

Autorità e consenso nei contratti pubblici

Il Codice 2016 e la legge delega 2022

a cura di Carlo Emanuele Gallo

RISTAMPA AGGIORNATA DELLA SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

Premessa alla ristampa aggiornata alla seconda edizione

Il Codice oggi vigente è quello approvato nel 2016; per questa ragione il volume pubblicato nel 2017 viene ristampato.

Poiché però nel 2022 è stata approvata la legge delega per l'elaborazione di un nuovo Codice, nel capitolo finale del volume si dà atto di questa novità.

Premessa alla seconda edizione

Le Direttive del 2014 sono state tempestivamente recepite, nel 2016, dal legislatore italiano, prima con la legge delega poi con il d.lgs. n. 50, che ha approvato il nuovo Codice dei contratti della Pubblica Amministrazione.

L'ambizione del legislatore era quella di snellire la disciplina precedente, eliminando gli adempimenti inutili e rendendo più agevole l'individuazione da parte dell'amministrazione del contraente preferibile.

L'obiettivo si è rivelato però difficile da raggiungere e la redazione del Codice è risultata estremamente laboriosa, con un risultato che è stato variamente giudicato e che ha dato luogo a un primo correttivo, estremamente consistente, nel 2017.

La materia è stata perciò riesaminata, anche con l'inserimento di nuovi contributi.

Carlo Emanuele Gallo

Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso

SOMMARIO: 1. La forma nella disciplina dei contratti pubblici. – 2. L'evoluzione normativa dalla legge di contabilità di Stato al Codice dei contratti pubblici del 2006. – 3. L'intervento ausiliario dell'Amministrazione. – 4. L'art. 46, comma 1 *bis* del Codice dei contratti del 2006, modificato dal Decreto Sviluppo. – 5. L'orientamento recente della giurisprudenza. – 6. Le Direttive UE 2014. – 7. Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90. – 8. La nuova disciplina introdotta dal Codice del 2016 e dal correttivo del 2017.

1. *La forma nella disciplina dei contratti pubblici*

L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione è un ambito nel quale sono impegnate in modo molto consistente risorse pubbliche e che riveste particolare interesse per le categorie produttive, coinvolte quali contraenti, con una significativa incidenza percentuale sul PIL. Si tratta di una situazione ormai risalente nel tempo che si è progressivamente incrementata in considerazione del sempre maggiore intervento della P.A. nella erogazione di servizi ai cittadini, poiché per questa erogazione sono necessari infrastrutture, e cioè opere, forniture, e cioè acquisti, e servizi, e cioè attività esterne.

Affinché l'attività sia svolta nel rispetto dell'esigenza dell'Amministrazione di un corretto utilizzo delle risorse economico-finanziarie e nel rispetto altresì dell'esigenza degli aspiranti contraenti all'imparzialità nella selezione delle offerte, vi è stato un progressivo incremento della disciplina, finalizzato a regolare *ex ante* ogni possibile aspetto del procedimento e ad evitare ogni possibile conflitto; di conseguenza, il numero delle disposizioni,

taluna delle quali contenente più norme, è vertiginosamente salito a svariate centinaia, volendo soltanto considerare le disposizioni statali, che, con le disposizioni regionali e degli enti locali, ammonta sicuramente a un migliaio.

Non solo, per garantire il più possibile il rispetto delle esigenze richiamate, è stata progressivamente limitata la potestà discrezionale dell'Amministrazione e sono stati resi più stringenti gli adempimenti a carico dei concorrenti affinché la valutazione delle offerte dei medesimi potesse essere quasi automatica.

Ne è conseguita la notazione comune, tanto tra gli operatori del settore che sulla stampa quotidiana, specializzata e non, che i procedimenti contrattuali pubblici sono dominati dal formalismo, e cioè dalla necessità per coloro che partecipano alla gara, così come per l'Amministrazione che la conduce, di rispettare una pluralità di disposizioni, di contenuto estremamente minuto, che impongono adempimenti tutti sanzionati con decadenze, esclusioni e preclusioni ovvero con l'annullabilità degli atti adottati in difformità.

