

OBBLIGO DI DICHIARAZIONE NELLE GARE DI APPALTO TRA FORMALISMI, REQUISITI SOSTANZIALI E AFFIDAMENTO DEI PARTECIPANTI. NOTA ALLA SENTENZA DEL T.R.G.A DI TRENTO N. 317 DEL 16 DICEMBRE 2011

*Valeria Ciervo**

1. Con la sentenza in commento, il Tribunale di Giustizia Amministrativa di Trento evidenzia l'importanza, in sede di gara, della prevalenza dei requisiti sostanziali sui meri formalismi partecipativi.

Il Collegio si è occupato, altresì, del principio del legittimo affidamento di un'impresa concorrente in relazione alla incompletezza e/o equivocità della modulistica predisposta dalla stazione appaltante.

Il caso oggetto della questione riguarda una gara di appalto in cui un'impresa – non soggetta agli obblighi della L.68/99¹ - non è stata esclusa nonostante la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 17 L.68/1999² sul diritto al lavoro dei disabili.

La questione offre lo spunto per soffermarsi sulla questione dei formalismi e dei requisiti sostanziali nella gare di appalto.

* Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia dell'Ambiente presso l'Università degli studi di Roma Tor Vergata. Estratto dell'articolo pubblicato sulla rivista **Giustizia Amministrativa – Rivista di Diritto Pubblico** (www.giustamm.it) il 7 febbraio 2012.

¹ Legge 12 marzo 1999, n. 68 Norme per il diritto al lavoro dei disabili (G.U. n. 68 del 23 marzo 1999, s.o. n. 57)

² Art. 17 L.68/991. Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.(comma così modificato dall'articolo 40, comma 5, legge n. 133 del 2008)

L'art. 38³ del d.lgs. 163 del 12 aprile 2006 e ss. mm detta la disciplina relativa ai requisiti di ordine generale che devono essere posseduti da

³ Art. 38. Requisiti di ordine generale (art. 45, dir. 2004/18; art. 75, d.P.R. n. 554/1999; art. 17, d.P.R. n. 34/2000)¹. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (ora art. 6 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.) o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora art. 67 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.); l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del

2011)d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; (lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante; g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2;m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; (disposizione abrogata, ora il riferimento è all'articolo 14 del d.lgs. n. 81 del 2008 - n.d.r.)(lettera così modificata dall'art. 3, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 113 del 2007)m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA;(lettera così sostituita dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla

pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;(lettera aggiunta dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009, poi così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. (lettera aggiunta dall'art. 3, comma 1, legge n. 166 del 2009)1-bis. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora artt. 20 e 24 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.), ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario(comma introdotto dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009 poi così modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011)1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, 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), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.(comma introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011);2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell' articolo 47, comma 2, il

ogni partecipante alla gara; difatti, sono esclusi dalla partecipazione ad ogni procedura di affidamento di concessioni, appalti e subappalti coloro che si trovano nelle situazioni elencate nel richiamato articolo. Nel caso di specie, l'impresa concorrente - peraltro non soggetta agli obblighi della citata legge perché avente in organico meno di 15

possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. (comma così sostituito dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011). 3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora articolo 90, comma 9, del decreto legislativo n. 81 del 2008) e successive modificazioni e integrazioni. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002. 4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti. 5. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

dipendenti – non ha presentato la dichiarazione di cui alla lettera l) dell'art. 38 secondo la quale sono esclusi coloro che “*che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2*”.

Il Tribunale ha affermato che non può essere ritenuta illegittima la mancata esclusione dell'impresa per non aver prodotto la documentazione di cui al citato art. 17 principalmente per tre motivi:

- 1) il bando e le norme di partecipazione non hanno previsto la necessaria e preventiva auto-dichiarazione circa il rispetto della legge posta a tutela del lavoro dei disabili in caso di inapplicabilità della normativa; all'opposto il bando ha semplicemente richiesto una dichiarazione attestante la insussistenza della cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 avvalendosi del fac-simile allegato al bando stesso;
- 2) il bando, che costituisce *lex specialis*⁴, era corredato da fac-simile di domanda con la quale era stata già sostanzialmente predisposta l'istanza di partecipazione contenente le dichiarazioni di cui all'art. 38 limitando, in tal modo, il compito dei concorrenti alla compilazione ed alla firma della stessa. Tali modelli, secondo il Collegio, non hanno favorito i concorrenti nella piena comprensione degli oneri allegativi richiesti;

