuridica di atto amministrativo generale.

A ciò si aggiunga che la sostituzione automatica opera di norma in presenza di clausole nulle per contrasto a norme imperative. Diversamente da quanto accade nel diritto privato infatti,

---

<sup>96</sup> M. FRANCAVILLA, *Al via il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara*, in *Il Corriere del Merito*, 2012 fasc. 4.

<sup>97</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 24 febbraio 2014, n.9.

<sup>98</sup> G. BARBERIS *L'interpretazione della lex specialis : il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali* (nota a Cons. Stato Sez. III, 02 settembre 2013, n. 4364) in *Giur. It.*, fasc.2, 2014.

dove alle parti viene riconosciuto, nella loro autonomia, il potere di derogare entro certi limiti alle previsioni della legge, nel diritto amministrativo tutte le norme sono cogenti ed imperative per la p.a., al punto tale che un provvedimento o un atto della gara difforme dal paradigma normativo è, *ipso iure*, illegittimo e, come tale, annullabile.

Dichiarare la nullità della *lex specialis* per contrasto a norme imperative (facendo poi ricorso all'eterointegrazione negoziale), significa fare ricorso all'art. 1418, comma 1, c.c., che contempla la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative ivi inclusi i casi di nullità “virtuale”, ovvero i casi in cui la nullità non sia espressamente prevista da una specifica norma.

Tuttavia il diritto amministrativo non conosce la categoria della nullità virtuale, giacché qualora il provvedimento amministrativo si ponga in contrasto con norme imperative di legge, questo è sanzionato più propriamente con l'annullabilità, l'*art. 21 septies L. 7 agosto 1990, n. 241*, contempla infatti la nullità solo per ipotesi tassative.

## **8. Il soccorso istruttorio prima del d.l. 90/2014.**

Strettamente correlato alla tematica delle clausole di esclusione è l'istituto del soccorso istruttorio, definito come il “*potere-dovere della stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, di sollecitare i concorrenti che partecipano alla gara a porre rimedio ad eventuali dimenticanze, sviste o errori di carattere formale o documentale*”<sup>99</sup>.

Si è detto che possono poter partecipare alle procedure ad evidenza pubblica esclusivamente le imprese in possesso di particolari requisiti stabiliti a pena di esclusione e che abbiano rispettato le prescrizioni per la presentazione delle offerte. Sugli aspiranti partecipanti graverà pertanto l'onere di comprovare i requisiti predetti fornendo alla stazione appaltante idonea documentazione, nelle modalità appositamente indicate nel bando di gara. In sede preliminare di verifica sul possesso dei requisiti competerà alla pubblica amministrazione accertare che le produzioni documentali siano avvenute nel rispetto delle prescrizioni dettate, se del caso esercitando il potere-dovere di soccorso istruttorio.

L'istituto – che può quindi essere definito come *l'extrema ratio* all'esclusione del partecipante negligente dalla procedura ad evidenza pubblica - è previsto dall'art. 46 comma 1 d. lgs.

---

<sup>99</sup> Secondo la definizione datane da Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681.

163/2006<sup>100</sup>, a mente del quale gli enti aggiudicatori, qualora se ne presenti la necessità, invitano i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti relativamente al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, ma ciò solo nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, vale a dire con esclusivo riferimento alla dimostrazione dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale e tecnica, relativi alla qualificazione del partecipante alla procedura di gara bandita per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, il rispetto delle norme il rispetto delle norme di garanzia della qualità e delle norme di gestione ambientale, l'iscrizione negli elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi.

L'istituto del soccorso istruttorio presenta una matrice di carattere generale giacché si pone come applicazione concreta del principio del giusto procedimento previsto dall'art. 6 l. 241/1990<sup>101</sup> ed è al contempo strettamente correlato ai due principi cardine in tema di gare pubbliche della *par condicio* e del *favor participationis*.

---

<sup>100</sup>Originariamente sancito dall'art. 27 della direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, trasfuso prima negli articoli 15 del d. lgs. 358/92 e 16 del d. lgs. 157/95, ed in seguito contemplato poi nell'articolo 51 della direttiva 2004/18/Ce, ha trovato infine collocazione nell'articolo 46 del Codice dei Contratti Pubblici. Autorevole dottrina ha osservato come la trasposizione nella citata norma di rango nazionale ha di fatto trasformato in un potere eccezionale della stazione appaltante quello che in realtà nella direttiva comunitaria era congegnato come principio generale, che esplicitamente consentiva l'integrazione documentale. Recita infatti l'articolo 51 della direttiva: “*L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50.*” Cfr. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 433.

<sup>101</sup> Art. 6 legge 7 agosto 1990, n. 241: “*Compiti del responsabile del procedimento. 1. Il responsabile del procedimento: omissis; b) accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e 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 e può esperire accertamenti tecnici o ispezioni ed ordinare esibizioni documentali.*” Autorevole dottrina ha sostenuto che “*non è difficile collocare il tema che ci si accinge ad esaminare nell'ambito del noto e ben avviato fenomeno consistente nel tendenziale ridimensionamento del carattere provvedimentale dell'azione amministrativa a favore dell'attribuzione di un ruolo centrale al procedimento, visto non più come una sequenza di atti scandita dal principio gerarchico e preordinata all'emissione di una decisione imposta al cittadino, bensì come complesso trasparente di operazioni volte all'ottenimento di un risultato provvedimentale partecipato ed il più possibile condiviso, in un'ottica di buon andamento in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, anche in senso deflattivo del contenzioso, oltre che di leale collaborazione e dovere di soccorso, cui si ricollega, in particolare, il divieto per i pubblici funzionari di tenere atteggiamenti ostruzionistici o di ispirarsi*

Come si è già avuto modo di illustrare nel corso del primo capitolo della presente trattazione, se riguardato dal punto di vista della pubblica amministrazione il principio della massima partecipazione mira a far sì che le procedure selettive abbiano la più ampia platea di partecipanti, di modo che un maggior numero di offerte in gara possa garantire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che sottostà allo svolgimento della procedura selettiva<sup>102</sup>.

Tuttavia detto principio deve necessariamente essere bilanciato con quello della *par condicio*, teso a garantire che le regole poste per lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica vengano applicate in maniera identica per tutti i partecipanti, affinché le *chances* di vittoria siano le medesime ciascuno.

In giurisprudenza l'interpretazione dell'art. 46, comma 1 del Codice degli Appalti ha costantemente risentito della prevalenza attribuita all'uno o all'altro principio cosicché l'istituto del soccorso istruttorio ha assunto contorni non definiti, e ciò anche a causa della circostanza

---

*ad eccessivo formalismo. In particolare, il mutamento di prospettiva sotteso al fenomeno accennato si colloca in un contesto in cui le regole procedurali si atteggiavano, non tanto a strumento di difesa dell'indipendenza e dell'autorità della pubblica amministrazione, quanto a condizioni di partecipazione degli aventi titolo al processo decisionale, nell'ottica di pervenire ad una composizione degli interessi in gioco attraverso un percorso in cui la complessità delle posizioni soggettive coinvolte viene affrontata, non in via unilaterale e discrezionale dall'amministrazione decidente, bensì in una prospettiva maggiormente dinamica e allargata che miri a fornire una soluzione sostanziale soddisfacente di tutte le posizioni coinvolte che siano meritevoli di tutela". S. MONZANI, L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti, (nota a Consiglio di Stato , 27 marzo 2009, n.1840, sez. V) in Foro amm. CDS, fasc. 10, 2009.*

<sup>102</sup> Osserva S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti, (nota a Consiglio di Stato , 27 marzo 2009, n.1840, sez. V) in Foro amm. CDS, fasc. 10, 2009* che "Al fine di raggiungere siffatto scopo , è fondamentale che l'amministrazione eviti di arroccarsi su posizioni inutilmente formalistiche, dovendo procedere, viceversa, all'acquisizione più completa e precisa possibile degli elementi utili per decidere: è proprio in tale ordine di idee che si colloca la funzione fondamentale della partecipazione procedimentale, di cui l'istituto in commento costituisce nient'altro che una manifestazione".

che le fattispecie nelle quali l'istituto predetto avrebbe potuto esplicitare i propri effetti erano molteplici e variegate<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Per una breve rassegna dei contributi dottrinari sul tema, si vedano, ex multis: L. BELLAGAMBA, *La clausola 'a pena d'esclusione' alla luce del principio di regolarizzazione*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); G. CAPUTI, *Il soccorso istruttorio al vagli della Plenaria. "Una buona idea" ed una "chiara traiettoria"?* (nota a Consiglio di Stato, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681) in [GiustAmm.it](http://GiustAmm.it); O. CARPARELLI, *Il favor participationis legittima l'uso del "bianchetto" nelle offerte?* (commento a Tar Campania - Salerno, sez. II - sentenza 9 ottobre 2013 n. 2028), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), n. 10/2013; D. CHINELLO, *Gare d'appalto e sanabilità dei documenti prodotti in sede di offerta*, (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 364, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it)); M. CHIOSSO, *Principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare e potere di soccorso della stazione appaltante: nuovi approdi della recente giurisprudenza*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 2, 2012; C. COMMANDATORE, *Il "falso innocuo" nelle gare per l'affidamento degli appalti pubblici* (nota alla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 6, 2001; E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, (nota a Cons. Stato Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123) in *Giornale Dir. Amm.*, fasc.5, 2014; C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso* in C.E.Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; F. A. GIOR-DANENGO, *Sull'utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n.31) in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012; L. IEVA, *Le "falsità" amministrative irrilevanti nelle procedure di gara* (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4436), in *Urbanistica e Appalti*, 11, 2010; M. LUCCA *Regolarizzazioni della documentazione in sede di gara*, in *La gazzetta degli enti locali* 24.05.2004; C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag. 686 e ss.; F. MINNITI, M. MINNITI, *Enti, basta con la caccia all'errore nelle offerte presentate per le gare - arriva una sorta di "soglia di irrilevanza" del vizio formale* (nota a T.A.R. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n.326) in *Dir. e Giust.*, fasc.14, 2006; C. MUCIO, *Indicazione degli oneri per la sicurezza negli appalti di lavori*, *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2014; I. PAGANI, *Integrazione documentale e tutela della par condicio* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280), in *Urbanistica e appalti*, fasc. 10, 2006; S. PONZIO *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro Amm. CdS*, fasc.7-8-, 2011; P. PROVENZANO *La teoria del falso innocuo in materia di dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n.163/2006 al vaglio della Corte di Giustizia* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 2013; S. SALZANO, *L'articolo 46 del codice dei contratti pubblici: strumento*

Infatti, sebbene possa affermarsi in via generale che scopo del soccorso istruttorio sia quello di garantire l'effettiva operatività delle regole poste dalla legge per la partecipazione alle procedure di gara attenuando il rigorismo formale che caratterizza i procedimenti contrattuali pubblici, in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, si riteneva che il medesimo fosse soggetto a rigorosi limiti interpretativi non sempre univoci<sup>104</sup>.

Ai fini dell'interpretazione della norma, onde individuare le ipotesi applicative dell'istituto, la giurisprudenza ha elaborato la distinzione fra i concetti di regolarizzazione documentale (consentita) e integrazione documentale (vietata).

---

*pregiudizievole o di tutela?* In Foro amm. TAR, fasc. 4, 2011; TRAMONTANA, *Il dovere di soccorso della stazione appaltante nelle gare*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

<sup>104</sup>Circa la natura giuridica del soccorso istruttorio dell'amministrazione aggiudicatrice nelle gare d'appalto non vi è stata uniformità di vedute in giurisprudenza, cosicché sono sorti due diversi orientamenti interpretativi. La distinzione in esame non è puramente accademica, ripercuotendosi sul tipo di sindacato che può essere esercitato a fronte del mancato esercizio della facoltà o del dovere di richiedere l'integrazione o il completamento della documentazione irregolare.

Secondo una prima ricostruzione, l'invito ai concorrenti a completare la domanda o i documenti di gara sarebbe espressione di un potere discrezionale della stazione appaltante, ciò sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 46 c. 1, per il quale "le stazioni appaltanti *invitano, se necessario*, i concorrenti". La discrezionalità permarrrebbe anche in caso di irregolarità od incompletezza del bando. Cfr. Consiglio di Stato, sez V, 11 febbraio 2005, n.392; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n.231, T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 31 dicembre 2010, n. 39288; T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 marzo 2010, n.1426. In particolare si veda Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077, secondo cui "l'amministrazione non ha l'obbligo inderogabile di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma ha soltanto la facoltà, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, di rivolgere detto invito se ritenuto confacente con l'irregolarità riscontrata, con i tempi del procedimento e nel rispetto del principio di parità di trattamento". In questo la pronunzia concludeva nel senso che il mancato esercizio del potere di soccorso non fosse sindacabile in ambito giurisdizionale salvo il limite dell'abnormità.

Secondo una ulteriore ricostruzione graverebbe sulla stazione appaltante un vero e proprio dovere di consentire il soccorso istruttorio all'impresa inadempiente, ispirato al criterio della buona fede ed in attuazione dei principi di proporzionalità, massima partecipazione, in particolare nel caso in cui il bando di gara sia equivoco. Cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 19 febbraio 2007, n.281, T.A.R. Sardegna, 9 ottobre 2009, n.1537. Detta impostazione è accolta dall'ANAC, cfr. AVCP, Documento di consultazione 2 agosto 2011. *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)



Si riteneva che la prima consistesse nel completare - purché solo con riferimento ai requisiti soggettivi dei partecipanti e non già agli elementi dell'offerta<sup>105</sup> - il contenuto parzialmente carente di atti già tempestivamente depositati e che contenessero elementi tali da far ritenere sussistenti i predetti requisiti di partecipazione. Era altresì consentito chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito fosse rilevabile dagli atti depositati e occorresse soltanto una delucidazione od un aggiornamento mentre assolutamente vietate erano tutte quelle integrazioni volte a sanare una totale omissione documentale o a concretizzarsi sostanzialmente, un'integrazione postuma dell'offerta<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup>Detta distinzione era del resto ritenuta coerente con l'ambito di applicazione del soccorso così come individuato dall'art. 46 del codice: riguardando esclusivamente i requisiti di idoneità, cioè i requisiti storici, posseduti prima della scadenza del termine si consentiva al concorrente non già di procurarsi in una fase successiva requisiti in precedenza non posseduti, ma esclusivamente di dimostrare il possesso di requisiti che *ab origine* sussistevano in capo al partecipante, così salvaguardando il principio della *par condicio*.

<sup>106</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 marzo 2013 n. 1525 *“La regolarizzazione rispettosa della “par condicio” dei concorrenti è soltanto quella che permette al candidato di porre rimedio a vizi ed errori del documento richiesto già esibito (Cons. di Stato, sez.VI, n.132/2009) e la cui sanatoria non ha effetti modificativi sostanziali sull’attestato in ordine ai requisiti cui il documento si riferisce, poiché ne attesta comunque il possesso entro il momento indicato dalla normativa. In tal caso la esibizione della certificazione non al momento richiesto, ma solo successivamente, può essere corretta, senza pregiudicare la certezza del possesso del requisito entro il momento indicato, sicché tale anteriorità non permette di ledere la “par condicio” che l’individuazione del momento temporale tende a garantire, collocando l’operazione nel quadro della regolarizzazione ammissibile. Non può invece costituire regolarizzazione documentale, ma configura un’integrazione ex post, la presentazione, in una fase successiva a quella imposta, del documento necessario avente contenuto diverso da quello richiesto; questa, infatti, lede certamente il principio della “par condicio”, poiché l’idoneità cui il certificato tardivamente esibito si riferisce potrebbe essere stata raggiunta solo dopo la fase in cui la normativa lo prescrive. In tal caso si tratta, dunque, di una ipotesi di “integrazione” documentale non consentita, perché risolvendosi in una lesione del menzionato principio (cfr. Cons. di Stato, sez.V, n.3486/2010)“*, in [www.amministrativistaonline.it](http://www.amministrativistaonline.it). Cfr. ancora Consiglio di Stato sez. IV 05 febbraio 2013 n. 694: *“Nelle gare pubbliche di appalto, ai sensi dell’art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 e a tutela della “par condicio” tra i concorrenti, il rimedio dell’integrazione documentale non può essere utilizzato per supplire all’inosservanza di adempimenti procedurali o all’omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; di conseguenza la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali, o chiaramente imputabili ad errore solo mate-*

Deve qui rilevarsi che fin dall'origine ha predominato un orientamento teso a restringere la portata applicativa del predetto istituto e ciò al fine di scongiurare il rischio che un ricorso massiccio al soccorso istruttorio potesse determinare una violazione del principio della parità di trattamento – ritenuto predominante rispetto al principio del *favor participationis* ritenuto invece meramente sussidiario - nonché la non osservanza del divieto di disapplicazione della *lex specialis*.

In ossequio a detta interpretazione, la giurisprudenza e l'Avcp (ora Anac) ritenevano che non potesse essere ammessa alcuna forma di integrazione documentale, giacché in caso contrario si sarebbe vulnerato il principio della parità di trattamento, consentendo l'introduzione di elementi o fatti nuovi a favore di un concorrente ed a danno degli altri per effetto della violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta<sup>107</sup> la cui osservanza è posta a pena di decadenza, con violazione dei canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., nonché della *par condicio* e della autoresponsabilità di tutti i concorrenti.

Si considerava sussistente per la p.a. l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio solo qualora la produzione documentale fosse effettivamente avvenuta nei termini, ma risultasse meramente carente sul piano formale, a causa di errori materiali o refusi, e purché l'errore non riguardasse dichiarazioni o documenti richiesti a pena di esclusione. Al contrario, in caso di totale omissione documentale o inadempimento procedurale richiesto a pena di esclusione dal bando di gara il soccorso istruttorio era precluso, e ciò poiché la sanzione dell'esclusione di fatto

---

*riale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che 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”, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 2, 410. In senso conforme, Anac, parere di precontenzioso nr. 192/2011 “In virtù dell’art 46 del Codice degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli “certificati, documenti e dichiarazioni presentati”, ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, mentre in ossequio al principio generale di par condicio dei concorrenti non possono consentire l’integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali (cfr. Avcp pareri n. 26 del 9.2.2011 e 67 del 7.5.201, Cons. Stato, Sez. V, n. 5084 del 2.8.2010). Ciò tanto più nel caso in esame dove non solo il documento di cui l’istante pretende l’integrazione non è stato presentato in gara, ma trattasi anche di un documento non afferente ai requisiti di partecipazione alla gara” in [www.anac.it](http://www.anac.it).*

<sup>107</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 25 febbraio 2014 nr. 9.

promanava da una norma di legge. Ammettere l'integrazione documentale, in dette fattispecie avrebbe significato vulnerare il principio della parità di trattamento, consentendo l'introduzione di elementi o fatti nuovi a favore di un concorrente ed a danno degli altri per effetto della violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta.

