

DI DIECI GIORNI PREVISTI DAL COMMA 1 E DAL COMMA 2 DELL'ART. 48 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – ESERCIZIO DEI POTERI DI AUTOTUTELA E CONTRATTI PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI DI LAVORI PUBBLICI.

★ ★ ★

Si segnala, in primo luogo l'**Ad. Plen n. 8 del 2014**: con attento e compiuto esame l'ordinanza di remissione pone in rilievo che la giurisprudenza si presenta in prevalenza rigorosa in ordine alle misure da adottare per garantire la conservazione e l'integrità dei plichi contenenti le offerte, in modo che ne sia assicurata la segretezza, e richiede che le cautele adottate siano menzionate ed indicate nel verbale di gara (VI, 4487 del 27/07/2011; V: 3203 del 21/05/2010; n. 7804 del 12/12/2009). L'integrità dei plichi contenenti le offerte costituisce garanzia della segretezza delle stesse e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa (V: n. 3203 del 21/05/2010; n. 1219 del 20/03/2008). Tale **orientamento** comporta in particolare:

- l'individuazione di un soggetto responsabile della custodia dei plichi o di un consegnatario degli stessi;
- l'insufficienza di verbalizzazioni con generico riferimento ai locali di custodia dei plichi, senza precisare se gli stessi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) siano stati nuovamente risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione (V, 3203 del 21/05/2010);
- l'obbligo della commissione di adottare le cautele idonee a garantire la segretezza degli atti di gara ed a prevenire rischi di manomissioni, indicando nel verbale tali cautele e dando atto a verbale della integrità dei plichi;
- nel verbale deve risultare il nominativo di colui cui siano materialmente consegnati i plichi, che ne assume le conseguenti responsabilità, ovvero – con chiarezza e univocità – deve essere indicato l'ufficio cui sono consegnati e all'interno del quale essi vanno conservati (con individuazione immediata del suo responsabile); in qualsiasi momento, ogni autorità giurisdizionale o amministrativa (a seconda dei casi e delle relative funzioni, anche di vigilanza) dalla lettura dei verbali di consegna deve poter agevolmente accertare quali siano stati i passaggi dei plichi, ove essi siano stati collocati nel corso del tempo, chi abbia posto mano su di essi e ogni altra circostanza attinente alla loro integrità e conservazione.

Le cautele osservate possono reputarsi idonee allo scopo solo se assicurano la conservazione dei plichi in luogo chiuso, non accessibile al pubblico, e con individuazione di un soggetto o ufficio responsabile dell'inaccessibilità del luogo a terzi. Anche se non occorrono formule sacramentali la verbalizzazione è legittima se, oltre ad elencare le cautele adottate, indica, sotto la responsabilità dei verbalizzanti, che le cautele sono state efficaci in quanto i plichi sono integri (VI: n. 3803 del 23/06/2011; n. 3902 del 30/06/2011; n. 4487 del 27/07/2011).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame le garanzie a cautela della integrità dei plichi integrerebbero una fattispecie di pericolo, non una fattispecie di danno. Sarebbe sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico

dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno (V, n. 3203 del 21/05/2010). E' sufficiente, quindi, la sola esposizione al rischio di manomissione della documentazione per ritenere invalide le operazioni di gara (V, n. 1617 del 16/03/2011).

Un **secondo orientamento** reputa che la mancata emersione dagli atti di gara dell'osservanza delle su elencate cautele assume solo un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della c.d. *genuinità* dei plichi, occorrendo comunque provare che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei plichi. Si è affermato che la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (V: n. 1094 del 22/02/2011; V, 4657 del 25/07/2006; IV, n. 5360 del 5/10/2005; V, 2342 del 10/05/2005; IV, n. 4973 del 20/09/2001).

I giudici della Plenaria osservano come siffatto contesto giurisprudenziale ripudi il più rigoroso orientamento perché espressione di un indirizzo formale, con la conseguenza che la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, laddove il concreto andamento della medesima ovvero ulteriori elementi non inducano a dubitare della corretta conservazione.