Questa situazione, valutata negativamente, negli ultimi anni è stata imputata in parte al sistema legislativo, e cioè al primo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 163 del 2006, considerato prolisso e farraginoso (257 articoli, oltre a 359 articoli del regolamento di esecuzione approvato con d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207), e del quale è stata periodicamente annunciata una riscrittura più sintetica e snella, in parte alla giurisprudenza del giudice amministrativo, che è stata giudicata esasperata ed inutilmente rigoristica, attirando sul suo autore nubi fosche conseguenti alle più volte annunciate intenzioni del Governo di intervenire in qualche modo.

Non può dirsi che la sensazione sia stata errata: è sufficiente, per rilevarlo, ricordare che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, ora assorbita nell'Autorità Nazionale Anticorruzione, allorché, con la determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, ha inteso dettare indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi del Codice dei contratti pubblici del 2006, pur partendo dall'intenzione di semplificare la disciplina normativa, è giunta ad individuare circa novanta causa di insanabile esclusione¹.

È sufficiente altresì rammentare che il legislatore, poco dopo, con l'art. 4 del cosiddetto Decreto Sviluppo, e cioè del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106, ha dettato una norma rubricata espressamente "*divieto di caccia all'errore*", e cioè una disposizione che vor-

¹ Come ricorda G. SAPORITO, *Documenti e gare: regolarizzazione ma non integrazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2014.

rebbe impedire prima alla stazione appaltante e poi al giudice amministrativo di sanzionare con l'annullamento o con l'esclusione gli atti e provvedimenti di una gara pubblica o le domande di partecipazione degli imprenditori che risultino non esattamente allineati alla previsione astratta prevista dall'ordinamento.

Se, volendo ridurre il formalismo, si individuano novanta cause di inevitabile esclusione, che vengono riferite a qualunque aspetto della gara, dai requisiti di partecipazione alle norme a garanzia della qualità, al ricorso all'avvalimento, alla presentazione delle offerte, e se tante di queste previsioni sono considerate così inutili che l'errore nel quale l'offerente può incorrere o il funzionario può cadere è considerato irrilevante, evidentemente questo significa che qualcosa non funziona.

La disciplina della forma del procedimento di gara non risulta, cioè, effettivamente finalizzata a garantire da un lato l'imparzialità della gara, e perciò la tutela del diritto dell'imprenditore di esercitare la propria iniziativa economica, e dall'altro la bontà del risultato, e perciò la pretesa dell'Amministrazione ad ottenere la migliore offerta al prezzo più conveniente.

Da ultimo, il legislatore è intervenuto in merito con la l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, che, nel recepire le nuove Direttive comunitarie 23, 24 e 25/2014/UE, ha previsto un riordino complessivo della disciplina in materia di contratti della P.A., individuando, tra gli obiettivi ritenuti coerenti con le indicazioni comunitarie per il decennio corrente, la "*semplificazione e la accelerazione procedimentale*" (si veda l'art. 1, lett. g).

Nell'ottica di raggiungere l'obiettivo, la stessa legge delega ha previsto l'attribuzione all'Amministrazione di poteri particolari, nell'ambito dell'istituto definito del soccorso istruttorio, al fine di evitare una penalizzazione della possibilità di partecipazione dei candidati, con danno per la concorrenza, giustificata con ragioni meramente formali (si veda ancora l'art. 1, lett. z).

La legge delega è stata attuata con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ha approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici; l'intervento del Codice, però, è stato accolto con valutazioni contrastanti, sia nel merito sia, soprattutto, in considerazione del fatto che il medesimo sembra aver poco modificato la complessità dell'impianto normativo, ove si tenga conto del numero degli articoli del Codice (220 con 25 allegati), e del rinvio da parte del medesimo ad una articolata successiva disciplina attuativa, anche sottoforma di *soft law*².