Tuttavia deve qui specificarsi che a dispetto della categorizzazione succitata non appariva semplice individuare un criterio generale volto a permettere di distinguere le ipotesi di regolarizzazione da quelle di integrazione documentale, tanto a causa della ambiguità con la quale i due termini venivano utilizzati nelle diverse pronunzie, quanto a causa del ruolo determinante attribuito al bando al fine della sussunzione delle fattispecie nell'una o nell'altra categoria, ritenendo la giurisprudenza integrazione vietata ogni omissione documentale richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

In ossequio ad un'interpretazione letterale della norma, la quale – come già visto - stabilisce per la stazione appaltante il potere-dovere di invitare il concorrente a completare o fornire chiarimenti in ordine alla documentazione presentata, si riteneva comunemente esclusa l'applicazione dell'istituto qualora la domanda di partecipazione alla gara fosse del tutto carente di un elemento essenziale. Tali erano considerati quegli elementi dell'offerta la cui assenza fosse idonea a privare quest'ultima del requisito dell'adeguatezza e della completezza rispetto ai requisiti non solo di natura sostanziale, idonei ad individuare il contenuto peculiare dell'offerta medesima, ma altresì di natura formale, inseriti nel bando dal soggetto pubblico che promotore della gara, e la cui assenza era sanzionata dal medesimo con l'esclusione.

Come già sottolineato, anteriormente all'entrata in vigore del principio di tassatività delle clausole escludenti sancito dal comma 1-bis dell'art. 46 Codice dei Contratti Pubblici, era pacificamente riconosciuto alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di inserire nei bandi di gara clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle previste per legge o per regolamento, fermo restando l'unico limite del rispetto dei principi di pertinenza, ragionevolezza e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito.

Si riteneva che l'inserimento di clausole escludenti nel bando di gara avesse la funzione di attribuire valore essenziale ad una determinata prescrizione, e tale era la rilevanza riconosciuta sotto questo aspetto alla *lex specialis* che si escludeva in radice la possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità dell'inadempimento posto in essere dal partecipante alla gara rispetto alle prescrizioni dettate dal bando. Così, a fronte di una clausola inequivoca, la sanzione dell'esclusione veniva fatta discendere automaticamente dalla *lex*

*specialis*, cui la stazione appaltante si era autovincolata con la sua emanazione<sup>108</sup>, senza che potesse essere consentita alcuna regolarizzazione documentale al partecipante, pena la violazione del principio di *par condicio*<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. AVCP (ora ANAC), parere di precontenzioso nr. 114/2011: “*Qualora la lex specialis commini espressamente l’esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l’Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all’interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell’inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando (cfr. ex multis pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008). Nel caso di specie, pertanto, in presenza di una chiara clausola contenuta nella lettera d’invito, che fissava, a pena di esclusione, l’obbligo di produrre una dichiarazione (anche se negativa) relativa, tra l’altro, ai soggetti cessati dalle cariche nel triennio, è risultato doveroso procedere all’esclusione dell’impresa che non aveva rispettato tale obbligo, anche per garantire il principio di par condicio tra tutti i concorrenti, considerato, peraltro, che il dovere in questione tendeva a soddisfare esigenze di interesse pubblico e che lo stesso avrebbe potuto essere soddisfatto senza particolari oneri da parte dell’Impresa*”.

<sup>109</sup> Si veda T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 07 aprile 2011, n. 854: “*La violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla lex specialis esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio che - in assenza di clausole equivoche o di significato oscuro - non può essere superato dall’opposto principio del favor participationis. Pertanto, ai sensi dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, i criteri disposti ai fini dell’integrazione documentale possono riguardare esclusivamente chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali, e non la violazione di precise e chiare prescrizioni del bando, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della "par condicio" dei concorrenti, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma. Ne consegue che, nel caso di specie, è legittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che abbia violato gli oneri formali prescritti dalla "lex specialis", senza procedere al c.d. "soccorso istruttorio" mediante richiesta di eventuali chiarimenti e/o integrazioni documentali*”, in Foro amm. T.A.R. 2011, 4, 1423. Ancora, si veda T.A.R. Puglia, Sezione I Lecce, 22 febbraio 2007 n. 618: “*Secondo quanto sostenuto da una cospicua giurisprudenza amministrativa, una volta che l’Amministrazione si è vincolata a ritenere di carattere escludente alcuni vizi relativi alle domande di partecipazione, non può poi essa stessa in sede applicativa dequotare la rilevanza di questi vizi, se non violando in via tendenziale le regole della par condicio fra i partecipanti e della corretta gestione della procedura competitiva. Va altresì applicato il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, in sede di procedure ad evidenza pubblica, l’inosservanza delle prescrizioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte implica l’esclusione dalla gara, quando si tratti di prescrizioni*

Analogo vincolo gravava sul giudice amministrativo, al quale si riteneva precluso qualsiasi apprezzamento in ordine alla rispondenza della clausola escludente all'interesse pubblico ovvero alla concreta tutela della parità di trattamento dei concorrenti.

Con riferimento alle prescrizioni poste dal bando di gara, il ricorso al principio del soccorso istruttorio, era consentito dalla giurisprudenza solo in caso di clausole del bando ambigue od equivoche o di modulistica errata<sup>110</sup> disposta dalla stessa stazione appaltante<sup>111</sup>, in questi unici

---

*rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti, con effetto recessivo del metodo esegetico favorevole alla più ampia partecipazione alla gara (cfr.: Cons. Stato, Sez. V, sentenza 15 novembre 2001, n. 5843). E' da ritenersi legittima, pertanto, la parziale modifica del quadro disciplinare della procedura, qualora le modifiche in questione si muovano nel solco di garantire la più ampia partecipazione alla gara, attenuando la valenza preclusiva di alcune previsioni che sanzionavano ipotesi di difficile configurabilità e di evidente indeterminatezza e imponevano un onere di produzione documentale oneroso e tendenzialmente irragionevole, trattandosi di notizie e documenti già in possesso dell'Amministrazione. Tali modifiche, infatti, hanno l'effetto di ricondurre alla loro obiettiva consistenza violazioni di carattere meramente formale, evitando l'esclusione di numerose offerte per ragioni prive di un qualunque rilievo sostanziale”, in <http://www.anticorruzione.it>. Cfr. fra le altre, Consiglio di Stato, 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*

<sup>110</sup> Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 10 gennaio 2012, n. 31: “Anche se il criterio immanente del favor participationis, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della par condicio, tuttavia l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo da essa stessa approntato, potendo eventuali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione, atteso che nessun addebito poteva a detta impresa essere contestato per essere stata indotta in errore, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dal negligente comportamento della stazione appaltante che aveva male predisposto la relativa modulistica”.

<sup>111</sup> Ad avviso di E. M. BARBIERI, *Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche (nota a Consiglio di Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10; Consiglio di Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Consiglio di Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23)*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2014, 2, l'onere per la Pubblica Amministrazione di consentire l'integrazione documentale troverebbe immediata origine e giustificazione non nel disposto dell'art. 46, 1 comma del Codice Appalti, quanto piuttosto nel più generale obbligo di osservanza del principio di correttezza e buona fede, che costituirebbe “la matrice fondamentale” della

casi, nel bilanciamento fra principi del *favor participationis* e della *par condicio* era il primo a prevalere sul secondo. Si osservi che l'integrazione documentale, lungi dall'essere consentita dalla formulazione letterale dell'articolo 46, veniva ammessa dalla giurisprudenza sulla scorta della sussistenza di una causa di giustificazione ritenuta idonea ad elidere la colpa del partecipante alla gara in relazione all'inadempimento posto in essere.

Tuttavia anche in queste ultime circostanze non si riteneva sussistesse l'obbligo incondizionato per la stazione appaltante di attivare soccorso istruttorio, essendo necessario a tal fine escludere la natura essenziale dell'elemento richiesto dal bando con la clausola ambigua. Si riteneva pertanto sussistente in capo alla Commissione di gara il dovere di effettuare una valutazione circa la rispondenza della clausola ambigua all'interesse sostanziale della pubblica amministrazione e la sua idoneità a garantire il rispetto del principio della *par condicio*, il cui esito negativo avrebbe dato luogo ad un giudizio di non essenzialità dell'elemento da produrre e conseguentemente la possibilità di attivare il soccorso istruttorio<sup>112</sup>.

Il rigoroso formalismo appreso illustrato<sup>113</sup> veniva giustificato – oltre che richiamando il già citato principio della *par condicio* - facendo riferimento altresì al principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascun partecipante alla pubblica gara è tenuto a sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione cosicché deve essergli negata la possibilità supplire ai medesimi oltre il termine finale per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura<sup>114</sup>.

E' stato acutamente osservato che le motivazioni con le quali la giurisprudenza delimitava le ipotesi di applicabilità del dovere di soccorso costituì conferma dell'eccessiva centralità del

---

predetta norma. L'obbligo di rispettare la clausola generale appena richiamata graverebbe in via generale su tutti i contraenti, e pertanto anche sulle stazioni appaltanti, le quali indicando una pubblica gara pongono i presupposti per la futura stipula di un contratto.

<sup>112</sup>T.A.R. Lombardia, sez. I, 27 giugno 2013, n.1648.

<sup>113</sup>Non mancava un orientamento giurisprudenziale minoritario per il quale le esigenze di certezza e celebrità della procedura, assieme all'esigenza del rispetto dei principi di *par condicio* e imparzialità dovevano ritenersi preminenti rispetto al principio del *favor participationis*, con l'obbligo di applicare, anche in caso di clausole equivoche, un criterio interpretativo strettamente letterale. Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 23 agosto 2010, n. 430; Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 4295, Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 567.

<sup>114</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 1 dicembre 2014, n.5298.

bando nella dinamica di una procedura competitiva. Di fatto, l'intervento del dovere di soccorso dipendeva direttamente dal grado di vincolatività della disposizione del bando, senza che rilevasse alcuna valutazione sulla ragionevolezza di quest'ultima.<sup>115</sup>

Come opportunamente rilevato dal Consiglio di Stato<sup>116</sup>, l'interpretazione appena illustrata consentiva alla stazione appaltante di ampliare o restringere discrezionalmente di volta in volta i limiti del soccorso istruttorio. Infatti, al fine di comprimere l'ambito di applicazione dell'istituto era sufficiente stabilire ulteriori prescrizioni formali o documentali a pena di esclusione nel bando che -ove non osservate - avrebbero determinato l'immediata esclusione del partecipante inadempiente, senza che al medesimo potesse essere data la possibilità di interloquire con la stazione appaltante in merito alla predetta inadempienza, a prescindere dalla gravità e rilevanza della medesima.

L'orientamento appena richiamato venne solo marginalmente rivisitato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 46 comma 1 bis Codice Appalti, ciò nonostante la dottrina e parte della giurisprudenza avessero ritenuto che l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 46, avesse il chiaro significato di ridurre le ipotesi in cui le mancanze delle domande e offerte dei concorrenti si traducevano in espulsione dalla competizione e di ampliare il potere-dovere del seggio di gara di chiedere chiarimenti e integrazioni ai concorrenti, al fine di rimetterli in carreggiata in seno alla gara<sup>117</sup>. Stante l'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione divenne

---

<sup>115</sup> G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 1, 2011.

<sup>116</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, Ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681.

<sup>117</sup> Cfr. R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante* (nota a T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012. Si veda altresì AULETTA A., *Contratti pubblici: tassatività delle clausole di esclusione e ordine di trattazione dei ricorsi. Ancora un intervento della Plenaria* (nota a Consiglio Di Stato, Adunanza Plenaria - Sentenza 25 febbraio 2014, n.9) in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it): "D'altro canto l'introduzione del principio di tassatività, nel punto in cui riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuare degli adempimenti doverosi a pena di esclusione, stempera notevolmente le criticità relative al principio del soccorso istruttorio come mezzo a disposizione delle imprese per arginare eventuali arbitri da parte della stazione appaltante: "è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa amministrazione di prescindere dall'onere di preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza 'sostanziale' della forma documentale omessa". Al contrario, l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il potere

giocoforza ammissibile la regolarizzazione di tutti gli adempimenti formali non previsti dalla legge o dal regolamento ma discrezionalmente stabiliti dalle stazioni appaltanti nel bando, non essendo più possibile sanzionare con l'estromissione dalla gara l'impresa inadempiente<sup>118</sup>, senza che intervenissero altri mutamenti nell'applicazione dell'istituto.

Nondimeno deve darsi conto della parallela diffusione di un orientamento giurisprudenziale minoritario incline ad un approccio maggiormente sostanzialistico e teso ad ammettere l'integrazione della documentazione di gara qualora il partecipante fosse materialmente in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti e la regolarizzazione consentisse di dimostrare la rispondenza della documentazione alla situazione di fatto, purché non avesse come conseguenza l'alterazione delle offerte permettendone la modifica del contenuto in corso di procedura, colmando un'inadeguatezza sostanziale esistente fin dall'origine<sup>119</sup>, ciò in forza del

---

*di soccorso “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”.*

<sup>118</sup> Come affermato dall'Adunanza Plenaria 9/2014, il perimetro del soccorso istruttorio deve essere tracciato “in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione”. Si veda anche T.A.R. Puglia, Lecce, 25 novembre 2011, n. 2059, che ha desunto il dovere di soccorso dalla circostanza che il partecipante non avesse violato una disposizione prevista dalla legge a pena di esclusione.

<sup>119</sup> Cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. III, 02 settembre 2013 nr. 4370, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II), fasc.9, 2013, il quale si esprime nel senso della doverosità dell'integrazione nel caso in cui sia necessario rendere l'offerta conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*: “In materia di partecipazione ad appalti pubblici, deve essere mantenuta una distinzione netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, atteso che soltanto quest'ultima attività deve ritenersi assolutamente non consentita in quanto contraria alla fondamentale regola della par condicio competitorum; per converso, ove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita, ma è dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara”. In senso conforme si vedano Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2013, n.1122, Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 2013, n.694.



divieto di aggravamento del procedimento, nonché dei principi di proporzionalità e del *favor participationis*.

Detto orientamento, pertanto, riteneva esperibile il soccorso istruttorio anche nel caso in cui la *lex specialis* prescrivesse a pena di esclusione la presentazione del documento o dichiarazione pretermessi qualora l'omissione si risolvesse in un mero vizio formale tale da non alterare la parità di condizioni tra i partecipanti e tale da non compromettere il raggiungimento del risultato avuto di mira, privilegiando così l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Sezione Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, nr. 2088 “*Se non può negarsi che l'Amministrazione sia titolare dell'ampio potere discrezionale di inserire in un bando di gara tutte quelle disposizioni ritenute più opportune, più idonee e più adeguate per l'effettivo raggiungimento dello scopo perseguito con la selezione ad evidenza pubblica indetta, tuttavia il concreto esercizio di tale potere discrezionale deve essere logicamente coerente con l'interesse pubblico perseguito, nel senso che le predette disposizioni discrezionali non devono essere o apparire illogiche, arbitrarie, inutili o superflue (Cons. Stato, IV, n. 4787 del 2003). D'altra parte questo Tribunale ritiene che la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato in una gara di appalto non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (Cons. Stato, V, 21.9.2005, n. 4941). La portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10.5.2005, n. 399; Cons. Stato, V, 10.11.2003, n. 7134; 4.4.2002, n. 1857; 16.1.2002, n. 226) con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale (ex multis, Cons. Stato, IV, 5.10.2005, n. 5367; V, 4.2.2004, n. 364). Il Collegio rileva che nel caso di specie la precipua finalità dell'Amministrazione è rappresentata dalla necessità di verificare il possesso dei requisiti richiesti ex lege per l'ammissione alla gara e l'eventuale falsità del contenuto delle dichiarazioni rese suscettibile anche dell'applicazione delle misure penali ex art. 76 del D.P.R. n. 445/2000. La Commissione di gara, di fronte alla mancanza di una dichiarazione implicita se non proprio superflua e che comunque non costituiva parte integrante dell'offerta negoziale, avrebbe dunque dovuto omettere l'esclusione delle ricorrenti, applicando i principi espressi dall'ordinamento e volti a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta (Cons. Stato,*

L'interpretazione in esame si poneva in accordo con la mutata valutazione in senso limitativo relativamente al vizio formale nei rapporti tra Amministrazione e cittadino.

Indici di detta tendenza erano riscontrabili da un lato nello sfavore del legislatore per l'imposizione di vincoli procedurali fini a se stessi in quanto non direttamente funzionali al soddisfacimento del pubblico interesse cui tende l'azione amministrativa, dall'altro nell'introduzione di norme tese a semplificare gli obblighi formalistici in capo ai privati che debbano interfacciarsi con la pubblica amministrazione, nel contempo enfatizzando il dovere di leale collaborazione facente capo alla p.a.

Così, si riteneva che l'interpretazione del soccorso istruttorio come sopra richiamata fosse in realtà non solo rispettosa del principio di proporzionalità, ma altresì rispondente all'esigenza del perseguimento dell'interesse pubblico di stipulare il contratto col migliore offerente, evitando l'esclusione del soggetto per soli motivi di natura formale, fini a se stessi e non idonei ad garantire il corretto esito della procedura<sup>121</sup>.

Il Consiglio di Stato, riteneva che dal principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost. discendesse direttamente principio di cooperazione fra P.A. e cittadini, per effetto del quale a fronte di dichiarazioni incomplete, e in presenza della possibilità di desumere implicitamente dalla documentazione allegata il possesso del requisito, sarebbe stato irragionevole non

---

*VI, 15.1.2004, n. 107; V, 25.1.2003, n. 344). A parere del Tribunale appare prevalente l'interesse dell'Amministrazione al più specifico obiettivo di un confronto più ampio possibile tra le offerte, dando applicazione alle indicazioni che la legge fornisce all'art. 6 della Legge n. 241/1990, in tema di potere in capo al responsabile del procedimento di rettificare "dichiarazioni o istanze erronee o incomplete" e all'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000, ove si prevede che il funzionario competente a ricevere la documentazione debba sollecitare l'interessato a regolarizzare o a completare le dichiarazioni sostitutive. Atteso che la gara deve guardare piuttosto alla qualità della dichiarazione che non all'esclusiva correttezza della sua esternazione, si può convenire (T.A.R. Lazio, Roma, I bis, 9.5.2001, n. 3991) che le forme hanno un ruolo strumentale di espressione dei contenuti mentre il vizio di forma può invalidare l'atto solo laddove oggettivamente impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta "evitandosi formalismi che portano a restringere, senza un effettivo interesse pubblico, la più ampia partecipazione di concorrenti".*

<sup>121</sup> Sulla prevalenza del criterio sostanziale, rispetto a quello formale, si citano, *ex multis*: Consiglio di Stato 16 dicembre 2010, n. 8946; Consiglio di Stato 28 febbraio 2011, n. 1247; T.A.R. Lazio-Roma 7 ottobre 2011 n. 7785; Consiglio di Stato 21 ottobre 2011 n. 5639; Consiglio di Stato 22 ottobre 2012, n. 5393; T.A.R. Campania-Salerno 28 giugno 2012, n. 1321; T.A.R. Sardegna-Cagliari 20 marzo 2012, n. 298;; T.A.R. Lazio-Roma 20 aprile 2009, n. 3984.

consentire la regolarizzazione documentale al partecipante alla procedura ad evidenza pubblica e procedere direttamente alla sua esclusione.