⁴ L' art. 38 co. 1, d.lg. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara pubblica al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati nel bando , mentre il co. 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi di mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l'effetto espulsivo. Ne consegue che quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti dall'art. 38 e la *lex specialis* non preveda espressamente delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive ex art. 38, l'omissione della dichiarazione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una previsione normativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 12 dicembre 2011, n. n. 9696).

- 3) in caso di equivocità delle prescrizioni del bando trovano applicazioni i principi della tutela del legittimo affidamento e del favor participationis. Inoltre la stazione appaltante può, ai sensi dell'art. 46⁵, invitare se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

L'obbligo della dichiarazione di cui all'art. 17 L.68/99. L'obbligo della dichiarazione di cui all'art. 17 L. 68/99 risponde certamente all'esigenza di tutelare l'assunzione delle persone disabili ed è previsto quale requisito di ordine generale per tutti i partecipanti alle gare; esso però è un requisito sostanziale che deve essere posseduto solo ed esclusivamente dalle imprese con più di 15 dipendenti.

Ciò comporta che l'obbligo formale di presentazione della dichiarazione (ai sensi del D.P.R. 445/00) attestante la sussistenza del requisito sostanziale debba essere prodotta – oltre alla dichiarazione di insussistenza di cause di esclusione di cui al richiamato art. 38 - solo nel caso in cui il bando e le norme partecipative lo richiedano espressamente.

⁵ Art. 46: 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.(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011).

Si precisa che ciò non esime l'impresa partecipante dalla presentazione della dichiarazione dell'insussistenza delle cause di esclusione di cui al richiamato art. 38.

L'art. 17 della Legge n. 68 del 1999 impone la presentazione sia di una dichiarazione del legale rappresentante attestante di essere in regola con le norme disciplinanti il diritto al lavoro dei disabili, sia un'apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti (certificazione sostituibile da un'autocertificazione).

Il citato articolo contiene una norma di eccezionale rigore, la cui natura imperativa ne determina l'automatico inserimento nella disciplina della gara indipendentemente dalle prescrizioni contenute nei singoli bandi e disciplinari di gara; al contempo, però, lo stesso tenore delle dichiarazioni, incentrate sul fatto di aver assolto "*gli obblighi*" di assunzione di cui alla legge n. 68/99, induce a ritenere che *l'espressione abbia un significato omnicomprensivo della conformità del partecipante (datore di lavoro soggetto alle disposizioni della legge) alla gara con riferimento alle varie disposizioni prescrittive di obblighi a carico dell'imprenditore rinvenibili nella L. n. 68/99⁶.*

Ne discende che i partecipanti, oltre alla dichiarazione di non essere in nessuna delle situazioni di esclusione (salvo che il bando o le norme di partecipazione prevedano ulteriori obblighi formali) non sono tenuti a produrre un'ulteriore attestazione; ciò soprattutto nel caso in cui l'impresa partecipante non sia assoggettata agli obblighi della L. 68/99 in quanto la certificazione si sostanzierebbe in una dichiarazione di contenuto negativo e come tale *irrilevante ed inidonea* ad attribuire posizioni di vantaggio o a pregiudicare interessi garantiti dalla legge sui disabili.

⁶ Cfr. Cons. di Stato, SEZ. V - sentenza 10 gennaio 2012 n. 31

Le stazioni appaltanti devono, pertanto, applicare nelle procedure di affidamento, il principio di semplificazione attribuendo sicuramente rilievo agli aspetti sostanziali più che a quelli formali a così come sancito dall'art. 46 d.lgs. 163/06⁷.

Infatti, il D.L.70/11 convertito in Legge 106/2011 ha modificato l'art. 46 ispirandosi al principio di semplificazione delle procedure di affidamento e ad un sistema di controllo più efficace⁸.