²F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI, *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGO-

La sensazione non del tutto positiva ha dato luogo a immediate contestazioni e polemiche, a seguito delle quali è stato necessario intervenire con un primo decreto correttivo (il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), anch'esso piuttosto corposo (131 articoli, molti dei quali con una rilevante pluralità di commi) e di stesura non sempre puntuale e felice.

Di modo che l'impatto della disciplina normativa di riforma sul settore dei contratti pubblici è, al momento, assai discussa.

Il nuovo Codice, peraltro, contiene più disposizioni volte ad attuare il principio e criterio direttivo fissato nella legge delega in ordine alla semplificazione, sia con riferimento a taluni istituti, alleggeriti nella regolamentazione, sia con riferimento al soccorso istruttorio, al quale prima si è accennato, disciplinato analiticamente; anche il soccorso istruttorio è stato oggetto del decreto correttivo, ma in senso sicuramente positivo, a dimostrazione però che tutti gli istituti introdotti pur dopo lunga gestione nel Codice del 2016 un anno dopo abbisognavano già di ritocchi e messe a punto.

La giurisprudenza ha già cominciato ad affrontare il tema, anche se, ovviamente, l'orientamento non può dirsi ancora né esaustivo né consolidato.

2. L'evoluzione normativa dalla legge di contabilità di Stato al Codice dei contratti pubblici del 2006

Il sistema originario, contenuto nella legge di contabilità di Stato, era un sistema tutto sommato certamente meno formalistico e complesso³; le regole erano sostanzialmente poche, le medesime erano sì inderogabili per il partecipante, ma venivano rimesse quanto all'interpretazione al potere discrezionale dell'Amministrazione; e così, per esempio, se era vero che l'offerta doveva comprendere tutte le condizioni predisposti dalla P.A. che il concorrente fa proprie e inserisce nell'offerta, è anche vero che se vi era un contrasto all'interno dell'offerta medesima, per esempio tra prezzi scritti in lettere e prezzi scritti in cifre, l'offerta non doveva essere esclusa, ma semplicemente veniva considerata prevalente l'espressione più favorevole alla

STINO, Giappichelli, Torino, 2017, 13, evidenziano che, oltre al Codice vi dovranno essere, a livello statale, 16 decreti del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, 15 decreti di altri Ministeri e 15 linee guida dell'ANAC.

³ Come rileva anche S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, 305.

Pubblica Amministrazione⁴. Le regole rigide del bando di gara erano regole dettate nell'interesse dell'Amministrazione e perciò cedevoli allorché l'Amministrazione poteva interpretarle in modo per essa più conveniente. Certamente si trattava di un'impostazione per dir così paternalistica, ma è anche vero che la Pubblica Amministrazione è il soggetto al quale è affidata la cura dell'interesse pubblico, di modo che un'offerta più conveniente per l'Amministrazione è un'offerta più conveniente per la collettività.

Va anche detto che, all'epoca, il formalismo delle gare pubbliche, individuabile più che nella legge nelle minute prescrizioni dei capitoli generali sia del Ministero dei Lavori Pubblici che del Ministero della Difesa, corrispondeva ad una scelta complessiva dell'ordinamento nella regolamentazione dei rapporti fra cittadino e Amministrazione: il cittadino era tenuto a rispettare rigorosamente le regole fissate dall'Amministrazione nella presentazione delle istanze, in modo da agevolare l'attività della parte pubblica in corrispondenza della sua posizione di soggezione rispetto al potere amministrativo. In altre parole, l'atteggiamento del cittadino doveva essere quello del soggetto che ubbidisce e pertanto presenta le istanze così come gli viene richiesto.

L'Amministrazione, però, che non era vista con sospetto dal legislatore, poteva, ove necessario, intervenire ed ovviare agli inconvenienti che la regola poneva al cittadino quando questi inconvenienti non dessero luogo a vizi sostanziali⁵.