La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza concerne gli adempimenti della commissione preposta all'esame delle offerte che devono accompagnare le determinazioni di valutazione delle offerte, ove queste non si esauriscano in un'unica seduta. Detti adempimenti investono le modalità di conservazione e di custodia dei plichi a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazione di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara. Si tratta di operazioni materiali che non coinvolgono la volontà negoziale dell'Amministrazione, ma sono finalizzate, come prima accennato, a garantire la genuinità dell'oggetto su cui la commissione è chiamata ad esprimersi.

Sia il codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 163 del 2006, che il regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento di dette operazioni. Il regolamento contiene un limitato riferimento alle *sedute di gara* (art. 117) per le quali è, in particolare, prevista la possibilità di sospensione e di aggiornamento a data successiva, con esclusione della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

In assenza, quindi, di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale – **salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni aggiudicatrici, cui la commissione esaminatrice deve rigorosamente attenersi – non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento** (nel profilo della violazione di legge) l'omessa indicazione in verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia

dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva.

L'attenzione si sposta, quindi, sugli adempimenti complessivamente osservati dalla commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione.

Il veicolo per l'espressione di un giudizio di sufficienza in ordine a dette operazioni – che investe cioè l'assenza di elementi e circostanze che possano viziare, sul piano sintomatico, per eccesso di potere la condotta del collegio giudicante in quanto contraria ai principi trasparenza, buon andamento e parità di trattamento dei concorrenti – è il verbale che deve accompagnare le operazioni di gara.

Il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte.

L'art. 78 del codice degli appalti elenca, al comma 1, elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per “ogni contratto”. Essi non prendono, tuttavia, in considerazione le modalità di custodia dei plichi nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra. Ancora una volta non si rinviene un puntuale dato normativo cui raccordare il giudizio di sufficienza della verbalizzazione, cui l'ordinanza di remissione riacorda l'effetto invalidante del concorso.

**Deve quindi pervenirsi alla conclusione che** – fermi di massima sul piano funzionale i principi di sufficienza ed esaustività del verbale – **la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale**, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò in anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.

Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. *genuinità* dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

**Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi**, che le carte siano state manipolate negli inter-

valli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di precostituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.) e, quindi, di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi.

\* \* \*

Rilevante, altresì, l'**Ad. Plen. n. 9 del 2014** per le osservazioni riguardanti l'art. 46 del codice dei contratti pubblici – *Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle clausole di esclusione* – quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011: “1. *Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”.

**La disposizione sancita dal comma 1-bis è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento** e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali. Sotto il profilo strettamente lessicale è appena il caso di evidenziare che la formula prescelta dalla legge di gara può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili.

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

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: I) “... *L'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei con-*

correnti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione “ (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28); II) le norme di semplificazione amministrativa sono ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto «anche l'attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di “prestazione” (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un “livello essenziale” a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati» (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 20 luglio 2012, n. 207; 16 luglio 2012, n. 188; 27 giugno 2012, n. 164);

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

Ad avviso dei giudici della Plenaria, si tratta di ipotesi ampie, da riempirsi di contenuti da parte della stazione appaltante (nei limiti di seguito precisati) e dell'Autorità di vigilanza in sede di predisposizione dei bandi tipo, il cui filo conduttore non è però rappresentato solamente dalla distinzione fra violazioni formali e sostanziali; del resto lo stesso codice in alcuni casi afferma espressamente che talune violazioni non sono causa di esclusione (art. 73, co. 4, e 74, co. 3, in tema di mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante; art. 153, co. 21, in tema di esclusione di alcuni soggetti proponenti nella finanza di progetto): **la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che** l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano “adempimenti doverosi” o introducano, comunque, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*.

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

La cogenza delle cause legali di esclusione svela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione – ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti

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

Individuati lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, si evidenzia che la legge lo ha poi rafforzato attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici. La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio *vitiatur se non vitiat* in materia di gare pubbliche, Ad. plen., n. 14 del 20/05/2013).