Il principio del legittimo affidamento e la modulistica allegata ai bandi di gara. Il profilo più interessante della sentenza è quello relativo al principio del legittimo affidamento in relazione alla (in)completezza della modulistica predisposta dalla stazione appaltante.

Il T.R.G.A ha aderito al consolidato orientamento secondo il quale in caso di indeterminatezza o vaghezza degli atti predisposti dalla stazione appaltante debba prevalere il principio del favor participationis e quello della tutela del legittimo affidamento.

Ciò è stato confermato recentemente dal Consiglio di Stato⁹ che ha sottolineato come l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento nelle gare di appalto induca a ritenere che la stazione appaltante non possa escludere dalla gara un'impresa che abbia redatto l'offerta secondo il fac-simile da essa predisposto, *potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione, ai sensi di quanto disposto dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici, volto a dare rilevanza, anche nel testo anteriore al cd.*

⁷ L'art. 46 d.lgs. 163/06 è stato modificato dal DL.70 del 13 maggio 2011 convertito in Legge n. 106 del 12 luglio 2011.

⁸ Per approfondimenti si veda "La riforma dei Contratti Pubblici", Collana diretta da C.M. BIANCA. A. CATRICALA', V.SCORDAMAGLIA, DIKE, 2011

⁹ Cons. di Stato, SEZ. V - sentenza 10 gennaio 2012 n. 31.

decreto sviluppo (d.l. n. 70 del 2011), alle mancanze sostanziali, piuttosto che alle mancanze formali.

Non può addebitarsi, infatti, e contestarsi all'impresa interessata un'inadempienza causata dall'essere stata indotta in errore all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara dal negligente comportamento della stazione appaltante, che ha predisposto in modo non chiaro ed equivoco la relativa modulistica¹⁰. In presenza, dunque, di un fac-simile di dichiarazione che oggettivamente induca un concorrente a ritenere di esaurire gli obblighi afferenti al rispetto della legge sui disabili, la stazione appaltante non può disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in presenza di dubbi su quanto dichiarato, deve considerare l'opportunità di una regolarizzazione sul piano formale della dichiarazione stessa, ai sensi di quanto disposto dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici, il quale dà rilevanza (anche nel testo anteriore al cd. decreto sviluppo D.L. n. 70 del 2011), alle mancanze sostanziali, piuttosto che alle mancanze formali¹¹.

Il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare è soggetto, in ogni caso, ai limiti previsti dalle clausole del bando: esse hanno la funzione di prescrivere i requisiti speciali utili a delineare - attraverso l'individuazione di specifici elementi indicativi della capacità economica, finanziaria e tecnica- il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare in modo adeguato il programma contrattuale perseguito dall'Amministrazione.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029, in LexItalia.it, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cds5_2011-07-05.htm (sulla illegittimità dell'esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di un requisito previsto dalla lex specialis, ove l'omissione sia dovuta all'impiego di uno schema di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante)

¹¹ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029

In assenza di univocità espressiva delle clausole del bando, il seggio di gara deve valutare, utilizzando il prevalente criterio sostanziale rispetto a quello prettamente formale, gli elementi forniti a supporto del requisito da parte della concorrente, al di fuori di una applicazione rigidamente formalistica della stessa norma di gara, e non omettere di considerare l'interesse alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla procedura che consente di scegliere l'offerta maggiormente corrispondente all'esigenza da soddisfare.

Tutte le disposizioni che regolano lo svolgimento della gara per la scelta del contraente, contenute nel bando, nella lettera di invito, nel capitolato o nei successivi chiarimenti comunicati con le medesime modalità degli atti di gara, concorrono a formarne la disciplina speciale; di conseguenza, in caso di equivocità *delle e tra le stesse*, in applicazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di imparzialità e di buona fede, deve essere tutelato l'affidamento degli interessati in buona fede mediante una interpretazione delle disposizioni che favorisca la massima partecipazione alla gara e che sia conforme all'obiettivo dell'Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi e nel rispetto della "*par condicio*" di tutti i concorrenti¹².