La situazione è mutata con la disciplina più specifica introdotta negli anni '70 del secolo scorso, a partire dalla l. n. 14 del 1973, che ha limitato il potere discrezionale dell'Amministrazione anche nella licitazione privata e cioè nell'attuale procedura ristretta, e dalla successiva l. n. 584 del 1977 di recepimento della prima Direttiva europea⁶: per garantire la parità di trattamento e il principio di concorrenza, il legislatore ha cominciato ad introdurre una pluralità di disposizioni formali, che se volevano essere una guida più rigida per le scelte dell'Amministrazione, venivano a costituire an-

⁴ Così A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1999, 465.

⁵ Così, per esempio, la giurisprudenza più risalente escludeva che l'offerta non sottoscritta non impegnasse l'appaltatore, dichiarandola invalida soltanto se incerta: così A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 465, nota 10.

⁶ L'evoluzione normativa è ricordata da R. DE NICTOLIS-C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Giuffrè, Milano, 2008, vol. III, 1741 ss.

che ostacolo sempre più rilevante per la possibilità di partecipazione dell'imprenditore.

Dal punto di vista della posizione soggettiva, in parte si tratta di una conseguenza inevitabile: se il potere discrezionale non è disciplinato il cittadino non è titolare nei confronti della Pubblica Amministrazione, almeno così si riteneva all'epoca, di una posizione soggettiva; perché il cittadino possa essere titolare di una posizione soggettiva occorre che il potere sia disciplinato, ma nel momento in cui il potere è disciplinato evidentemente gli adempimenti a carico di colui che si trova in contatto con l'Amministrazione aumentano.

Il risultato finale è stato un progressivo incremento del formalismo, del quale si è detto, fino a giungere nella situazione nella quale ad oltre 250 articoli del Codice dei contratti pubblici del 2006 si aggiungono oltre 350 articoli del regolamento del 2010 più altre centinaia di norme sparse nei capitoli e nelle discipline regionali.

La decina di norme della legge di contabilità di Stato è cresciuta di cento volte almeno⁷.

L'abnorme incremento della disciplina⁸ non solo ha creato problemi interpretativi, anche per la pluralità dei linguaggi utilizzati⁹, ma ha altresì determinato l'insorgere di contrasti in giurisprudenza¹⁰, con la diffusione, comunque, di orientamenti sempre più formalistici, a presunta tutela di una irraggiungibile legalità.

⁷ Lo stesso Codice del 2006 è stato, in dieci anni, modificato da 52 atti normativi interni e da 6 regolamenti comunitari, come ricorda R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2016, 504.

⁸ Molto critica L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 337, che ricorda che il Codice dei contratti ha subito 44 modifiche in sette anni, come del resto osservato dal Presidente del Consiglio di Stato, S. GIOVANNINI, *La giustizia amministrativa nel 2014*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 942.

⁹ Ai quali dedica attenzione M. BERTOLISSI, *Discorso introduttivo intorno a un sistema che non è un ordinamento*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2014, Tomo I, 11 ss.; V. ITALIA, *Le malattie delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2014, 37, in generale, evidenzia come in molti casi le leggi siano affette da vizi non rimediabili, se non con l'abrogazione.

¹⁰ Come rileva, proprio con riferimento al tema in esame, A. MANZI, *In attesa della Plenaria ... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del cd. soccorso istruttorio*, in *Urb. e appalti*, 2013, 1311 ss., spec. 1319. Del resto, alla materia dei contratti ha dedicato ripetuta attenzione l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che sia nel 2013 che nel 2014 ha pronunciato in merito molte sentenze, come risulta dalle rassegne di R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e appalti*, 2014, 253 ss. e 617 ss.

Senza pretesa di completezza, è stata considerata non regolare e perciò da escludere l'offerta che non presentava indicata per quattro volte il prezzo, e cioè con l'indicazione in cifre e in lettere del prezzo unitario e in cifre e in lettere del ribasso percentuale sulla base d'asta; è stata considerata non regolare perciò da escludere l'offerta presentata in due distinti plichi postali anziché in uno solo; è stata considerata illegittima la gara nella quale la commissione non ha verbalizzato dove dovevano essere conservate offerte e verbali fra una seduta e l'altra, senza indicare il nominativo del soggetto incaricato della custodia e le modalità della custodia; è stata considerata illegittima la gara nella quale la commissione non ha ispezionato, peraltro soltanto superficialmente senza esaminarla analiticamente, la busta contenente l'offerta tecnica, che di per sé dev'essere valutata in seduta segreta, a solo fine di riscontrare se il contenuto era apparentemente corrispondente a quanto richiesto dal bando di gara.