Partendo dai presupposti sopra richiamati, l'orientamento giurisprudenziale appena illustrato si è spinto a sostenere l'irrilevanza di una dichiarazione errata, nel caso in cui il soggetto fosse comunque portatore in concreto del requisito richiesto a pena di esclusione. Paradigmatica dell'indirizzo sopra riportato è la posizione in materia di dichiarazioni erronee rese dagli operatori economici partecipanti alla gara in relazione alle situazioni e circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale espressamente previsti dall'art. 38 del Codice Appalti<sup>122</sup>.

Vi era dunque un'interpretazione largamente prevalente che considerava la completezza delle dichiarazioni dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica un valore da perseguire di per sé, in quanto si considerava l'obbligo di fornire una dichiarazione completa e veritiera rispondente alla precisa esigenza di selezionare un contraente meritevole anche sotto il profilo della correttezza, oltretutto di garantire un celere svolgimento della procedura. Si riteneva inoltre inapplicabile il principio sancito dal codice di procedura civile secondo cui i vizi formali di un atto possono essere sanati se risulta raggiunto lo scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale. Sulla scorta di detti presupposti era ritenuta corretta l'esclusione dalla gara del concorrente che avesse allegato una dichiarazione erronea, e ciò a prescindere dalla reale possesso dei requisiti dichiarati<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Sul punto si rinvia a C. COMMANDATORE, *Il "falso innocuo" nelle gare per l'affidamento degli appalti pubblici*, (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it) e a P. PROVENZANO *La teoria del falso innocuo in materia di dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n.163/2006 al vaglio della Corte di Giustizia* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 2013.

<sup>123</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471 e Consiglio di Stato, 24 giugno 2014, n. 3198. Non sono mancate pronunzie tese a valorizzare l'importanza dell'affidamento riposto dalla p.a. nella dichiarazione del privato. In questo senso cfr. T.A.R. Sicilia, sez. III 18 marzo 2011, n. 504 in <https://intranet.unige.it/negoziale/verifica.html>: *"Vige, invero, un superiore e più pregnante principio, fondante l'intero istituto della cd. autocertificazione e come tale applicabile anche nella specifica materia degli appalti pubblici, involgente in sommo grado rilevanti interessi che spaziano dalla economia pubblica alla tutela dell'erario pubblico allargato, secondo cui la possibilità, concessa ai concorrenti, di presentare un'autocertificazione inerente al possesso dei requisiti di ammissione alla gara, costituisce un atto di fiducia da parte della stazione appaltante e che, come tale, richiede serietà e piena corrispondenza nei comportamenti del concorrente che redige la dichiarazione sostitutiva; per-*

Si contrapponeva l'orientamento "sostanzialista" succitato, il quale al contrario, riteneva ammissibile il ricorso alla sanzione dell'esclusione dalla gara solo per effetto del mancato possesso in concreto dei prescritti requisiti.

Nonostante la sua maggiore aderenza al dettato normativo comunitario<sup>124</sup>, l'orientamento cd. "sostanzialista" qui richiamato venne ritenuto non condivisibile dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nr.9 del 2014<sup>125</sup>, la quale ritenne di non aderire alla tesi sostenuta dall'ordinanza di rimessione (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681), che aveva sostenuto la necessità di leggere il comma 1 dell'art. 46 in combinato disposto con il successivo comma 1-bis, nell'ottica di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese, affinché la p.a. potesse comminare l'esclusione dalla gara soltanto nell'ipotesi in cui l'omesso compimento di taluno dei previsti adempimenti pregiudicasse il raggiungimento del risultato della procedura, consistente nella scelta della migliore offerta dal punto di vista sostanziale, ciò che avrebbe dovuto rendere recessiva la problematica della regolarità formale della relativa esternazione.

Tuttavia, solo quattro mesi dopo l'emanazione della decisione dell'Adunanza Plenaria, la ricostruzione pretermessa cui si è appena accennato, venne accolta ed ampliata dalle modifiche legislative introdotte nel Codice degli Appalti dal dl 90/2014, di cui si darà conto nel prossimo capitolo.

---

*tanto, nel caso di dichiarazione risultata non veritiera, la sanzione della esclusione dalla gara diventa conseguenza necessaria, venendo meno quel rapporto di fiducia basato sulla presunzione della reciproca correttezza che deve sussistere anche nella fase precontrattuale(cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, I, sentenza 14 gennaio 2010 n. 49)".*

<sup>124</sup> Per un'analisi della normativa europea in tema di soccorso istruttorio si rimanda a M. OCCHIENA, *Documenti e informazioni complementari*, in R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

<sup>125</sup> Deve darsi atto della circostanza che recentemente la Corte di Giustizia UE ha avallato gli esiti dell'Adunanza Plenaria. Cfr. Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13, per la quale: "*l'art. 51 della direttiva, che dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici ad integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 della stessa direttiva, non può essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica o omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente*". Per un commento della pronuncia si veda P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali(Belgio, Francia, Italia)*, (nota a Corte di Giustizia, sez. X,6 novembre 2014, causa C-42/13, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2015.

## 9. I difetti della riforma.

Quanto detto finora finora mostra chiaramente come la riforma del 2011, pure introdotta con lodevoli intenzioni, non sia stata in grado di realizzare gli obiettivi che il legislatore si era prefissato con la sua adozione.

E' stato osservato in dottrina<sup>126</sup> che la novella legislativa appresso illustrata non ha sortito gli effetti auspicati a causa di una intrinseca incompletezza. Se da un lato infatti si è introdotto il principio principio di tassatività delle clausole, dall'altro non si è provveduto a modificare il d.lg. n. 163 del 2006 con l'individuazione tassativa delle fattispecie escludenti, prevedendo al contrario clausole aperte (si è parlato di tassatività in senso lato<sup>127</sup>) il cui contenuto ha dovuto essere individuato di volta in volta dall'interprete, generando così una situazione di obiettiva incertezza contraria allo spirito della modifica normativa.

Del resto, *“se la tassatività rappresenta — come si ritiene — l’elencazione normativa di una serie chiusa (tassativa, appunto) di fattispecie, concepita per escludere o ridurre fortemente la discrezionalità dell’interprete in un dato contesto, deve rilevarsi che non a tale forma di tassatività il legislatore della riforma sembra essersi ispirato nel disciplinare le cause di esclusione. Non vi è infatti alcuna elencazione legislativamente predeterminata delle fattispecie escludenti, dal momento che, oltre alle ipotesi previste dall’art. 38 e a quelle contenute nella seconda parte del comma 1-bis dell’art. 46, il Codice dei contratti pubblici autorizza le stazioni appaltanti ad escludere i concorrenti in caso di « mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti ».*

*A ciò si aggiunga che la legge ed i regolamenti, quasi sempre, non si preoccupano di precisare in alcun modo le conseguenze che derivano dall’inosservanza delle norme nelle stesse contenute e che l’orientamento giurisprudenziale prevalente (come si è avuto modo di evidenziare nei paragrafi precedenti) ha accolto un’interpretazione della disposizione in commento sulla base della quale l’esclusione può essere disposta non solo nel caso di esplicita indicazione di legge, ma altresì nel caso in cui l’adempimento richiesto sia da considerarsi doveroso. Il che, finisce per rimettere all’interprete (quindi alla stazione appaltante in primis*

---

<sup>126</sup>B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L’art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.

<sup>127</sup>E. MASTRODOMENICO, *Il dovere di soccorso istruttorio nei pubblici appalti: regolarizzazione e integrazione documentale*, in *Appalti & contratti: rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica*, fasc. 7, 2013.

*ed, in ultima istanza, al giudice, con frustrazione della finalit  di riduzione del contenzioso) l'individuazione della sanzione applicabile*”<sup>128</sup>.

Un esempio emblematico dell'assenza di reale tassativit  nelle clausole di esclusione   costituito dal coacervo di problematiche sorte in relazione ai soggetti relativamente ai quali devono essere rese le dichiarazioni richieste dall'art. 38 Codice Appalti. Infatti, pur affermando la necessit  del rispetto del criterio letterale nell'interpretazione della legge e del bando, non   mancata la giurisprudenza che ha avallato un'interpretazione estensiva ed analogica delle norme, legittimando l'esclusione di concorrenti che avessero reso le dichiarazioni senza fare riferimento a soggetti per le quali non erano state espressamente richieste n  dalla legge n  dal bando<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> L. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura, potere di soccorso istruttorio e non tassativit  del principio di tassativit  delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro Amministrativo (II)* fasc. 9, 2014.

<sup>129</sup> Cfr. Tar Piemonte, sez. I, 22 marzo 2010, n. 1555; Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3325; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068; Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3069; Consiglio di Stato, 21 ottobre 2011, n. 5641. In dottrina si vedano: G. MANFREDI, *Moralit  professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 10, 2010; L. PRIMICERO, *Identificazione del subappaltatore. Requisiti di moralit  professionale: non c'  socio di maggioranza in caso di tre soci con quote uguali* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963) in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2013; F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di "moralit  professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del "decreto sviluppo" n. 70 del 2011, convertito nella l. N. 106 del 2011*, in *Foro amm. TAR*, fasc.10, 2011; E. ATTILI, *Autodichiarazione dei requisiti di ordine generale e soccorso istruttorio tra oscillazioni giurisprudenziali e normative*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, fasc. 12, 2014; E. M. BARBIERI *Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralit  professionale dei concorrenti a gare pubbliche* (nota a Consiglio di Stato, *Ad. plen.* 4 maggio 2012, n. 10; Consiglio di Stato, *Ad. plen.* 7 giugno 2012, n. 21; Consiglio di Stato, *Ad. plen.* 16 ottobre 2013, n. 23), in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, fasc. 2, 2014; F. BERTINI, *Partecipazione alle gare e pregiudizi dei cessati dalle cariche: punti critici e ipotesi compositive*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2011; G.P. CIRILLO, *Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso? Relazione tenuta nell'ambito del convegno "Appalto Pubblico: chance di sviluppo efficiente", tenuto a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. CODEB , *Irregolarit  fiscale e violazioni tributarie definitivamente accertate* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 17 Gennaio 2013, n. 261) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2013; O. CRISANTE, *Sulla rilevanza di eventuali omissioni dichiarative in rapporto al principio di tassativit  delle cause di esclusione enunciato dall'art. 46 del Codice dei contratti pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 4, 2012; S. CRISCI, *Il*

---

*futuro dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it); L. DE PAULI, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, (nota a corte di cassazione, *SS.UU.*, 17 febbraio 2012, n.2312) in *Urbanistica e Appalti* 7/201; L. DE PAULI, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urbanistica e Appalti* fasc.12, 2014; M. DIDONNA, *I procuratori ad negotia potrebbero essere "amministratori muniti di potere di rappresentanza": il non liquet della Plenaria* (nota a Consiglio di Stato, *Ad. Plen.*, 16 ottobre 2013, n. 23) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 1, 2014; M. DIDONNA, *Institori, vice presidenti e procuratori speciali: gli incerti confini dell'obbligo di dichiarazione ex art. 38*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.11, 2012; M. DIDONNA, *La Plenaria fa luce sugli obblighi dichiarativi del "soci di maggioranza"*, (nota a Consiglio di Stato, *Ad. Plen.*, 6 novembre 2013, n. 24), in *Urbanistica e Appalti*, fasc.3, 2014; I. FILIPPETTI, *La Plenaria scioglie i dubbi sulle dichiarazioni ex art. 38 in caso di cessione di azienda* (nota a consiglio di Stato, *Ad.Plen.*, 4 maggio 2012, n.10) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 8-9, 2012; I. FILIPPETTI, *La tassatività delle cause di esclusione: la determinazione n. 4/2012 dell'AVCP e la successiva giurisprudenza sui requisiti generali dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici* [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); D. GIANNUZZI, R.MANNOCCHI, *Cause di esclusione: recenti pronunce e oscillazioni interpretative in ordine alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti. (Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.1736 del 20 marzo 2009; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.2364 del 20 aprile 2009; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, sentenza n. 3984 del 20 aprile 2009)*, in *Amministrativ@mente* nr.5/2009; M. GIOVANNELLI, *Partecipazione alle gare d'appalto e violazioni fiscali* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332) in *Urbanistica e Appalti*, 6, 201; F. IORIO, *I requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici tra l'Adunanza Plenaria n.23/2013 e l'art. 39 della D.L. n. 90/2014 conv. in L. n. 114 del 2014* in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 10; F. MANGANARO, *Esclusione dalle gare di appalto per violazioni tributarie definitivamente accertate* (nota a Consiglio di Stato, *Ad. Plen.* 20 agosto 2013, nr. 20) in *Urbanistica e Appalti* 2013, 10; G. F. NICODEMO, *Sull'esclusione per "grave negligenza" quando e' commessa a danno di altre p.a.* (nota a Consiglio Di Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 149) in *Urbanistica e appalti*, fasc.5, 2013; I. PAGANI, *I parametri di valutazione di gravità degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia* (nota a T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, sez. III, ord. 12 luglio 2012, n. 1969) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2012; I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli adempimenti contributivi* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n.5186) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012; P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente"*, (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2014, n.2214, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8-9, 2014; L. PRIMICERO, *Identificazione del subappaltatore. Requisiti di moralità professionale: non c'è socio di maggioranza in caso di tre soci con quote uguali* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963) in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2013; R. RICCI *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è*

La tassatività introdotta dalla disciplina legislativa, pertanto, lungi dal rappresentare una predeterminazione a monte dei motivi di espulsione dalla procedura ad evidenza pubblica incarna piuttosto un mezzo per ribadire il principio di legalità con riferimento al potere amministrativo di esclusione dalla gara, posto che, a seguito dell'introduzione del comma 1-bis all'art. 46, la stazione appaltante può escludere un concorrente a fronte della violazione di un obbligo o dovere previsto da una norma di legge, ma non in caso di violazioni di prescrizioni poste da una fonte subordinata alla legge (ad eccezione del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici)<sup>130</sup>.

Così deve concludersi che la riforma non ha innovato sensibilmente l'assetto previgente<sup>131</sup>, limitandosi a modificare certi orientamenti giurisprudenziali (ad esempio, in tema di esclusione per mancata presentazione della cauzione provvisoria, questione rispetto alla quale la giurisprudenza ritiene oggi che l'esclusione non possa essere disposta).

Come illustrato nei precedenti paragrafi alcuni orientamenti giurisprudenziali hanno tentato di interpretare la novella legislativa in senso profondamente antiformalistico, ad esempio riformulando in senso ampliativo l'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, così da estendere l'istituto a tutti gli errori nella presentazione della domanda di partecipazione rispetto ai quali manchi nelle norme di legge o regolamento una previsione espressa di esclusione.

---

*esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore. Foro amm. CDS, fasc.1, 2013; S. RUSCICA, L'esclusione dalla gara per violazione della disciplina sull'intestazione fiduciaria (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279) in Urbanistica e Appalti, fasc. 2, 2013; M. SPAGNUOLO, La verifica dei requisiti di moralità per gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).*

<sup>130</sup> Così L. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura, potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro Amministrativo (II)* fasc. 9, 2014. In senso parzialmente simile, sebbene non con riferimento al potere amministrativo di esclusione, si veda F. BOTTEON, *Tassatività delle cause di esclusione, clausole nulle e poteri della stazione appaltante*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 7, 2012, il quale osserva come “l'art. 46 (...) non sembra porre un principio generale di tassatività delle cause di esclusione ma più propriamente pone un principio di tassatività per legge e regolamento delle cause di esclusione, o principio di legalità delle cause di esclusione”.

<sup>131</sup> B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.



Tuttavia la circostanza che detti arresti giurisprudenziali siano rimasti minoritari decretano il fallimento della riforma con riferimento alla sua principale finalità, ovvero quella di riduzione del contenzioso.

L'errore di fondo delle stazioni appaltanti e della giurisprudenza stava probabilmente nel modo di intendere il principio della *par condicio competitorum*. Questo infatti, oltre a rappresentare una garanzia di pari condizioni di competizione fra le imprese garantendo a tutte identiche possibilità nella partecipazione alla procedura, è stato spesso concepito in maniera distorta come “*esasperato confronto sul rito dell'evidenza pubblica*”<sup>132</sup>. In quest'ottica, è apparso coerente ritenere irrecuperabili offerte manchevoli di elementi formali inidonei ad inficiare in concreto la parità di trattamento, con ciò eliminando dalla competizione imprese tecnicamente ed economicamente competitive, con grave danno per il pubblico interesse avente ad oggetto la conclusione del contratto col migliore operatore sul mercato.

Così come acutamente osservato “*non giovano certamente al sistema-Paese e all'attuale situazione della nostra economia un quadro normativo in rivoluzione e complicazione permanente e costanti oscillazioni giurisprudenziali che sono la negazione della certezza delle regole per gli operatori; una moltiplicazione di adempimenti con l'introduzione di screening diffusi che partono dal presupposto della irregolarità delle imprese; un conseguente aumento del costo degli apparati per far fronte a tali adempimenti; un continuo aumento — comunque — dei costi economici delle procedure, non solo per le crescenti complessità del quadro normativo, ma anche per le sempre maggiori spese amministrative dell'appalto*”<sup>133</sup>.

Nonostante le modifiche introdotte dal d.l. 70/2011, l'attenzione delle stazioni appaltanti e della giurisprudenza, ha continuato ad appuntarsi sul rispetto delle regole formali anziché prediligere il confronto sulla qualità dei contenuti, cosicché l'adozione di misure di esclusione ha finito per avere connotazioni afflittive, in luogo di rappresentare l'estrema *ratio*, al fronte del fallimento del tentativo di garantire la massima apertura della gara alla concorrenza<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.