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

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

- a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce *de plano* all'esclusione dell'impresa;
- b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. Ad. plen., n. 26 del 5/07/2012; n. 22 del 13/06/2012);
- c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;
- d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre

una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano *in toto*, cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 14 del 28/07/2011; n. 9 del 24/05/2011; n. 1 del 27/01/2003; n. 1/ord. del 4/12/1998), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

Una volta assodati la natura giuridica e l'ambito applicativo (profondamente innovativi), della norma che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, e circoscritti i suoi effetti alle gare in materia di appalti e affidamenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, emerge nitidamente che non è predicabile l'applicazione del principio di tassatività:

a) alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici prima dell'entrata in vigore (al 14 maggio 2011), della norma che lo ha introdotto nel micro ordinamento di settore (*retro* § 5);

b) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per auto vincolo dell'Amministrazione procedente), dal codice dei contratti pubblici.

Dunque la segnalata pronuncia perviene all'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

a) *“il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice”;*

b) *“sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali”.*

Interessanti, inoltre, quelle argomentazioni afferenti il **principio del soccorso istruttorio**, previsto dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici (non inciso dalla novella recata dal più volte richiamato d.l. n. 70 del 2011), secondo cui *“1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.*

Tale norma – mutuando una regola già contenuta negli artt. 16, d.lgs. n. 157 del 1995 e 15, d.lgs. n. 358 del 1992, rubricati *“documenti e informazioni complementari”* – sia prima che dopo la novella del 2011, è stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato dalla quale l'Adunanza plenaria non vede

ragioni per discostarsi (V: n. 974 del 18/02/2013; n. 6248 del 5/12/2012; V, 3645 del 25/06/2007; VI, n. 1423 del 23/03/2007; V, 2717 del 20/05/2002). Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che, come si è visto in precedenza, ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

La presente pronuncia richiama, quindi, condividendoli, i principi (ed i relativi argomenti a sostegno), di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici:

- a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma «...*invitano, se necessario...*») e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;
- b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, legge 241 del 1990, che impone all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;
- c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;
- d) l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;
- e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di **"regolarizzazione documentale"** ed **"integrazione documentale"**: la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il **principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara** (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o



elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

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

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

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

In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara. In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l'esatta individuazione dell'essenza del "potere di soccorso", sanciti dal novellato art. 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall'ordinanza di rimessione, dall'altro, l'inaccogliabilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

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

b) in quest'ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza docu-

mentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza “sostanziale” della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale. Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici. Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, co. 1, lett. b), legge n. 241 del 1990, in base alla quale “...il responsabile del procedimento ... può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete... e ordinare esibizioni documentali”. E' evidente che il “potere di soccorso” costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, **legge n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà** a che il responsabile del procedimento eserciti il “potere di soccorso”, mentre **l'art. 46 cit. obbliga** la stazione appaltante a fare ricorso al “potere di soccorso”, sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

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

a) il “potere di soccorso” nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi, il “potere di soccorso” è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del “soccorso istruttorio” al di fuori del codice dei contratti pubblici. Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97

Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. (Ad. plen., n. 3 del 23/03/2011; V, n. 3408 del 21/06/2013; V, n. 5772 del 15/11/2012; antecedentemente alla Plenaria cfr. IV, n. 8291 del 27/11/2010);

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

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

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

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

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice;

b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21 *septies*, legge n. 241 del 1990, in quanto non si riscontrano, *ictu oculi*, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzativo ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità. Da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di

certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

In conclusione, i giudici enunciano devono i seguenti principi di diritto:

- a) *“nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – sostanzandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”;*
- b) *“nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima – per violazione dell’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione – la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale”.*

\* \* \*

Si segnala, ancora, l'**Ad. Plen. n. 10 del 2014**, che richiama l'attenzione sull'art. 48 del codice dei contratti pubblici, secondo il quale *“Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”.* La stessa norma prevede che *«quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria»* e alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di sua competenza.

Il secondo comma dello stesso art. 48 dispone che: *«La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione»* (analogia disciplina era contenuta nell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante *«Legge quadro in materia di lavori pubblici»*).

Sulla natura del termine previsto dal secondo comma del predetto art. 48 si confrontano due orientamenti.

Un **primo orientamento** ritiene che il predetto termine abbia **natura ordinato-**