Anche l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici ha più volte rimarcato che nel caso in cui le disposizioni che indichino taluni adempimenti siano ambigue esse devono essere interpretate nel modo più favorevole all'ammissione degli aspiranti¹³.

¹² Consiglio Stato sez. V, 05 settembre 2011, n. 4981; in tal senso anche T.R.G.A. Trento, 13.10.2011 n. 254; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 8.6.2011; T.R.G.A. Trento, 24.2.2011.

¹³ Pareri Autorità di Vigilanza Contratti pubblici nn. 93/2011 3/2009, 66/2009, 245/2008, 167/2008, 12/2008; 89/2008; in tal senso si vedano anche in tal senso ex multis T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 9/10/2009, n.1537; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 30/3/2009, n.837; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 23/6/2008, n.1253; T.A.R.

La prevalenza dei requisiti sostanziali sui meri formalismi partecipativi. Perno fondamentale del principio di matrice comunitaria della prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici è l'art. 46 del d.lgs 163 /06 come modificato dal D.L. 70/2011(convertito in L. 106/2011).

Tale principio si concretizza nel divieto di aggravare il procedimento di gara con oneri formali non rispondenti ad un interesse reale della Pubblica Amministrazione procedente.

Il richiamato D.L. 70/2011 ha aggiunto il comma 1 bis all'art.46, che, nell'escludere che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, consolidando in tal modo il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma.

La gara per l'assegnazione di un contratto con la P.A., dunque non deve trasformarsi *in una sorta di caccia all'errore (di interpretazione delle clausole dubbie o nel rispetto di meri formalismi partecipativi)*¹⁴, ma deve garantire la massima partecipazione di coloro che, in possesso del profilo astrattamente idoneo a sostenere l'esecuzione di un contratto con la P.A., confidano nello svolgimento di procedure concorsuali imparziali e trasparenti.

La norma codifica uno strumento inteso a far valere la sostanza sulla forma nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva. L'integrazione documentale prevista dall'art. 46 può riferirsi esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti

Lazio Roma, sez. III, 5/6/2008, n.5491; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26/3/2007, n.2586.

¹⁴ D. IELO e C. CATARISANO in *La riforma dei Contratti Pubblici*", Collana diretta da C.M. BIANCA. A. CATRICALA', V.SCORDAMAGLIA, DIKE, 2011

di partecipazione. Non è possibile, invece, precisare o comunque modificare gli elementi costitutivi dell'offerta.

La possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta incontra i precisi limiti applicativi: a) l'inderogabile necessità del rispetto della par condicio, ovvero non può essere utilizzata per supplire l'inosservanza di adempimenti procedurali significativi; b) il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda; c) l'ammissibilità nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire¹⁵.

La finalità di detta previsione è il conseguimento della massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando il fenomeno dei "*bandi fotografia*"¹⁶ e il moltiplicarsi delle esclusioni disposte in conseguenza della violazione di prescrizioni meramente formali¹⁷.

In conclusione l'Amministrazione non può pronunciare *tout-court* l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare il contenuto di un documento già presente; questa attività acquisitiva, infatti, anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 46 diviene un ordinario "*modus procedendi*" ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma¹⁸ orientando così l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica.

¹⁵ In tal senso Cons. St., sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840, Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392; A.V.C.P., Del. 19 dicembre 2006, n. 120

¹⁶ R. DE NICTOLIS, Le novità del D.L. 70/2011, in Urb. App. , 2011, n. 9

¹⁷ cfr. A.V.C.P., documento di consultazione relativo alle "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro".

¹⁸ Parere di Precontenzioso n. 78 del 05/05/2011

Questo potere-dovere delle Amministrazione trova, in ogni caso, un limite che assicura un corretto bilanciamento degli interessi: il potere discrezionale di interlocuzione deve esplicitarsi nei limiti dal rispetto della *par condicio* dei concorrenti, nel senso che la richiesta di integrazione non deve tradursi mai in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza *ordinamentale*¹⁹, esigibile da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva ed identificabile nella completezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta.

¹⁹ Cfr. Parere di Precontenzioso n. 78 del 05/05/2011