<sup>133</sup> A. BUSCEMA, *La giurisdizione della corte dei conti negli appalti pubblici: criticità ed evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro amm. TAR*, fasc.10, 2013

<sup>134</sup> B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.

### III CAPITOLO

#### LA SVOLTA SOSTANZIALISTICA DEL D.L.90/2014.

##### **1. La dequotazione dei vizi formali nelle gare d'appalto.**

La gestione delle criticità rilevate dal seggio di gara o dalla commissione giudicatrice in relazione alla documentazione prodotta dalle imprese per attestare il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, nonché gli altri elementi necessari per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, ha sempre costituito un momento delicatissimo e problematico per le stazioni appaltanti, tanto da generare la più grossa fetta del contenzioso in tema di contrattualistica pubblica<sup>1</sup>.

Gli sforzi del legislatore onde porre fine alla deriva formalistica imboccata dalle stazioni appaltanti con riferimento agli oneri gravanti sui concorrenti, attraverso l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, c. 1- bis, codice), non hanno sortito gli effetti sperati.

Come si è avuto modo di illustrare nel precedente capitolo la disposizione normativa ha alimentato un copioso contenzioso proprio al fine di individuare quali carenze o inadempienze potessero sussumersi nelle ipotesi tassative di esclusione, ciò anche per l'effetto della mancata emanazione dei bandi-tipo i quali avrebbero dovuto assolvere il ruolo di ridurre le incertezze

---

<sup>1</sup>Cfr. <http://www.codiceappalti.it> il quale effettuando una statistica basata sulle pronunce presenti sul sito arriva alla conclusione per la quale le sentenze (TAR e CdS) e i pareri (Avcp- Anac) che hanno preso in esame uno o più articoli del Codice sono n. 6.155; gli articoli con più pronunce sono: art. 38 (Requisiti generali) con n. 1.092 pronunce (18%); art. 48 (Controllo requisiti) n. 644 (10%); art. 37 (RTI) n. 396, art. 64 (Bandi) n. 339; art.75 (Garanzie) n. 322; art. 46 (Integrazioni e Tassatività) n.319; ne discende che più del 50% dell'intero contenzioso riguarda il 2% del totale degli articoli si concentra proprio su disposizioni relative alle cause di esclusione.

inevitabilmente causate dalla previsione di una tassatività i cui contorni erano definiti unicamente da clausole aperte.

Né il contributo di una parte della giurisprudenza concretatosi in una interpretazione volta a dequotare i vizi formali e a individuare l'ambito del soccorso istruttorio e delle cause di esclusione tassative è stato risolutivo, in quanto rimasto minoritario<sup>2</sup>.

La necessità stringente di ridurre il contenzioso ha determinato il legislatore a emanare l'ennesima novella.

L'art. 39 del d.l. 90/2014 convertito con modificazioni nella l. 114/2014 rubricato "Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", ha introdotto un nuovo comma 2 bis all'art. 38 del codice dei contratti<sup>3</sup>. Quest'ultimo esclude che nei casi di mancanza, incompletezza e irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive con cui i concorrenti attestano il possesso dei requisiti di ordine generale, possa essere disposta l'esclusione automatica delle imprese inadempienti, al contempo onerando la stazione appaltante di fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio onde permettere all'impresa negligente di integrare le certificazioni richieste ai sensi del comma 2 dell'articolo 38.

In tali casi l'integrazione documentale da parte delle imprese partecipanti è subordinata, a pena di esclusione, all'obbligo di pagamento – entro un termine massimo di dieci giorni- di una sanzione pecuniaria di importo compreso tra l'uno per mille e l'uno per cento del valore

---

<sup>2</sup>Da ultimo si veda Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza del 29 aprile 2014, n. 2214.

<sup>3</sup>Art. 38 comma 2 bis: *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, 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.*

dell'appalto e, comunque, non superiore a cinquantamila euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.

Il decreto 90/2014 si inserisce nel programma di snellimento, accelerazione e trasparenza dell'azione amministrativa con il fine, sopra enunciato, di disincentivare il ricorso giurisdizionale nella materia in esame.

La norma mira ad evitare esclusioni dovute a motivazioni meramente formali, ciò che nemmeno il principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dal D.L. n. 70 del 2011 era riuscito a impedire<sup>4</sup>. Il mezzo utilizzato è quello della semplificazione degli oneri formali relativi alle dichiarazioni sostitutive nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, per il tramite della procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio<sup>5</sup>.

Attualmente ciò che assume rilevanza ai fini della partecipazione alle gare è la reale esistenza dei requisiti di partecipazione di ordine generale in capo al concorrente e non la mera completezza ed analiticità delle dichiarazioni con cui le imprese partecipanti attestano il possesso dei predetti requisiti.

Sicché, il concorrente che ha presentato una dichiarazione ex art. 38 incompleta, o che ha financo omesso di presentarla non può per tale ragione essere escluso da una pubblica gara, dovendo essergli sempre consentito di sanare le omissioni in cui è incorso, dimostrando di essere comunque in possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice degli appalti.

Si valorizza così espressamente la priorità del dato sostanziale su quello meramente formale, conferendo una nuova dimensione al principio del *favor participationis*.

La norma positivizza un approccio interpretativo cui una parte minoritaria della giurisprudenza era pervenuta facendo essenzialmente leva sia sul tenore letterale degli articoli 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e 45 della Direttiva 2004/18, sia sui principi di proporzionalità e massima partecipazione<sup>6</sup>. Del resto un approccio non formalistico a questi problemi sembra coerente anche con lo spirito e la finalità della legge n. 241/1990 e delle disposizioni correlate in tema di semplificazione dei procedimenti e della documentazione amministrativa, nonché con le più recenti evoluzioni legislative in materia di pubbliche gare (quale ad esempio il comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006) che mirano proprio ad “evitare eccessivi formalismi,

---

<sup>4</sup>Cfr. M. GENTILE, *Oneri formali in gara: la cura è peggiore del male?* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

<sup>5</sup>Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4543.

<sup>6</sup>Ci si richiama, ad esempio, alla teoria del falso innocuo di cui si è dato conto nel capitolo precedente.

*suscettibili di sfociare in una vera e propria “caccia all'errore” nella fase di verifica della regolarità della documentazione amministrativa”<sup>7</sup>.*

Il comma 2 dell'art. 39 del d.l. in oggetto inserisce all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, il comma 1-ter che amplia la portata della disposizione sopra esaminata 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*”.

In questo modo si estende l'obbligo di regolarizzazione anche alle omissioni ed irregolarità relative ai requisiti speciali, agli elementi da produrre, nonché alle dichiarazioni provenienti da soggetti terzi, così sancendo definitivamente il tramonto dell'immediata esclusione dalla gara.

Quale che sia la tipologia di inadempienza commessa dal concorrente, alla stazione appaltante è imposto o di non tenerne conto perché irrilevante ovvero, se rilevante, di esercitare il potere di soccorso istruttorio, consentendo al partecipante alla procedura di rimediare.

La nozione di cause di esclusione tassative come prevista dal codice e interpretata dalla giurisprudenza, permane mutando funzione<sup>8</sup>. Attualmente infatti assumo lo scopo di delimitare mancanze, incompletezze e irregolarità essenziali per le quali dovrà essere necessariamente esercitata l'integrazione con contestuale determinazione, irrogazione e incameramento della sanzione, rispetto a quelle non essenziali, in relazione alle quali non potrà essere richiesta alcuna regolarizzazione né – ovviamente - applicata alcuna sanzione.

Alla luce di queste prime considerazioni può ben dirsi che il d.l. 90/2014, ha di fatto capovolto l'approccio che le stazioni appaltanti devono assumere con riferimento all'esame dei documenti presentati dai partecipanti alla gara, non solo col totale superamento dell'attitudine alla “caccia all'errore” denunciata dalla giurisprudenza e dalla dottrina più attenta, ma soprattutto trasformando il “*favor participationis*” in uno “*ius admittendi*”<sup>9</sup>, decretando

---

<sup>7</sup>Così T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 8 novembre 2013, n. 2696; Consiglio di Stato, sez. III, ord. 29 aprile 2014, n. 2214,

<sup>8</sup>Cfr. F. SAIITA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014\**, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it);

<sup>9</sup>L'interessante definizione è comparsa nel documento di autore ignoto dal titolo “*Soccorso istruttorio, cosa cambia dopo il d.l. 90 del 2014*”, pubblicato dal Centro Studi Asmel sul sito [www.asmeccom.it](http://www.asmeccom.it)

gioco forza l'abbandono del tradizionale modo di intendere – da parte delle stazioni appaltanti e della giurisprudenza - il principio della *par condicio competitorum*.

## **2. Mancanza, incompletezza, irregolarità essenziali e non essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive: il discrimine tra errore essenziale ed errore irrilevante.**

La nuova disciplina individua due differenti regimi: il primo relativo alle carenze essenziali, sanzionate con pena pecuniaria, sanabili e determinanti l'esclusione del concorrente solo in una fase successiva al loro rilievo, cioè qualora all'esito dell'invito da parte della stazione appaltante la mancanza non sia integrata; il secondo concernente le carenze non essenziali, inidonee a sortire una qualsivoglia conseguenza, giacché a fronte delle medesime l'ente non può richiedere la regolarizzazione né escludere il concorrente.

Le carenze, potranno poi riguardare tanto le dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà relative ai requisiti (di idoneità professionale, di ordine generale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale) quanto altri “elementi” che devono essere prodotti in relazione alla gara.

La norma non chiarisce se si tratta di elementi in qualche modo connessi alle dichiarazioni ed al loro processo formativo, ovvero se si tratti di elementi slegati dalle dichiarazioni e relativi ai requisiti di partecipazione alla gara, richiesti dal d.lgs. n. 163/2006, dal d.P.R. n. 207/2010 o dalla *lex specialis* in ordine a particolari esigenze connesse alle particolarità dell'appalto<sup>10</sup>.

Ad avviso di parte della dottrina<sup>11</sup> la seconda opzione interpretativa sarebbe preferibile, ciò non solo per effetto della distinzione operata dal legislatore tra elementi e dichiarazioni, ma

---

<sup>10</sup>Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net), e S. USAI, *Prime questioni interpretative sul nuovo comma 2 bis dell'articolo 38 del Codice*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), il quale rileva come il Consiglio di Stato, con la pronuncia n.4543/2014 abbia espresso preoccupazione con riferimento alla formulazione della norma e alla conseguente idoneità della medesima a ridurre il contenzioso in tema di oneri formali.

<sup>11</sup>Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net); F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*

anche e soprattutto a causa della circostanza che le irregolarità documentali relative al processo formativo della dichiarazione di per se costituiscono già un vizio della dichiarazione medesima, cosicché non avrebbe senso da parte del legislatore creare una categoria a parte in cui sussumerle. L'accoglimento di detta ricostruzione ha come conseguenza la riconduzione nella categoria degli "elementi" di una elencazione variegata di attestazioni e certificazioni previste dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento attuativo e da altre disposizioni di legge al fine di comprovare la sussistenza in capo al concorrente di condizioni imprescindibili per la partecipazione alla gara: in questo insieme rientra senza dubbio la cauzione provvisoria, l'attestazione del versamento del contributo per la partecipazione alle gare o la dichiarazione di accettazione del patto di legalità eventualmente adottato dalla stazione appaltante in base all'art. 1, comma 17 della legge n. 190/2012.

Questa ricostruzione sembra preferibile qualora si consideri che ad avviso del Consiglio di Stato, l'evoluzione normativa iniziata con l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione e culminata con l'adozione del d.l. 24 giugno 2014, n.90, "*è orientata proprio nel senso del superamento di ogni formalismo e automatismo espulsivo in funzione di una verifica concreta e sostanziale dei requisiti di partecipazione agli appalti pubblici, in funzione di una maggiore aderenza allo spirito della normativa europea trasposta nell'ordinamento nazionale*".<sup>12</sup>

Qualora invece si ritenga più opportuna la prima opzione interpretativa sopra illustrata, la stazione appaltante dovrà necessariamente dare conto delle dichiarazioni richieste, esplicitarne caso per caso l'indispensabilità e precisare i presupposti per l'individuazione delle irregolarità essenziali<sup>13</sup>. Ne consegue che la carenza di dichiarazioni differenti da quelle sostitutive di certificazione o di atto di notorietà, e riconducibili alle tipologie delle dichiarazioni di accettazione o di impegno e di alcuni documenti individuati dal Codice dei contratti pubblici e da altre norme di legge come obbligatori in relazione alla partecipazione alla gara<sup>14</sup> sarà in questo caso esplicitamente sanzionata con l'esclusione dalla gara, in coerenza con quanto

---

vi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

<sup>12</sup>Consiglio di Stato, 24 novembre 2014, n. 5816

<sup>13</sup>S. FOÀ, *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2014.

<sup>14</sup>A mero titolo esemplificativo si indicano la cauzione provvisoria, la certificazione di qualità, il contributo Anac (ex Avcp).

previsto dal comma 1-bis dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 (ed a quanto specificato dall'AVCP nella determinazione n. 4/2012)<sup>15</sup>.

Le prime pronunce paiono propendere per un'interpretazione estensiva della norma, ricomprendendo anche elementi diversi dalle dichiarazioni nei requisiti sanabili<sup>16</sup>, tuttavia la casistica giurisprudenziale è ancora troppo poca perché possa affermarsi che si tratti di un orientamento consolidato.

La seconda problematica esegetica posta dalla disposizione in commento riguarda la necessità di stabilire cosa si intenda esattamente per irregolarità e quali debbano essere considerate essenziali. Le difficoltà connesse a detta categorizzazione si riflettono sia sulla correttezza dei provvedimenti che la stazione appaltante dovrà assumere in gara, sia sulla possibilità per il concorrente di regolarizzare le stesse nonché di evitare l'applicazione della sanzione pecuniaria prescritta dall'art. 38, comma 2-bis.

Sebbene il testo normativo sia redatto in maniera ambigua e generica<sup>17</sup>, non pare che l'articolo si riferisca alla categoria dell'irregolarità in senso tecnico, intesa cioè come forma di invalidità meno grave dell'illegittimità e della nullità. In dottrina si è ritenuto che la nozione di irregolarità come intesa dalla norma ricomprenda ogni estrinsecazione dei possibili vizi degli

---

<sup>15</sup>Questa opzione esegetica è ritenuta preferibile da R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), la quale afferma “*Restano fuori dalla possibilità di sanatoria le mancanze, incompletezze, irregolarità essenziali di atti diversi dalle dichiarazioni, quali le certificazioni e i documenti. Si pensi, per tutti, alla attestazione SOA. Resta la questione se per “dichiarazione” sanabile il legislatore intenda solo le “attestazioni di scienza” o anche le “manifestazioni di volontà”. Sembrerebbe da escludere l'estensione dell'ambito alle “manifestazioni di volontà” che comprendono, infatti, in primis, l'offerta in gara, intesa sia come offerta del prezzo, sia come offerta tecnica con le sue componenti anche progettuali. Non si può infatti ritenere che si possa sanare, con assegnazione di un termine aggiuntivo, la mancanza, incompletezza, irregolarità essenziale dell'offerta. E' evidente lo sconquasso che ne deriverebbe sulla regolarità e segretezza delle operazioni di gara*”. In senso analogo si esprime S. USAI, *Il nuovo soccorso istruttorio previsto dal d.l. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014*, in [www.oggipa.it](http://www.oggipa.it).

<sup>16</sup>Consiglio di Stato sez. IV 20 gennaio 2015 n. 147; T.A.R. Torino (Piemonte) sez. I 16 gennaio 2015 n. 116.

<sup>17</sup>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 luglio 2014, n.16



atti privati, fra i quali devono intendersi ricomprese la nullità, l'annullabilità, l'irregolarità mera, e financo l'inesistenza<sup>18</sup>.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 39 della legge n. 114/2014, è indispensabile inoltre comprendere cosa debba intendersi per irregolarità di tipo "essenziale".

Soltanto in presenza di simili irregolarità si potrà avviare il procedimento previsto dalla norma, cui farà seguito, in caso di mancata integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni e degli elementi necessari entro il termine assegnato, l'esclusione del concorrente dalla gara. Nel caso di irregolarità non essenziali, invece, le stazioni appaltanti non potranno richiedere integrazioni/regolarizzazioni né irrogare sanzioni.

La casistica giurisprudenziale maturata nell'assetto normativo previgente in tema di soccorso istruttorio non pare essere utile allo scopo giacché essa escludeva a priori la possibilità di regolarizzazione di un documento mancante, circostanza che invece non appare impedita dall'attuale disciplina, per la quale anche la mancanza appare sempre regolarizzabile.

Del resto la distinzione fra integrazione e regolarizzazione non era assolutamente né appagante e né fruttuosa, come osservato da alcuni autori<sup>19</sup>.

La riflessione sulla possibilità di regolarizzare o meno le carenze documentali, come si è visto, prendeva le mosse dalla distinzione fra dichiarazioni erronee e dichiarazioni incomplete.

Tuttavia non pare possibile distinguere realmente fra difformità per incompletezza e difformità per erroneità, giacché anche l'integrazione di una dichiarazione incompleta comporta inevitabilmente una modificazione materiale del testo complessivo della stessa e la produzione di una dichiarazione diversa, che proprio in ragione di detta diversità risulta idonea a raggiungere lo scopo in relazione al quale la precedente dichiarazione incompleta non era ritenuta adeguata. Analogamente una dichiarazione incompleta è qualificabile altresì come erronea nella misura in cui differisce da quanto richiesto dal bando. Alla luce delle precedenti considerazioni è facile vedere come erroneità ed incompletezza si sovrappongano così da non poter essere considerate il parametro per distinguere i casi di modificazione (vietata) da quelli di regolarizzazione (ammessa) della dichiarazione.

---

<sup>18</sup> Così M. A. SANDULLI, *Il D.L. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it).

<sup>19</sup> Cfr. M. MONTEDURO, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l'esclusione: il labile "discrimen" tra <<integrazione>> e <<modificazione>>* (nota a TAR Lombardia – Milano, sez. I, n. 6410 del 22 novembre 2007), in *Foro Amm TAR*, fasc. 12, 2007

Pertanto non si potrà prescindere dal fare riferimento al comma 1-bis dell'art. 46 del Codice degli Appalti e così considerare “essenziale” ogni elemento la cui carenza sia idonea a determinare l'esclusione dalla gara<sup>20</sup>. Ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis sono esclusi i concorrenti che non adempiano alle prescrizioni di legge o di regolamento, che presentino offerte connotate da incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza, ovvero prive di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ed infine che presentino plichi non integri o affetti nella chiusura da irregolarità tali da far ragionevolmente ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Di fatto, dunque, l'individuazione dell'essenzialità delle carenze sarà demandata ancora una volta alla giurisprudenza, mancando un'elencazione tassativa delle medesime ovvero un criterio legislativo per la loro individuazione, mentre le stazioni appaltanti recupereranno l'esercizio di un ampio potere discrezionale sia nel redigere che nell'applicare il bando di gara<sup>21</sup>.

### **3. Il nuovo soccorso istruttorio. L'innovativa ammissibilità dell'integrazione postuma di dichiarazioni omesse o irregolari.**

Si tratta ora di verificare l'impatto della nuova disciplina in ordine al potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, c. 1, Codice Appalti.

---

<sup>20</sup> Osserva A. MASSARI, *La nuova disciplina della esclusione dalle gare: riepilogo delle principali problematiche*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), attribuendo una diversa accezione al requisito dell'essenzialità, che l'assenza di dichiarazioni in ordine ai requisiti cd. morali dovrebbe essere sempre considerata non essenziale, “giacchè i predetti requisiti sono tutti accertabili tramite pubblici registri, e [...] stante che tale mancata dichiarazione non arreca in realtà alcun vulnus alla procedura e alla possibilità della stazione appaltante di espletare i dovuti controlli”.

<sup>21</sup> Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net). Nello stesso senso S. FOÀ, *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2014 e F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it); C.G. GASPARUTTI, *Sulla asserita “semplificazione” degli oneri formali nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

La novella rende obsolete le indicazioni fornite circa i limiti del soccorso istruttorio, come individuate dall'Adunanza Plenaria nr. 9/2014 e nr.16/2014. In primo luogo è modificato l'ambito applicativo dell'istituto, giacché la mancanza, incompletezza o irregolarità formale "essenziale" in ordine alle dichiarazioni o agli elementi da prodursi, prima ritenute insanabili, potranno ora essere sanate, entro il termine perentorio, non superiore a dieci giorni, che la stazione appaltante assegnerà. La esclusione sarà possibile solo in caso di inutile decorso del termine, tanto nel caso di perdurante inerzia del concorrente, quanto nel caso in cui il medesimo effettui la produzione di una nuova dichiarazione ancora viziata. Al contempo il potere di soccorso istruttorio diventerà superfluo per mancanze, incompletezze o irregolarità inessenziali per le quali la stazione appaltante non dovrà richiedere la regolarizzazione.

Alla luce di quanto esposto può affermarsi che essendo stata superata la distinzione fra integrazione del documento e produzione di un documento nuovo, discriminata finora considerato fondamentale per l'esercizio del potere di soccorso, quest'ultimo rappresenta ormai la regola e non più l'eccezione.

Come visto nel precedente paragrafo, il soccorso istruttorio non è limitato alla documentazione relativa ai requisiti di partecipazione di cui agli artt. da 38 a 45 del Codice ma a tutta la documentazione da produrre in gara. Infatti per l'art. 38, comma 2-bis le carenze documentali possono riguardare non solo le dichiarazioni ma anche gli elementi, mentre l'art. 46, comma 1-ter 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".

La nuova concezione dell'istituto impone che le stazioni appaltanti esercitino il potere dovere di soccorso istruttorio nella piena applicazione del principio di *favor participationis*, inteso quale strumento per realizzare ad un tempo tanto l'interesse privato a partecipare alla gara, quanto l'interesse pubblico ad addivenire all'aggiudicazione previo scrutinio del più ampio esame di offerte possibili.

La massima partecipazione viene dunque garantita mediante il divieto gravante sulle amministrazioni aggiudicatrici, di addivenire ad esclusioni, giustificate per imperfezioni solo formali delle offerte presentate.

Tuttavia deve qui analizzarsi la sussistenza di irregolarità che non rientrino fra quelle sanabili, pur non essendo non essenziali. Ci si chiede infatti se permane ancora, con riferimento ad alcune carenze il potere escludente immediato della Stazione Appaltante<sup>22</sup>.

Detto interrogativo non appare pretestuoso, sol se si consideri che la novella legislativa non ha modificato il comma 1 bis dell'art. 46 del codice disciplinante l'esclusione dei concorrenti dalle gare.

Se è vero quanto affermato in precedenza, e cioè che l'art. 46 c. 1 bis, laddove la fattispecie concreta riguardi le dichiarazioni sui requisiti generali e tecnico-economici, non comporterà più l'esclusione immediata ed automatica del concorrente in difetto, bensì la richiesta di integrazione da parte dell'ente appaltante (con contestuale irrogazione della sanzione) e che perciò anche l'inadempimento di prescrizioni doverose pare oggi, in linea di principio, sanabile, quanto meno attraverso una richiesta di regolarizzazione, tuttavia ci si domanda se i casi indicati nella seconda parte dell'articolo 46 comma 1 bis (difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero 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) diano luogo o meno a fattispecie di irregolarità non sanabili.

Sul punto sono sorti due contrapposti orientamenti.

Secondo il primo<sup>23</sup> resta ferma l'esclusione immediata per le manchevolezze contemplate nella seconda parte dell'art. 46 comma 1 bis, cioè tutte quelle relative all'offerta economica. Così

---

<sup>22</sup>Cfr. P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2014, per il quale "A meno di non ipotizzare che le cause di esclusione cui fa riferimento l'art. 46, comma 1-bis, siano state implicitamente abrogate dalla norma sopravvenuta introdotta nell'art. 46, comma 1-ter -ma sarebbe alquanto singolare ipotizzare che il legislatore lasci in uno stesso articolo due norme antinomiche -, bisogna ritenere che la sanabilità di qualsivoglia errata od omessa produzione documentale non sia concettualmente compatibile con il potere/dovere dell'amministrazione di estromettere dalla gara i concorrenti nei casi sopradescritti. D'altra parte, sarebbe troppo semplicistico ipotizzare che tutte le cause di esclusione rispondano ad un formalismo fine a se stesso e non invece ad esigenze connaturate al concetto di gara: in questa logica, è molto dubbio che la sanabilità generale delle irregolarità - per quanto in ipotesi espressione del principio del favor participationis - possa risultare compatibile con l'altro principio cardine delle procedure selettive, vale a dire la par condicio fra i concorrenti (a sua volta, espressione dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione)".

il soccorso istruttorio dovrà essere precluso qualora sia necessario per sopperire alla mancanza di un requisito al momento fissato dalla *lex specialis* quale termine perentorio per la presentazione della domanda di partecipazione<sup>24</sup>, ovvero per supplire a carenze dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando in ossequio al principio dell'inalterabilità dell'offerta, pena la violazione della *par condicio*<sup>25</sup>.

In questo senso si è espressa l'Anac<sup>26</sup> affermando che “*la nuova disciplina del soccorso istruttorio in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda*”. In altri termini, “*l'istituto in parola non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente – che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni – alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente*”. Ciò vale anzitutto per l'oggettiva carenza dei requisiti generali e speciali, già risultanti dalle dichiarazioni dei concorrenti. In altri termini, mentre il requisito “sostanziale” di partecipazione deve essere posseduto entro i termini di presentazione dell'offerta, è ora consentito integrare o completare

---

<sup>23</sup>Cfr. F. ROMANENGI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it); R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2014; A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo i decreti spending review 3, Semplificazione PA e Sblocca Italia*, Santarcangelo di Romagna, 2014 .

<sup>24</sup>In questo senso S. USAI, *Il nuovo soccorso istruttorio previsto dal d.l. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014*, in [www.oggipa.it](http://www.oggipa.it)

<sup>25</sup>Deve qui darsi conto della circostanza che anche secondo la Corte giust., sez. IV, 29 giugno 2012, C-599/10, ai sensi dell'art. 2 dir. 2004/18 le modifiche postume relative all'offerta sebbene in linea di principio non vietate, non possono essere consentite qualora siano tali da comportare in realtà la proposta di una nuova offerta.

<sup>26</sup>Cfr. ANAC, Determinazione n.1 dell' 08 gennaio 2015. *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art.38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.16*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

*una carente rappresentazione documentale-formale del medesimo requisito (sostanzialmente posseduto nei termini)*<sup>27</sup>.

L'Anac include poi tra le irregolarità insanabili la mancanza di sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli artt. 73 e 74 del codice, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina<sup>28</sup>. Tale sottoscrizione, secondo l'Autorità *“costituisce, infatti, un elemento essenziale avendo come funzione quella di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del*

---

<sup>27</sup>In particolare, con riferimento al peculiare istituto dell'avvalimento, l'ANAC osserva: *“La mancata dichiarazione di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento, in carenza dei requisiti auto dichiarati, si appalesa come insuscettibile di regolarizzazione, poiché afferisce al possesso del requisito alla scadenza del termine perentorio di presentazione dell'offerta, mentre la nuova disciplina del soccorso istruttorio dispiega la sua forza espansiva circa la possibilità di integrazione delle dichiarazioni sostitutive (omesse o incomplete) dell'impresa ausiliaria e dell'impresa concorrente e pure del contratto di avvalimento, atteso che esso pare atteggiarsi quale “elemento” suscettibile di produzione ex post ovvero di specificazione al fine di conseguire quel grado di analiticità, nella individuazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria, come richiesto dall'art. 88 d.P.R. 207/2010. Parimenti, la mancata dichiarazione di voler ricorrere al subappalto necessario ai fini di qualificazione, rilevando sul possesso dei requisiti di partecipazione, pare insanabile, mentre l'eventuale omessa dichiarazione di subappalto facoltativo incide non sull'ammissione alla gara bensì solo sull'autorizzazione ex art. 118 codice, che non potrà essere rilasciata. Merita adesione anche la insanabilità di un sopralluogo, strumentalmente necessario per la corretta formulazione dell'offerta, non effettuato entro il termine di presentazione dell'offerta, sia avuto riguardo alla dichiarazione ex art. 106, comma 2, d.P.R. 207/2010 per gli appalti di lavori, sia al sopralluogo previsto quale “elemento essenziale” negli appalti di servizi e forniture ove la presa visione dello stato di fatto esistente si attegga quale elemento indefettibile per una corretta elaborazione dell'offerta tecnico-economica. Diversamente, la mancata o irregolare allegazione della dichiarazione (negoziale) di cui al citato art. 106, comma 2, del regolamento – ove il concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo – può essere sanata. Al punto di considerare il mero attestato di sopralluogo rilasciato dal funzionario della stazione appaltante documento “non indispensabile” in quanto l'adempimento risulta in ogni caso dai verbali della stazione appaltante, e come tale da qualificare in termini di mera “irregolarità non essenziale”.*

<sup>28</sup>Sul punto si veda M. ALESIO, *Attenzione, non tutti gli errori formali dei documenti di gara sono sanabili*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 9, 2004.

*contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa. La mancanza della sottoscrizione (o l'impossibilità di attribuirla ad un soggetto specifico, ad esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) inficia, infatti, la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione, determinando la nullità delle stesse (e la conseguente irricevibilità); l'apposizione della sottoscrizione è funzionale, infatti, al corretto svolgimento delle operazioni di gara ed al corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza, dipendendo dalla stessa l'esistenza stessa dell'offerta presentata. Si conferma, dunque, al riguardo, che l'insanabilità della mancata sottoscrizione attiene sia all'offerta economica sia all'offerta tecnica, anche in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione nella lex specialis e che in caso di RTI costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti a un raggruppamento temporaneo”.*

Taluno, pur concordando sulla necessità di escludere i concorrenti in caso di violazione della segretezza delle offerte, ovvero in caso di oggettiva carenza di un requisito sostanziale alla data della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, ammette la possibilità di consentire la regolarizzazione con riferimento ad altre ipotesi tenuto conto della *ratio* sottesa all'impianto normativo dell'art. 39 del d.l. 90/2014. In particolare, con riferimento alla mancanza di sottoscrizione si è osservato che questa, lungi dal rappresentare una mancanza di volontà da parte del concorrente ad assumere gli impegni contenuti nella domanda di partecipazione, può considerarsi più propriamente una mera disattenzione o errore materiale<sup>29</sup>.

Ciò poiché nessun operatore economico dopo aver sostenuto costi anche significativi per la partecipazione alla gara, correrebbe il rischio dell'escussione della cauzione, della segnalazione all'ANAC e dell'irrogazione delle relative sanzioni, omettendo deliberatamente di apporre la sottoscrizione alla domanda<sup>30</sup>.

Analogamente è stata ritenuta ammissibile e doverosa l'integrazione con sanzione, oltre che nel caso di radicale assenza, anche nell'ipotesi di dichiarazioni prive di sottoscrizione, prive

---

<sup>29</sup> A. MASSARI, *I limiti del nuovo soccorso istruttorio* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

<sup>30</sup> Al fine di coniugare detto tipo di regolarizzazioni con il rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio*, si è proposto di inserire una apposita clausola nella lex specialis resa nota a tutti i concorrenti, con la quale stabilire la convocazione in seduta pubblica del legale rappresentante per fornire chiarimenti in ordine alla mancata sottoscrizione dell'offerta e per apporre la firma sull'offerta medesima, con verbalizzazione di tutte le operazioni compiute. Cfr. A. MASSARI, *I limiti del nuovo soccorso istruttorio* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

dell'allegazione di un documento di identità del sottoscrittore<sup>31</sup>; prive di una delle condizioni da attestare; che presentino clausole dubitative (ad esempio "per quanto a mia conoscenza" et similia), ove concernenti la posizione del dichiarante. Mentre si ritengono invece, regolarizzabili (senza sanzione), le ipotesi di assenza della data, di allegazione di un documento di identità scaduto, di assenza di sigle su tutte le pagine di una dichiarazione resa su più fogli privi di un timbro di congiunzione (purché sia sottoscritta l'ultima), di produzione di una fotocopia della dichiarazione.

Deve segnalarsi che l'interpretazione per la quale sarebbero esistenti delle irregolarità radicalmente insanabili si pone idealmente in contrasto con quanto affermato dall'Adunanza plenaria, la quale ha ritenuto che la nuova disciplina configurasse *"l'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante"*, sottolineando la *"chiara volontà del legislatore di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale"*<sup>32</sup>

Vi è infine unanimità di vedute circa l'impossibilità regolarizzare una dichiarazione mendace, in relazione alla quale si evidenzia la stretta connessione con l'art. 75 del d.p.r. n. 445/2000, che dispone la decadenza del dichiarante dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>Cfr. T.A.R. Napoli (Campania) sez. I, 09 gennaio 2015, n. 97 in Redazione Giuffrè amministrativo 2015 *"Un'interpretazione della lex specialis che sanziona con l'esclusione dalla gara d'appalto la mancata produzione della fotocopia del documento di identità del sottoscrittore della dichiarazione sostitutiva, non sfugge alla declaratoria di nullità, ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, d.lg. n. 163 del 2006 (comma inserito dall'art. 4 comma 2, lett. d, d.l. 13 maggio 2011 n. 70) per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione oltre che di quelle di proporzionalità e di ragionevolezza, atteso che la detta circostanza non è idonea ad ingenerare un caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta per difetto di un elemento essenziale della stessa. Pertanto, ai fini della partecipazione alla gara, la produzione della copia fotostatica di un documento scaduto non determina l'esclusione dalla procedura, trattandosi di mera irregolarità suscettibile di regolarizzazione."*

<sup>32</sup>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2014, n.16. Per un commento si rimanda a L. De Pauli, La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive, in Urbanistica e Appalti fasc.12, 2014.

<sup>33</sup>Cfr. in giurisprudenza, T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 6 febbraio 2015, n. 201



Peraltro, a fonte della presentazione di una falsa dichiarazione o di falsa documentazione, ai sensi dell'art. 38 comma 1-ter, *“la stazione appaltante ne dà segnalazione all’Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l’iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

Quanto alle irregolarità non essenziali si rileva che le medesime fuoriescono dal perimetro del soccorso istruttorio, rendendo superflua la regolarizzazione e inammissibili tanto l'esclusione quanto l'irrogazione della sanzione pecuniaria.

La categoria delle irregolarità non essenziali era stata già ipotizzata dalla giurisprudenza: in una recente pronuncia il Consiglio di Stato aveva escluso la necessità di esercitare il soccorso istruttorio a fronte di una dichiarazione erronea facilmente emendabile dalla stessa pubblica amministrazione, senza che vi fosse la necessità di interpellare il concorrente stabilendo che in detto caso non si configura alcun errore insanabile.<sup>34</sup>

Sul punto tuttavia appare interessante l'osservazione di certa dottrina che si domanda per quale ragione dovrebbe richiedersi ai partecipanti una dichiarazione che in caso di mancata produzione verrà giudicata non indispensabile<sup>35</sup>.

#### **4. Il sub procedimento di regolarizzazione e integrazione; il termine massimo, l'ammissione e l'esclusione definitiva.**

Con riferimento al procedimento di regolarizzazione la dottrina si è interrogata circa il momento in cui la stazione appaltante debba invitare i concorrenti inadempienti a sanare la documentazione presentata.

Ad avviso di alcuni<sup>36</sup> la regolarizzazione potrà avvenire in una subfase all'interno procedimento di verifica della integrità dei plichi e documenti. Tuttavia si ritiene che nulla osti a

---

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725.

<sup>35</sup> Così S. LAZZINI, *Il “delirio” delle nuove disposizioni: breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell’articolo 38 con il comma 1 ter dell’articolo 46 del codice dei contratti*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

<sup>36</sup> R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); F. ARMENANTE, *La regolarizzazione postuma e sanzionata delle ca-*

che possa svolgersi quando si procede alla verifica del possesso dei requisiti a campione, ovvero alla verifica del possesso dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato (art. 48, codice appalti). Ancora, uno spazio potrebbe esserci nella fase di apertura dei plichi contenenti le offerte, e di esame delle offerte medesime e loro allegati. Anche qui, eventuali dichiarazioni di scienza mancanti, incomplete, irregolari, potrebbero essere sanate<sup>37</sup>.

Ciò del resto si pone in perfetto accordo con quanto stabilito dalla direttiva 2014/24/UE, la quale all'art. 56 stabilisce la libertà per le stazioni appaltanti *“di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64”*. Fermo restando l'obbligo per le amministrazioni che si avvalgono di tale possibilità di garantire che *“la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

Quanto al termine di dieci giorni stabilito per la regolarizzazione, il dato testuale della norma fa propendere per la sua perentorietà. A ciò si aggiunga che diversamente opinando verrebbe senza dubbio vulnerato il principio di celerità e speditezza dell'azione amministrativa<sup>38</sup>.

---

*renze essenziali nelle domande di partecipazione a gara, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), fasc.9-10, 2014; F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).**

<sup>37</sup> Contra F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), il quale ritiene indispensabile che l'apertura delle offerte debba avvenire soltanto dopo il controllo dei requisiti, e l'eventuale regolarizzazione, in modo che la graduatoria finale non venga inficiata da offerte di soggetti esclusi. In senso analogo C.G. GASPARUTTI, *Sulla asserita “semplificazione” degli oneri formali nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), che osserva come solo detta interpretazione sarebbe rispettosa di quanto statuito dal Consiglio di Stato con l'Adunanza Plenaria nr.16 del 2014, per la quale il soccorso istruttorio deve essere esercitato prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda.*

<sup>38</sup> Secondo F. ARMENANTE, *La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), fasc.9-10, 2014, “deve ritenersi pacifica la natura perentoria del termine di dieci giorni da assegnarsi per la produzione della docu-*

Per le stesse ragioni il concorrente dovrà poi essere irrimediabilmente escluso anche qualora al termine del procedimento di regolarizzazione si evidenzi una nuova carenza nella documentazione.

La norma tace circa l'ipotesi in cui il concorrente, pur provvedendo alla regolarizzazione richiesta, non corrisponda l'importo che la stazione appaltante ritenga dovuto a titolo di sanzione. E' stato autorevolmente suggerito di colmare la lacuna normativa facendo applicazione analogica della regola prevista per l'ipotesi di mancata regolarizzazione, la quale prevede l'obbligo di esclusione del concorrente che abbia omissso l'adempimento dovuto<sup>39</sup>.

Infine deve darsi conto della circostanza che qualora le carenze delle dichiarazioni (mancanza, incompletezza o irregolarità essenziali) non corrispondano a falso o mendacio, a seguito della mancata sanatoria da parte del concorrente non sussisterà in capo alla stazione appaltante l'onere di segnalazione all'Avcp e all'autorità giudiziaria<sup>40</sup>, come previsto dall'art. 38 comma 1-ter, e l'ente aggiudicatore dovrà limitarsi ad escludere l'impresa eventualmente applicando la sanzione prevista per la regolarizzazione (qualora si ritenga che questa sia dovuta anche in caso di mancata sanatoria).

## **5. Il regime sanzionatorio: questioni problematiche.**

La possibilità di regolarizzare le carenze documentali di tipo "essenziale" non è scevra da oneri. Infatti, come si è avuto modo di illustrare in precedenza, il concorrente sarà tenuto a corrispondere una 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 cinquantamila euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione.

---

*mentazione richiesta ad integrazione, alla stregua di quanto avviene nell'ambito dell'art. 48 del codice; difatti, le medesime esigenze di celerità, che sottendono la configurazione della natura perentoria del termine sancito da tale ultima disposizione in fase di c.d. "controllo a campione", devono ritenersi sussistenti anche nel caso prospettato dalla regolarizzazione dei documenti."*

<sup>39</sup>Cfr. G. CUMIN, *Sulla sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico autore di una domanda di partecipazione a gara pubblica incompleta per elementi non essenziali ex art. 39 del D.L. n.90/2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

<sup>40</sup>Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di "sanzioni" per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net).

La *ratio* della previsione di una pena pecuniaria è da ricercarsi nella necessità di sensibilizzare i partecipanti alla predisposizione della documentazione di gara con attenzione e perizia, onde evitare un eccessivo aggravamento e rallentamento delle operazioni del seggio di gara, tuttavia non è mancato chi ha avanzato la necessità di verificare la sostenibilità per gli operatori economici interessati degli inevitabili oneri economici aggiuntivi previsti dalla novella quantomeno al fine di verificare se la stessa di ponga in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale contenuto dal primo comma dell'art. 24 Cost<sup>41</sup>.

La norma stabilisce che, laddove il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante di integrazione della documentazione prodotta, lo stesso “è escluso dalla gara” senza chiarire se la sanzione debba essere applicata o meno anche nel caso di esclusione dalla gara per mancata integrazione documentale.

Ad avviso di alcuni la sanzione amministrativa in parola dovrà essere irrogata al concorrente, laddove l'inadempimento sia essenziale, a prescindere dal fatto che egli venga poi ammesso alla gara ovvero ne venga legittimamente escluso ed addirittura anche se si sia autoescluso rinunciando a riscontrare l'invito alla regolarizzazione della stazione appaltante<sup>42</sup>.

Ciò sulla scorta di una interpretazione strettamente letterale della norma, considerato che l'obbligo di pagamento non appare direttamente collegato alla facoltà, concessa al concorrente, di regolarizzare l'inadempimento. Inoltre si ritiene che la previsione che garantisce l'assolvimento dell'obbligo di pagamento con la cauzione provvisoria non avrebbe ragion d'essere se il pagamento della sanzione fosse dovuto solo ai fini della mancata esclusione dalla gara.

La stessa dottrina che ritiene preferibile l'interpretazione appena illustrata si domanda se una siffatta disposizione consenta effettivamente una semplificazione delle procedure di gara e non rischi di apportare ulteriori inutili appesantimenti alle medesime, fatto salvi gli introiti che deriveranno per le stazioni appaltanti.

---

<sup>41</sup>G. CUMIN, *Sulla sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico autore di una domanda di partecipazione a gara pubblica incompleta per elementi non essenziali ex art. 39 del D.L. n.90/2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

<sup>42</sup>Cfr. R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 15/2014, 13; F. ROMANENGI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it), F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014\**, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

Ad avviso di altri autori,<sup>43</sup> invece, la sanzione dovrà essere irrogata solo al concorrente che intenda regolarizzare la documentazione e proseguire la gara.

Altro profilo di criticità è rappresentato dall'ammontare della sanzione. Poiché infatti la disposizione individua fattispecie differenti di violazioni delle regole di gara (mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive), si appalesa necessario, in ossequio ai principi di proporzionalità e di gradualità delle sanzioni, una diversificazione delle somme dovute in relazione alla diversa gravità del tipo di infrazione compiuto.<sup>44</sup> Deve tuttavia darsi conto della circostanza che nei primi bandi di gara emanati dopo l'entrata in vigore della norma, è stata prevista una sanzione unica per tutte le differenti fattispecie di violazioni delle regole di gara<sup>45</sup>.

Come osservato da alcuni autori, la previsione di una garanzia per il pagamento della sanzione si pone in contraddizione con il divieto posto dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 205/2009 in cui si legge che *“sono vietate (...) le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative”*<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup>Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net).; F. ROMANENGI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it); F. ARMENANTE, *La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara*, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), fasc.9-10, 2014, ritiene che in questo caso la sanzione sarebbe sproporzionata.

<sup>44</sup>Cfr. P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

<sup>45</sup>Cfr. A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net).

<sup>46</sup>Cfr. A.N.C.E., DL 90/2014 *“Misure per l'efficienza della p.a. e degli uffici giudiziari”*. *Le novità introdotte in sede di conversione in legge*, in [www.un-industria.it](http://www.un-industria.it).; S. LAZZINI *Il “delirio” delle nuove disposizioni: breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell'articolo 38 con il comma 1 ter dell'articolo 46 del codice dei contratti*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it) (luglio 2014); C.G. GASPARUTTI, *Sulla asserita “semplificazione” degli oneri formali nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); S. LAZZINI, *Breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell'articolo 38 con comma 1 ter dell'articolo 46 del codice dei contratti*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

A prescindere da detto ostacolo, la disposizione non chiarisce se la garanzia richiesta coincida con quella prevista dall'art. 75 del Codice dei contratti pubblici o si tratti di una differente ed ulteriore. Sul punto pare doversi escludersi che si debba prestare una diversa cauzione a garanzia del pagamento della eventuale sanzione in aggiunta a quella di cui all'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006. La cauzione provvisoria richiesta è solo quella di cui all'art. 75 che oltre a garantire la Stazione Appaltante per la sottoscrizione del contratto, serve a tutelarla in merito alla veridicità o meno delle dichiarazioni prodotte in sede di gara.

Il dato normativo non osta a che la cauzione provvisoria garantisca altresì l'eventuale sanzione disposta dall'art. 38, comma 2-bis. Al fine di giustificare detta interpretazione si fa riferimento allo Schema Tipo di cauzione – Scheda 1.1, il quale recita *«Il Garante si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara.»* e si rileva come la previsione del comma 2-bis dell'art. 38 riguardi *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità”* di elementi o dichiarazioni essenziali, che possono a ragione essere inclusi nel *“mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara”*<sup>47</sup>.

E' stato però osservato come l'art. 75 assegni all'offerente e non alla Stazione Appaltante la possibilità di scegliere se prestare la medesima in forma di cauzione o fideiussione, così si ritiene opportuno che nel caso in cui l'impresa opti per la fideiussione si faccia menzione della garanzia specifica, pena il rischio, di aprire altri fronti di possibile contenzioso<sup>48</sup>.

Piuttosto deve rilevarsi che, aderendo a questa impostazione, in caso di procedura ristretta la previsione della cauzione a garanzia della sanzione, appaia inapplicabile. E' infatti notorio che nella fase di prequalifica i concorrenti non siano tenuti a presentare alcuna cauzione. Pertanto, in

---

<sup>47</sup> L'osservazione è apparsa su un documento di autore ignoto pubblicata dal Centro Studi Asmel sul sito [www.asmecomm.it](http://www.asmecomm.it), dal titolo *Soccorso istruttorio, cosa cambia dopo il d.l. 90/2014*.

<sup>48</sup> Sul punto A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net), rileva come molti enti aggiudicatori abbiano inteso la norma nel senso che la cauzione provvisoria debba essere incrementata di un valore pari a quello della garanzia per la sanzione, così determinando un maggior onere per i concorrenti. Nello stesso senso A.N.C.E., DL 90/2014 *“Misure per l'efficienza della p.a. e degli uffici giudiziari”*. *Le novità introdotte in sede di conversione in legge*, in [www.un-industria.it](http://www.un-industria.it).

caso di dichiarazioni o documentazione carente, l'obbligo di pagamento della sanzione verrebbe a non essere garantito da alcuna cauzione<sup>49</sup>.

Inoltre, poiché l'art. 39 D.L. 90/2014 stabilisce che la sanzione deve essere indicata nel bando di gara potrebbero quindi considerarsi escluse le procedure che non sono avviate con un bando, in particolare le procedure negoziate ex art. 57 D.Lgs. 163/06<sup>50</sup>.

La novella non è scevra da conseguenze economiche per le imprese, giacché le medesime saranno esposte al rischio di pagamento di somme che – a seconda del valore dell'appalto – saranno di entità non irrilevante<sup>51</sup>.

Il rischio è che una mancata predeterminazione delle irregolarità essenziali determini una mancata riduzione del contenzioso, ciò sulla scorta di una diversa interpretazione della gravità della carenza da parte dell'impresa rispetto a quella effettuata dalla stazione appaltante.

Detta circostanza rende indispensabile, come già detto in precedenza, che l'amministrazione indichi nel bando l'elenco delle violazioni sostanziali determinanti applicazione della sanzione.

## **6. Riflessi processuali.**

La previsione normativa che consente la sanatoria delle “irregolarità essenziali” delle dichiarazioni, pur non riguardando direttamente l'ambito delle cause di esclusione e il principio di tassatività, di fatto ridimensiona fortemente l'annoso problema circa l'individuazione delle cause determinanti l'espulsione del concorrente alla gara. Ciò poiché la conseguenza per l'irregolarità non è più costituita dalla definitiva eliminazione dell'impresa dalla procedura (fatta eccezione per i pochi casi di carenze non sanabili), bensì dall'eventuale applicazione di una sanzione pecuniaria, peraltro dovuta solo per i casi di carenze “essenziali”.

Ne discende che l'oggetto del contenzioso sui vizi delle dichiarazioni ed in generale della documentazione di gara in larga parte muterà. Il giudizio non riguarderà più la legittimità o

---

<sup>49</sup>Cfr. M. GENTILE, *Oneri formali in gara: la cura è peggiore del male?* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

<sup>50</sup>Cfr. F. ROMANENGI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it)

<sup>51</sup>Cfr. F. ROMANENGI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it), il quale osserva “Ad esempio, per un appalto di € 1.000.000, la sanzione potrebbe variare tra € 1.000 ed € 10.000, somma che andrebbe ad aggiungersi ai costi per la cauzione provvisoria, al contributo da versarsi all'ANAC, oltre alle spese per la preparazione dell'offerta”

meno dell'esclusione o l'ammissibilità del soccorso istruttorio, quanto principalmente la necessità o meno per la stazione appaltante di invitare il concorrente a sanare la carenza, e soprattutto l'irrogabilità o meno della pena pecuniaria.

Permarrà l'interesse a ricorrere tanto dal concorrente che è incorso nel vizio della dichiarazione, sia degli antagonisti del medesimo<sup>52</sup>. Il primo infatti ricorrerà all'autorità giudiziaria al fine di evitare l'esborso dovuto all'applicazione della sanzione, mentre i controinteressati sosterranno che la stazione appaltante ha consentito la regolarizzazione in caso di carenza insanabile.

E' da escludersi invece l'interesse dei concorrenti diligenti a lamentare il mancato pagamento della sanzione da parte dell'avversario inadempiente, giacché la circostanza non comporta alcuna diretta lesione delle posizioni giuridiche soggettiva delle altre imprese, salvo il caso in cui vi sia una oggettiva disparità di trattamento fra concorrenti ugualmente inadempienti. Infatti, è stato autorevolmente osservato che *“l'acquisizione dell'importo dovuto a titolo di sanzione, ed alla regolarizzazione della documentazione presentata dal partecipante alla gara pubblica in specifica considerazione: nel primo caso si è infatti dinnanzi ad un interesse (meramente) patrimoniale ed “egoistico” della stazione appaltante, che non si correla in alcun modo all'interesse generale alla cui tutela sono preordinate la regole di evidenza pubblica strumentali alla selezione di un operatore economico sufficientemente affidabile, cui commettere una prestazione di cose, servizi od opere destinate ad essere impiegate dal soggetto pubblico per lo svolgimento della propria missione istituzionale nei confronti degli amministrati”*<sup>53</sup>.

Questo tipo di contenzioso non avrà effetti sul corso delle procedure, essendo da escludersi la possibilità per il concorrente soggetto all'applicazione della sanzione di ottenere una sospensiva, per difetto del requisito del *periculum in mora*, salvo il ricorrere di particolarissime circostanze che possano far ritenere configurato il predetto presupposto.

Tuttavia vi è il rischio che l'intento deflattivo del processo amministrativo non venga realizzato. Ciò poiché appare verosimile che le stazioni appaltanti, cui oggi compete

---

<sup>52</sup>Cfr. R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15/2014 ; F. ROMANENGHI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it)

<sup>53</sup>G. CUMIN, *Sulla sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico autore di una domanda di partecipazione a gara pubblica incompleta per elementi non essenziali ex art. 39 del D.L. n.90/2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).



l'individuazione delle irregolarità essenziali, tendano ad applicare la sanzione pecuniaria ad ogni eventuale omissioni di cui si renderanno responsabili le imprese, e ciò al fine di "fare cassa". Come già detto, dunque, appare indispensabile delineare con certezza il perimetro delle violazioni essenziali per il diretto rapporto sussistente fra le medesime e l'irrogazione della sanzione pecuniaria. Ciò appare indispensabile anche per garantire il rispetto dei principi di legalità e prevedibilità che governano l'irrogazione di sanzioni amministrative<sup>54</sup>.

Infine, è stato suggerito che, per evitare che vengano adottate pronunzie che si limitino a dire che la stazione appaltante deve invitare il concorrente a regolarizzare, salvo poi escluderlo se non regolarizza, appare opportuno che il giudice assegni, in un termine alla p.a. per invitare il concorrente a regolarizzare e verificare il corretto adempimento da parte del concorrente medesimo. Successivamente il giudice riscontrerà la cessazione della materia del contendere, ovvero se il ricorrente intenda presentare motivi aggiunti<sup>55</sup>.

Ci si chiede inoltre quale sarà l'ampiezza del sindacato giurisdizionale essendo possibili due diverse opzioni: il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi solo su vizi procedimentali oppure potrebbe valutare, in luogo della stazione appaltante, la documentazione da cui risulta l'omissione o l'irregolarità. Sul punto non paiono essere ancora state pubblicate analisi critiche.

## **7. Considerazioni critiche**

Si è mostrato come il maggior punto di criticità relativo alla cause di esclusione nel diritto interno sia consistito dapprima nell'uso eccessivo della discrezionalità conferita alle stazioni appaltanti nell'individuazione delle regole formali previste per la partecipazione alle pubbliche gare, ed in seguito nell'assenza di indicazioni precise da parte del legislatore volte a delimitare le inadempienze escludenti. Si è detto che le pubbliche amministrazioni introducevano le più svariate clausole a pena di esclusione (che, oltretutto, se non espressamente impugnate in una con l'atto applicativo comportavano irrimediabilmente la legittimità dell'esclusione stessa) e che il d.l.70/2011 non è stato in grado di introdurre una disciplina idonea a limitare il forte contenzioso in materia, restando di fatto ancorato a un'idea di concorrenza differente rispetto a quella accolta nell'ordinamento comunitario.

---

<sup>54</sup> Cfr. P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

<sup>55</sup> R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

Non v'è dubbio che un eccesso di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nell'applicazione dei bandi determini il rischio di un aumento della corruzione; nondimeno si è dimostrato come un eccesso di formalismo sia foriero di ulteriori criticità. Al legislatore spetta coniugare la prevenzione della corruzione con la semplificazione amministrativa.

Oggi, a seguito dell'emanazione della novella esaminata, si può sostenere che la normativa nazionale nella tutela della concorrenza sia addirittura più incisiva rispetto a quella europea, laddove esplicitamente vieta che le stazioni appaltanti possano stabilire oneri formali a pena di esclusione ed al contempo consente la più ampia regolarizzazione documentale<sup>56</sup>.

In dottrina infatti si è ritenuto che la modifica legislativa persegua la strada del sostanzialismo in misura anche maggiore rispetto al diritto europeo dei contratti pubblici e alla sua giurisprudenza al punto che il diritto comunitario pare non costituire più lo strumento finalizzato a stimolare l'acquisizione di nuovi valori e correlative nuove impostazioni giuridiche nelle discipline normative interne da parte degli Stati membri dell'UE così com'è stato finora, ma sembra piuttosto rappresentare il limite minimo di tutela degli operatori economici che gli Stati devono garantire, limite che può essere superato verso l'alto, ossia verso una maggior tutela della effettiva concorrenza<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)*, nota a Corte di Giustizia, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2015.

<sup>57</sup> Cfr. P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)*, (nota a Corte di Giustizia, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2015.

In proposito si sottolinea che la direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, par. 4, lett. h), prevede la possibilità per la Stazione appaltante di escludere l'operatore economico che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, *non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'art. 59*. Ed in tema di soccorso istruttorio stabilisce, all'art. 56 par. 3, che *"se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere [...] agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza"*. Per un approfondimento relativo alle novelle direttive, non ancora recepiti-

A seguito delle riforme del Codice dei contratti pubblici, ai fini della scelta del contraente diviene dirimente, oltre al “merito” dell’offerta, la reale sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese partecipanti alla gara, e non più la mera correttezza formale della dichiarazione relativa al loro possesso, la quale indipendentemente dalla sua allegazione o completezza non comporterà l’esclusione dei concorrenti, ferma restando l’applicazione della sanzione.

La nuova disciplina evidenzia un mutamento in ordine al modo di intendere il principio della *par condicio*, se confrontato con l’accezione tradizionale. Pare infatti di poter affermare che la parità di trattamento coincida in toto con il *favor participationis*, nel senso che ciascun operatore economico, effettivamente in possesso dei requisiti, deve poter essere ammesso alla gara (essendo così realizzato il principio della massima concorrenza), a prescindere dalla conformità della relativa dichiarazione al modello legale<sup>58</sup>.

Ad avviso di alcuni autori<sup>59</sup> nell’attuale fase di evoluzione della disciplina nazionale e comunitaria in tema di appalti pubblici, anche nell’ambito del diritto interno gli interessi privati connessi allo svolgimento delle gare facenti capo agli imprenditori, tutelati nella loro libertà di iniziativa economica, hanno ormai assunto carattere pubblico. Sotto questo profilo non vi sarebbe dunque distinzione tra la P.A. che gestisce la gara ed esercita il potere di scelta ed i destinatari dell’esercizio del potere: gli interessi facenti capo ad entrambi detti soggetti sono tutti tutelati pubblici e in via primaria dalle norme di legge.

---

te nell’ordinamento italiano, si rimanda a : C. RANGONE, *Analogie e differenze tra nuova e vecchia disciplina europea degli appalti pubblici nei settori classici*. Testo della relazione presentata al Convegno “2014: l’anno delle direttive” organizzato da IGI - Istituto Grandi Infrastrutture in Roma il 23 gennaio 2014, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it); C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l’aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 12, 2014; V. CAPUZZA, *I requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, Relazione presentata al Convegno “Contratti pubblici: inizia il viaggio all’interno delle direttive” organizzato da IGI - Istituto Grandi Infrastrutture in Roma il 6 maggio 2014, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it); R. CARANTA e D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2014; C. E. GALLO, (a cura di) *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, TORINO, 2014.

<sup>58</sup> Cfr. P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente"*, (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2014, n.2214, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8-9, 2014.

<sup>59</sup> E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro Amm. TAR*, fasc.9, 2004.

Tuttavia le considerazioni fin qui svolte inducono a valutare con prudenza l'idea che il rigido rispetto delle forme che da sempre caratterizza le gare di appalto, sia ormai definitivamente superato: ciò per la circostanza che la novella legislativa non ha eliminato completamente la categoria degli errori non sanabili, sebbene oggi la p.a. che intenda escludere un concorrente sia tenuta a motivare non solo in ordine alla carenza documentale riscontrata, ma altresì con riferimento al motivo che induce a ritenere non sanabile detta inadempienza.<sup>60</sup>

Allo stesso tempo deve darsi conto della circostanza che per quanto non totalmente pretermesso, il rigore formale negli atti di gara ha subito una innegabile attenuazione per effetto della nuova ampiezza applicativa acquisita dall'istituto del soccorso istruttorio.

Precorrendo l'attuazione dell'*art. 56 della direttiva 2014/24/UE* si è superato l'orientamento giurisprudenziale che ammette la regolarizzazione, ma non l'integrazione documentale di cui si è dato atto in precedenza: attualmente, il discrimine riguarda la mancanza della dichiarazione o essenzialità degli elementi di cui essa risulta carente e la non essenzialità degli stessi, così che nel primo caso, sarà sempre ammessa la produzione o l'integrazione documentale, pur a seguito del pagamento della sanzione pecuniaria irrogata dall'amministrazione, mentre, nel secondo caso, nemmeno si procederà alla regolarizzazione<sup>61</sup>.

Allo stesso tempo – mediante l'introduzione della sanzione per le carenze documentali - la norma preserva il principio della celerità e della speditezza del procedimento in capo alla stazione appaltante, introducendo un elemento idoneo a fungere da stimolo nei confronti degli operatori economici, che saranno così indotti a porre la giusta attenzione nella redazione delle domande di partecipazione e nell'allegazione della correlativa pena la soggezione ad un esborso economico non irrilevante.

Sono, peraltro, da evidenziare taluni aspetti critici di cui si è già fatto cenno in precedenza: in particolare con riferimento alla determinazione dell'essenzialità delle carenze documentali, la quale non è stata compiutamente delineata dalla norma. Per questo motivo si ribadisce la necessità che la pubblica amministrazione rediga il bando nel massimo rispetto del principio

---

<sup>60</sup> Cfr. P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2014.

<sup>61</sup> Cfr. P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente"*, (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2014, n.2214, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8-9, 2014.

della trasparenza: giacché una formulazione oscura delle disposizioni in esso contenute determinerà la non imputabilità al concorrente dell'inadempienza<sup>62</sup>.

Taluno<sup>63</sup> ha correttamente paventato il sorgere di un vero e proprio mercato delle esclusioni, con innegabile vantaggio per le imprese maggiormente in grado di sostenere gli accresciuti oneri economici derivanti dalle nuove disposizioni.

Ad avviso di chi scrive la svolta sostanzialistica operata dal legislatore non può che essere considerata favorevolmente, specie alla luce della circostanza che il diritto amministrativo ha già da tempo imboccato un doveroso percorso antiformalistico, inaugurato con la L. 15/2005, per mezzo della quale è stato consacrato il principio della dequotazione dei vizi formali del provvedimento amministrativo, precedentemente teorizzato dalla giurisprudenza e sicuramente influenzato anche dall'esempio europeo.

Il diritto dell'Unione Europea differisce tradizionalmente dal diritto interno quanto a tutela delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai privati nello "scontro" col potere pubblico, e per la normativa comunitaria l'interesse dei singoli alla concorrenza assurge esso stesso ad interesse pubblico. Negli anni l'avvicinamento fra i due ordinamenti è stato favorito anche dall'importante opera interpretativa della Corte di Giustizia, per mezzo dello strumento del rinvio pregiudiziale. In particolare, guidate dagli esiti interpretativi della Corte di Lussemburgo, le autorità nazionali modificano in senso meno rigoroso il proprio agire con riferimento alle posizioni tutelate dal Trattato Europeo<sup>64</sup>.

Nondimeno c'è da domandarsi se nella materia oggetto della presente trattazione la spinta propulsiva al cambiamento sia stata data realmente dall'influenza del diritto comunitario sul diritto interno, ovvero se – a prescindere dai proclami di principio contenuti nelle relazioni accompagnatorie ai d.l. - invece abbia giocato un ruolo primario la volontà di riduzione del contenzioso, per esigenze dettate dalla crescente difficoltà a mantenere entro i vincoli di bilancio la spesa pubblica.

---

<sup>62</sup> S. FOÀ, *Novità in materia di contratti pubblici, semplificazioni sostanziali e processuali e direttive europee*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, fasc. 3, 2015.

<sup>63</sup> G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L.90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il Nuovo diritto amministrativo*, fasc. 4, 2014.

<sup>64</sup> G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Eurilink, Roma, 2012, pag. 216 e ss.

Del resto non può ignorarsi che la giurisprudenza italiana (come illustrato nel capitolo precedente) ha mostrato in larga parte una certa ritrosia nell'adeguarsi completamente al modo di intendere il principio di *par condicio* secondo la prospettiva europea e che l'utilizzo del principio di proporzionalità nello scrutinio sulla legittimità dei provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti con riferimento alle esclusioni dei candidati, è sempre stato meno rigoroso rispetto ad altri settori del diritto amministrativo.

Autorevole dottrina<sup>65</sup> ha poi rilevato come l'attuale congiuntura economica abbia avuto un ruolo nel determinare un'inversione di tendenza, *“una sorta di ritorno della già annotata cd. concezione contabilistica,” da intendersi alla stregua di strumento non più solo finalizzato a proteggere gli enti pubblici dai fenomeni collusivi e corruttivi, ma anche funzionale a prevenire il rischio di una scorretta gestione delle finanze pubbliche. In altri termini, in tempi di crisi economica, il confronto concorrenziale è canone di sana gestione finanziaria, in quanto consente il reperimento del migliore contraente che, nella logica (preminente) del risparmio dell'erario e degli altri bilanci pubblici, coincide con l'impresa/il soggetto che pratica il miglior prezzo”* Tale *“ritorno al passato”*, poi, non pare essere prerogativa della legislazione nazionale: *le stesse nuove direttive, di recente approvate, sembrano, per certi aspetti, convergere verso una sorta di favor administrationis (talora condivisibile) sin qui inedito, anche se numerosi sono i dubbi circa l'effettività di tale nuovo corso”*.

Inoltre deve essere tenuta in debito conto la circostanza che già da tempo, e non solo nell'ambito del diritto amministrativo, il legislatore italiano consapevole dell'enorme mole di contenzioso pendente e della lunghezza eccessiva dei giudizi, entrambi conseguenze dalla scarsità di risorse in rapporto al numero di procedimenti aperti, ha intrapreso un'opera di riforma non sempre perspicua finalizzata alla deflazione del contenzioso.

Le misure intraprese hanno spesso avuto come risultato un più difficile accesso alla tutela giurisdizionale. Si citano qui, con riferimento al diritto processuale civile, l'obbligo di mediazione come condizione di procedibilità e l'obbligo di ricorrere alla negoziazione assistita, che costringono il privato all'esperimento di procedure stragiudiziali non prive di costi prima di poter adire l'autorità giudiziaria, il cd. filtro in appello, che nega il secondo grado di giudizio all'appellante la cui impugnazione non appaia ad un sommario e preventivo esame meritevole di accoglimento.

---

<sup>65</sup>P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali ( Belgio, Francia, Italia)*, nota a Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13 in Urbanistica e Appalti, fasc. 2, 2015.

L'idea che il ricorso alla tutela giurisdizionale da parte del cittadino sia causa del rallentamento dell'azione della pubblica amministrazione è del resto stata palesata dall'esecutivo in carica, il cui premier, durante il proprio discorso di insediamento, ha addirittura sostenuto la necessità dell'abolizione della sospensiva nel processo amministrativo, considerata uno strumento atto ad impedire il celere svolgimento dell'attività delle pubbliche amministrazioni.

Sul punto la novella per il tramite dell'art. 40, comma 1 lett. b, si è "limitata" a subordinare l'efficacia delle misure cautelari eventualmente concesse nella materia dei pubblici appalti, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, la cui dazione potrà essere esclusa soltanto a fronte di gravi ed eccezionali ragioni di cui il collegio deve dare specifico conto nell'ordinanza che dispone la cautela.

Non deve dimenticarsi del resto che nel rito degli appalti vige l'obbligo di versamento di un contributo unificato di importo elevatissimo che non ha altra funzione se non quella di scoraggiare l'accesso alla tutela giurisdizionale, tanto che la norma è stata oggetto di rinvio alla Corte di Giustizia<sup>66</sup>.

La disposizione sulla dequotazione dei vizi formali è stata inserita non a caso nel IV titolo del dl 90/2014, rubricato "Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione

---

<sup>66</sup> Cfr. l'ordinanza T.A.R. Trentino – Alto Adige – Trento, sez. I, 29 gennaio 2014, n. 23, per la quale sussistono “*le condizioni per rimettere all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di corretta interpretazione della normativa interna in rapporto a quella comunitaria sovraordinata, al fine di valutare se i principi fissati dalla Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/CEE e successive modifiche ed integrazioni, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 13 comma 1 bis, 1 quater, e 6 bis, 14 comma 3 ter, d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (come progressivamente novellato dagli interventi legislativi successivi) che hanno stabilito elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici.*” Sin senso critico con riferimento al fenomeno della progressiva riduzione della possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale si veda P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

del processo civile telematico” ed è peraltro accompagnata ad altre ed ulteriori norme dal contenuto emblematico<sup>67</sup>.

Si cita in particolare l'art. 41 del d.l., esaurientemente rubricato “Misure per il contrasto all'abuso del processo”, il quale inasprisce la misura della sanzione pecuniaria che il giudice deve irrogare a carico del soccombente quando questo ha agito o resistito temerariamente in giudizio, elevandola fino all'uno per cento del valore del contratto, se superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio.

Non può inoltre non tenersi conto dell'ultima parte del nuovo art. 38 comma 2 bis, a mente del quale “*Ogni variazione che intervenga, anche inconseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”, che equivale a sancire in molti casi l'inutilità del ricorso giurisdizionale per i partecipanti alla gara che ritengano illegittimamente ammesso alla regolarizzazione un concorrente<sup>68</sup>.

Pur senza sminuire i pregi della riforma, si dubita dunque che la disciplina della dequotazione dei vizi formali nel sistema degli appalti pubblici sia intervenuta a seguito di una reale e consapevole evoluzione del modo di intendere il rapporto pubblica amministrazione – cittadino, influenzata dall'assetto comunitario. Sembra piuttosto che il legislatore abbia considerato la rinuncia al rispetto delle regole formali quale "male minore" se rapportata all'incontrollabile ricorso all'autorità giurisdizionale dovuto al precedente assetto sulle cause di esclusione

---

<sup>67</sup> Cfr. M. A. SANDULLI, *Il D.L. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L.90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il Nuovo diritto amministrativo*, fasc. 4, 2014; M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

<sup>68</sup> S. USAI, *Il nuovo soccorso istruttorio previsto dal d.l. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014*, in [www.oggiipa.it](http://www.oggiipa.it) dubita della legittimità costituzionale di detta previsione, oltretutto della sua compatibilità con le stesse previsioni del Codice De Lise (art. 84).



## BIBLIOGRAFIA

M. ALESIO, *Attenzione, non tutti gli errori formali dei documenti di gara sono sanabili*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 9, 2004.

M. ALESIO, *Buona fede e moralità dei partecipanti nell'evidenza pubblica il cds per una nozione ampia di moralità professionale* in *Diritto e Giustizia*, fasc. 37, 2003.

M. ALESIO, *Tassatività delle cause di esclusione: i primi interventi giurisprudenziali*, in *La Gazzetta degli Enti Locali* 12/10/2011.

ANAC, *Determinazione n.1 dell' 08 gennaio 2015. Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art.38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.16*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

A.N.C.E., *DL 90/2014 Misure per l'efficienza della p.a. e degli uffici giudiziari*". Le novità introdotte in sede di conversione in legge, in [www.un-industria.it](http://www.un-industria.it).

F. APERIO BELLA, *Riflessioni sul requisito di "moralità professionale": vecchi dubbi e nuove soluzioni alla luce del "decreto sviluppo" n. 70 del 2011, convertito nella l. n. 106 del 2011*, in *Foro amm. TAR*, fasc.10, 2011.

F. ARMENANTE, *La regolarizzazione postuma e sanzionata delle carenze essenziali nelle domande di partecipazione a gara*, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), fasc.9-10, 2014.

M. ATELLI, *Commento all'art. 1*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011.

E. ATTILI, *Autodichiarazione dei requisiti di ordine generale e soccorso istruttorio tra oscillazioni giurisprudenziali e normative*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, fasc. 12, 2014.

A. AULETTA, *Contratti pubblici: tassatività delle clausole di esclusione e ordine di trattazione dei ricorsi. Ancora un intervento della Plenaria (nota a Consiglio Di Stato, Adunanza Plenaria -Sentenza 25 febbraio 2014, n.9)* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

AVCP, *Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010. Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

AVCP, *Documento di consultazione 2 agosto 2011. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro* in [www.avcp.it](http://www.avcp.it)

AVCP, *Determinazione n. 4 del 10 Ottobre 2012 BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

G. BARBERIS *L'interpretazione della lex specialis : il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali (nota a Cons. Stato Sez. III, 02 settembre 2013, n. 4364)* in *Giur. It.*, fasc. 2, 2014.

E. M. BARBIERI *Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche (nota a Consiglio di Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10; Consiglio di Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Consiglio di Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23)*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, fasc. 2, 2014.

A. BARBIERO, *Le novità in materia di “sanzioni” per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto*, in [www.albertobarbiero.net](http://www.albertobarbiero.net).

G. BARZAZI, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, fasc.1, 2012.

G. BASSI, M. GRECO, A. MASSARI, *Appalti e servizi pubblici dopo le recenti novità: dal decreto sviluppo al decreto semplificazioni*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012.

I. BATTISTINI, *Commento all' art. 74*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012.

L. BELLAGAMBA, *La clausola 'a pena d'esclusione' alla luce del principio di regolarizzazione*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it)

G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di) Riccardo Villata, Assago, 2014.

F. BERTINI, *Partecipazione alle gare e pregiudizi dei cessati dalle cariche: punti critici e ipotesi compositive*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2011.

G. BORGIA, *Evoluzione dell'art.46, la VI Sezione investe l'Adunanza Plenaria*, Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 novembre 2013, in <http://www.osservatorioappalti.unitn.it>

F. BOTTEON, *Il nuovo regime dell'esclusione dalle gare: "tanta" tassatività (ma poca chiarezza)* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

F. BOTTEON, *Tassatività delle cause di esclusione, clausole nulle e poteri della stazione appaltante*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 7, 2012.

C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo*, in [daitformazione.interno.it](http://daitformazione.interno.it).

A. BUSCEMA, *La giurisdizione della corte dei conti negli appalti pubblici: criticità ed evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro amm. TAR*, fasc.10, 2013.

M. CALABRÒ - M. R. SPASIANO, *Le capacità tecniche e professionali* in R. Garofoli - M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, Milano, 2005.

D. CAPOTORTO – M. NUNZIATA, *Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

G. CAPUTI, *Il soccorso istruttorio al vagli della Plenaria. "Una buona idea" ed una "chiara traiettoria"?* (nota a Consiglio di Stato, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681) in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

V. CAPUZZA, *Le esclusioni non codificate dal d. lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010*. Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 25 settembre 2012, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it)

V. CAPUZZA, *I requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, Relazione presentata al Convegno "Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive" organizzato da IGI - Istituto Grandi Infrastrutture in Roma il 6 maggio 2014, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it)

R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2014.

O. CARPARELLI, *Il favor participationis legittima l'uso del "bianchetto" nelle offerte?* (commento a Tar Campania - Salerno, sez. II - sentenza 9 ottobre 2013 n. 2028), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), n. 10/2013

O. CARPARELLI, *Principio della tassatività della cause di esclusione dalle gare* (commento a Consiglio Di Stato, sez. V - ordinanza 12 ottobre 2011 n. 4496), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Roma, 2014.

P. CAVARERO, F. RUSSO, *L'ultravigenza dell'attestazione soa scaduta in caso di richiesta tempestiva di rinnovo: verso un approccio di tipo sostanzialistico alla normativa in materia di appalti pubblici?* In *Giur. merito*, fasc.11, 2013.

M. CAVINO, *Il codice dei contratti pubblici. Principi e ambito applicativo* in M. Cavino, B. Mameli, I. Pagani (a cura di), *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Torino, 2011.

P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della "dignità umana"*, in *Foro amm. - T.A.R.*, fasc. 5, 2010.

P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2014.

D. CHINELLO, *Gare d'appalto e sanabilità dei documenti prodotti in sede di offerta*, (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 364, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it)).

P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008.

M. CHIOSSO, *Principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare e potere di soccorso della stazione appaltante: nuovi approdi della recente giurisprudenza*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 2, 2012.

G.P. CIRILLO, *Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso?* Relazione tenuta nell'ambito del convegno "Appalto Pubblico: chance di sviluppo efficiente", tenuto a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012.

R. CODEBÒ, *Irregolarità fiscale e violazioni tributarie definitivamente accertate* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 17 Gennaio 2013, n. 261) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2013.

R. CODEBÒ, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese* (nota a Consiglio Di Stato, sez. III, 18 febbraio 2012, n. 493) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 7, 2012.

S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, fasc. 5, 2012.

C. COMMANDATORE, *Il "falso innocuo" nelle gare per l'affidamento degli appalti pubblici* (nota alla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471), in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

F. CONIGLIO, *La tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di gara con specifico riferimento all'Istituto della garanzia a corredo dell'offerta e limiti all'esercizio del potere di soccorso delle Stazioni appaltanti* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

C. CONTESSA, *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la plenaria alla ricerca di equilibri* (Nota a Cons. Stato ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23) in *Giur. It.*, fasc. 5, 2014.

C. CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?* (Nota a Cons. Stato Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172) in *Giur. It.*, fasc. 10, 2011.

G. CREPALDI, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm. - C.d.S.*, fasc. 2, 2007.

O. CRISANTE, *Sulla rilevanza di eventuali omissioni dichiarative in rapporto al principio di tassatività delle cause di esclusione enunciato dall'art. 46 del Codice dei contratti pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 4, 2012.

S. CRISCI, *Il futuro dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

G. CUMIN, *Sulla sanzione pecuniaria a carico dell'operatore economico autore di una domanda di partecipazione a gara pubblica incompleta per elementi non essenziali ex art. 39 del D.L. n.90/2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

O. CUTAJAR, A. MASSARI, *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza : annotato con il regolamento e la prassi*, Santacangelo di Romagna, 2012.

M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2008.

L. D'ANGELO, *Esclusione dalla gara? Solo per cause tassative*, in [www.Altalex.it](http://www.Altalex.it)

G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II), fasc. 2, 2010.

F. DAL PIAZ, F. RUSSO, *Clausola del bando di gara sulla presentazione dell'offerta in busta sigillata e firmata sui lembi: giurisprudenza oscillante tra mero formalismo e adempimento sostanziale*, in Giur. Merito, fasc. 7-8, 2012.

F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. Mastragostino (a cura di) *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, 2014.

L. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura, potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in Foro Amministrativo (II) fasc. 9, 2014.

R. DE NICTOLIS *Le novità del D.L. 70/2011 Urbanistica e Appalti*, fasc. 9, 2011.

R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

R. DE NICTOLIS, C. ALTAVISTA, *Le offerte, le varianti in sede di offerta, le garanzie dell'offerta*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008.

L. DE PAULI, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, (nota a corte di cassazione, SS.UU., 17 febbraio 2012, n.2312) in *Urbanistica e Appalti* fasc.7, 2012.

L. DE PAULI, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.12, 2014.

B. DE ROSA, *La rigidità delle clausole di esclusione dalle gare per motivi esclusivamente formali*, In Riv. giur. edilizia, fasc. 4, 2002.

B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in Riv. giur. edilizia, fasc. 6, 2001

B. DE ROSA, *Disapplicazione del bando di gara: il consiglio di Stato riapre il dibattito?* In Dir. proc. amm., fasc. 4, 2011.

L. DEL PRETE, A. SALVATI, *Le esclusioni dagli appalti pubblici: strategie difensive*, Milano, Giuffrè, 2012.

G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

P. DELLA PORTA, *Tassatività delle cause di esclusione (tipiche o atipiche?) contenute nella legge di gara*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 1, 2012.

A. DI GIOVANNI, *L'applicazione dei principi comunitari alle procedure contrattuali*, xxv congresso UAE, La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo Pescara, 16-18 giugno 2011, in [www.uae.lu](http://www.uae.lu)

M. DIDONNA, *Commento agli artt. 41-42*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.

M. DIDONNA, *I procuratori ad negotia potrebbero essere "amministratori muniti di potere di rappresentanza": il non liquet della Plenaria* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23) in *Urbanistica e Appalti* fasc.1, 2014.

M. DIDONNA, *Institori, vice presidenti e procuratori speciali: gli incerti confini dell'obbligo di dichiarazione ex art. 38*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 11, 2012.

M. DIDONNA, *La Plenaria fa luce sugli obblighi dichiarativi del "socio di maggioranza"*, (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 6 novembre 2013, n. 24), in *Urbanistica e Appalti* fasc. 3, 2014.

S. FANTINI, *Le novità della spending review* in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2012.

M. FAVIERE, *Limiti alla discrezionalità amministrativa nella redazione degli atti di gara: le clausole di esclusione*, in [GiustAmm.it](http://GiustAmm.it)

E. FERESIN, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Milano, 2011.

I. FILIPPETTI, *La Plenaria scioglie i dubbi sulle dichiarazioni ex. art. 38 in caso di cessione di azienda* (nota a consiglio di Stato, Ad.Plen., 4 maggio 2012, n.10) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 8-9, 2012.

I. FILIPPETTI, *La tassatività delle cause di esclusione: la determinazione n. 4/2012 dell'AVCP e la successiva giurisprudenza sui requisiti generali dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. FOÀ, *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2014.

S. FOÀ, *Novità in materia di contratti pubblici, semplificazioni sostanziali e processuali e direttive europee*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2014, 3.

E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro Amm. TAR*, fasc. 9, 2004

M. FRANCAVILLA, *Al via il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara*, in *Il Corriere del Merito*, fasc. 4, 2012.

I. FRANCO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2014.

A. FREDA, *Qualche breve riflessione sul principio di proporzionalità* in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it)

E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, (nota a Cons. Stato Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123) in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 5, 2014.

D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. Renna - F. Saitta, Milano, 2012.

D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità* in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. Sandulli, Giuffré

D. GALLI, *Il sistema delle fonti, principi generali*, in D. Galli, D. Gentile, V. Paoletti Gualandi (a cura di), *Appalti pubblici*, Assago, 2015.

C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.

C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso* in C.E.Gallo (a cura di) *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014

C. E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici*, (nota a: Consiglio di Stato, 19 ottobre 2011, n.5619, sez. V) in *Foro Amm. CDS fasc.12*, 2011.

H. GARUZZO, *Commento all' 38. Requisiti di ordine generale*, in G.f. Ferrari, G. Morbidelli, (a cura di) *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2013.

H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in Aa.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, II, Milano, 2008.

C.G. GASPARUTTI, *Sulla asserita "semplificazione" degli oneri formali nella partecipazione a procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

M. GENTILE, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione: un'interpretazione poco "tassativa" del Consiglio di Stato*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

M. GENTILE, *Oneri formali in gara: la cura è peggiore del male?* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)



A. GIACALONE, *Commissioni di gara e deroghe al principio maggioritario* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2013), in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 1, 2014.

R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante* (nota a TAR Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012.

D. GIANNUZZI, R.MANNOCCHI, *Cause di esclusione: recenti pronunce e oscillazioni interpretative in ordine alla lettera c) dell'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti*. (Nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.1736 del 20 marzo 2009; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n.2364 del 20 aprile 2009; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, sentenza n. 3984 del 20 aprile 2009), in *Amministrativ@mente* nr.5/2009

B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n.163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm.*, fasc. 3, 2013.

G. GIOFFRÉ, *Le clausole del bando di gara – vero campo minato* in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com)

F. A. GIORDANENGO, *Sul principio di tassatività delle cause di esclusione*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 11, 2011.

F. A. GIORDANENGO, *Sull'utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n.31) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 5, 2012.

R. GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

M. GIOVANNELLI, *L'evoluzione del principio di evidenza pubblica* in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it).

M. GIOVANNELLI, *Partecipazione alle gare d'appalto e violazioni fiscali* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332) in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2013.

M. GIOVANNELLI, *Clausola del bando a pena di esclusione e regolamento complessivo della gara*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.12, 2003.

R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008.

R. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, (a cura di) R. Garofoli - M. A. Sandulli, Milano, 2005.

L. IEVA, *Le “falsità” amministrative irrilevanti nelle procedure di gara* (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4436), in *Urbanistica e Appalti*, fasc.11, 2010.

F. IORIO, *I requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici tra l'Adunanza Plenaria n.23/2013 e l'art. 39 della D.L. n. 90/2014 conv. in L. n. 114 del 2014* in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it)

C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 12, 2014.

P. LAZZARA, *Commento agli artt. 73-74*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.

S. LAZZINI, *Breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell'articolo 38 con comma 1 ter dell'articolo 46 del codice dei contratti*, in [Appaltiecontratti.it](http://Appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI *Il “delirio” delle nuove disposizioni: breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell'articolo 38 con il comma 1 ter dell'articolo 46 del codice dei contratti*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

S. LAZZINI *Stretti rapporti fra tassatività delle cause di esclusione e possibilità integrazioni ex post* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI, *Dovere di soccorso per garanzie provvisorie insufficienti o inadatte procure notarili* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato numero 9 del 25 febbraio 2014* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI, *Scontro fra titani sull'applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI, *Tassatività delle cause di esclusione e modalità di presentazione della cauzione provvisoria* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI *Gattopardina relazione fra tassatività delle cause di esclusione ed importo, insufficiente, della cauzione provvisoria* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

S. LAZZINI, *Tassatività delle cause di esclusione illogico escludere se la relazione introduttiva non è sottoscritta* in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it)

M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

P. LOTTI, *I contratti attivi della p.a. tra principi dell'evidenza pubblica e regole degli appalti* (nota a Cons. Stato Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4956) in *Urbanistica e appalti*, fasc.1, 2008.

M. LUCCA *Regolarizzazioni della documentazione in sede di gara*, in *La gazzetta degli enti locali* 24.05.2004

G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 10, 2010.

F. MANGANARO, *Esclusione dalle gare di appalto per violazioni tribuTARie definitivamente accertate* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. 20 agosto 2013, nr. 20) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 10, 2013.

F. MANGANARO, *La controversa interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare di appalti pubblici*. (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619) in *Giur. It*, fasc.7, 2012.

A. MANZI, *In attesa della Plenaria... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 12, 2013.

G. MARI, *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione* in *Foro amm. TAR*, fasc. 3, 2002.

G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, fasc. 1, 2011.

M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 /Ce*, (a cura di) R. Garofoli - M. A. Sandulli, Milano, 2005.

C. MARZETTA, *Commento all'art. 46*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.

A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo i decreti spending review 3, Semplificazione PA e Sblocca Italia*, Sant'arcangelo di Romagna, 2014 .

A. MASSARI, *I limiti del nuovo soccorso istruttorio* in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

A. MASSARI, *La nuova disciplina della esclusione dalle gare: riepilogo delle principali problematiche*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

E. MASTRODOMENICO, *Il dovere di soccorso istruttorio nei pubblici appalti: regolarizzazione e integrazione documentale*, in *Appalti & contratti: rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica*, fasc. 7, 2013.

A. MAURO, *Natura ed effetti dei Bandi Tipo*, in S. Gallo (a cura di) *Il precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'Avcp*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

F. MINNITI, M. MINNITI, *Enti, basta con la caccia all'errore nelle offerte presentate per le gare - arriva una sorta di "soglia di irrilevanza" del vizio formale* (nota a T.A.R. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n.326) in *Dir. e Giust.*, fasc.14, 2006.

M. MONTEDURO, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l'esclusione: il labile "discrimen" tra <<integrazione>> e <<modificazione>>* (nota a TAR Lombardia – Milano, sez. I, n. 6410 del 22 novembre 2007), in *Foro Amm TAR*, fasc. 12, 2007.

M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito VOL.* 18, N.O 1: (2009).

S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, (nota a Consiglio di Stato, 27 marzo 2009, n.1840, sez. V) in *Foro amm. CDS*, fasc. 10, 2009.

G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. Chiti - G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

C. MUCIO, *Indicazione degli oneri per la sicurezza negli appalti di lavori*, *Urbanistica e appalti*, fasc. 11, 2014.

C. MUCIO, *Superabilita' della clausola "a pena di esclusione"* in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 8, 2011.

G. F. NICODEMO, *Concessione di servizi: nuove regole per l'affidamento. Il new deal dell'Adunanza Plenaria* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13) in *Urbanistica e Appalti* fasc. 8-9, 2013

G. F. NICODEMO, *Sull'esclusione per "grave negligenza" quando e' commessa a danno di altre p.a.* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 149) in *Urbanistica e appalti*, fasc.5, 2013.

M. OCCHIENA, *Documenti e informazioni complementari*, in R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

I. PAGANI, *I parametri di valutazione di gravita' degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia* (nota a T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, ord. 12 luglio 2012, n. 1969) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2012.

I. PAGANI, *Integrazione documentale e tutela della par condicio* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280), in *Urbanistica e appalti*, fasc. 10, 2006.

I. PAGANI, *Interpretazione del provvedimento amministrativo ed eterointegrazione della legge di gara*, (nota a Cons. Stato Sez. III Sentenza, 02 settembre 2013, n. 4364) in *Urbanistica e appalti*, fasc. 1, 2014.

I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli adempimenti contributivi* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n.5186) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2012.

P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali ( Belgio, Francia, Italia)*, nota a Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13 in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2015.

P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente"*, (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2014, n.2214, in *Urbanistica e Appalti*, fasc.8-9, 2014.

G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Eurilink, Roma, 2012.

G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L.90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il Nuovo diritto amministrativo*, fasc. 4, 2014.

E. PICOZZA, *L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza*, in C. Franchini, (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta* in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2002.

A. POLICE, G. GRUNER, *Le fonti*, in *I contratti di appalto pubblico*, (a cura di) Franchini, Torino, 2010.

S. PONZIO *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro Amm. CdS*, fasc.7-8-, 2011.

L. PRIMICERO, *Identificazione del subappaltatore. Requisiti di moralita` professionale: non c'è socio di maggioranza in caso di tre soci con quote uguali* (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963) in *Urbanistica e appalti*, fasc.11, 2013.

R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011.

P. PROVENZANO *La teoria del falso innocuo in materia di dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n.163/2006 al vaglio della Corte di Giustizia* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 2013.

P. PROVENZANO, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014*, in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

G. M. RACCA, R. CAVALLO, *Commento all'art. 2*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.

B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2011.

C. RANGONE, *Analogie e differenze tra nuova e vecchia disciplina europea degli appalti pubblici nei settori classici* Testo della relazione presentata al Convegno “2014: l’anno delle direttive” organizzato da IGI - Istituto Grandi Infrastrutture in Roma il 23 gennaio 2014, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it)

R. RICCI *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore*. *Foro amm. CDS*, fasc.1, 2013.

F. RISSO *Il principio di tassatività di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di soccorso istruttorio*. *Foro amm. CDS*, fasc. 9, 2013.

F. ROMANENGGHI, *Il nuovo sistema sanzionatorio nelle gare di appalto di cui all'art. 39 D.L. 90/2014*, in [www.upel.it](http://www.upel.it)

S. RUSCICA, *l'esclusione dalla gara per violazione della disciplina sull'intestazione fiduciaria* (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279) in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 2, 2013.

F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

F. SAITTA, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, in *Foro amm. CDS*, fasc.12, 2012.

N. SAITTA, *Sul c.d. Soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo* in [www.GiustAmm.it](http://www.GiustAmm.it).

S. SALZANO, *L'articolo 46 del codice dei contratti pubblici: strumento pregiudizievole o di tutela?* In Foro amm. TAR, fasc. 4, 2011.

M. A. SANDULLI, *Il D.L. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it).

M. A. SANDULLI, *L'oggetto*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, 2008.

M. SANINO, *La tassatività delle clausole di esclusione dalle gare d'appalto*, in *Giurisdizione amministrativa*, fasc.11, 2011.

C. SANTARELLI *Tassatività o discrezionalità nella selezione dei dati rilevanti da annotare nel casellario informatico dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, fasc. 3, 2011.

S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

S. S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

M. SPAGNUOLO, *La verifica dei requisiti di moralità per gli amministratori muniti del potere di rappresentanza*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. Franchini (a cura di) *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

S. TOSCHEI, *Commento all'art. 74*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011.

TRAMONTANA, *Il dovere di soccorso della stazione appaltante nelle gare*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

D. TREBASTONI, *Commento agli artt. 41 e 42*, in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti ( a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011.

F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2, 2013.

G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

S. USAI, *Prime questioni interpretative sul nuovo comma 2 bis dell'articolo 38 del Codice*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it).

S. USAI, *Il nuovo soccorso istruttorio previsto dal d.l. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014*, in [www.oggipa.it](http://www.oggipa.it).

S. USAI, *L'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis della gara*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 11, 2010.

F. VENTURA, *Commento all' art. 38*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012.

F. VENTURA, *Commento all' art. 41*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012.

F. VENTURA, *Commento all' art. 42*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012.

F. VENTURA, *Commento all'art. 46*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012.

S. VINTI, *L'evidenza pubblica* in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007.

G. VIRGA *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).