In una situazione di questo genere ben si comprende come il considerevole contenzioso in materia di procedure ad evidenza pubblica, che prima del 1973 era sostanzialmente inesistente, sia tutto riferito alla verifica della sussistenza o meno degli adempimenti formali e possa condurre, ove il ricorso sia ritenuto fondato, semplicemente alla ripetizione di una gara senza nessun vantaggio specifico né per gli imprenditori né per l'Amministrazione, poiché, molto spesso, la ripetizione del procedimento conduce al medesimo risultato sostanziale.

3. *L'intervento ausiliario dell'Amministrazione*

La situazione descritta, progressivamente sempre più incancrenitasi, è risultata, in generale, poco accettabile, anche in considerazione del fatto che in parallelo la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) ha alleggerito gli oneri a carico del cittadino, imponendo al responsabile del procedimento (all'art. 6), di svolgere una funzione ausiliaria, di indicare cioè al cittadino quali siano gli errori o le incompletezze della propria istanza in modo da consentire la correzione e da evitare un rigetto per ragioni meramente formali. Questo modo di procedere ha superato il formalismo prescritto anche per le istanze alla Pubblica Amministrazione le quali, così come le domande di partecipazione al procedimento ad evidenza pubblica, come si è ricordato all'inizio, o erano perfette o non erano.

In realtà, la l. n. 584 del 1977 già prevedeva la possibilità per l'Ammini-

strazione di intervenire a richiedere chiarimenti ai partecipanti alla gara; questa possibilità è stata letta come una facoltà non di esercizio doveroso ma ampiamente discrezionale, ma con una interpretazione chiaramente inaccettabile, poiché il potere per l'Amministrazione è funzione, è cioè di esercizio sempre doveroso ove sussistono le ragioni giustificatrici in punto pubblico interesse.

A fronte, però, di un atteggiamento molto rigido del giudice amministrativo nella valutazione del formalismo nelle gare, la Pubblica Amministrazione ha quasi sempre evitato di utilizzare il potere di richiesta di chiarimenti (oppure, va detto, l'ha talvolta utilizzato in modo certamente non imparziale).

Di modo che il problema costituito dalla possibilità di un intervento ausiliario nel procedimento contrattuale pubblico per evitare esiti negativi per il privato e perniciosi per l'Amministrazione è rimasto aperto.

4. *L'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti del 2006, modificato dal Decreto Sviluppo*

La disciplina legislativa sino ad ora illustrata è stata modificata ulteriormente dal Decreto Sviluppo del 2011, che ha aggiunto un comma, il comma 1 *bis*, all'art. 46 del Codice dei contratti. Nel testo originario, l'art. 46 prevedeva, riprendendo la possibilità di intervento ausiliario dell'Amministrazione già ammessa fin dalla l. n. 584 del 1977, che “*le stazioni appaltanti invitano, se è necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*” precisando “*nei limiti previsti dagli artt. 38 a 45*”.

La possibilità di completamento o chiarimento era perciò limitata alle disposizioni che stabiliscono come debbono essere documentati i requisiti generali di partecipazione, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti di qualificazione a effettuare i lavori pubblici, di capacità economica e finanziaria, tecnica e professionale dei fornitori e prestatori di servizi, i requisiti prescritti dalle norme di garanzia della qualità e di gestione ambientale nonché i dati emergenti dagli elenchi ufficiali di prestatori o fornitori di servizi.

La norma limitava, perciò, la possibilità di intervento dell'Amministrazione a queste documentazioni non consentendola con riferimento ad altri elementi propri dell'offerta in sé, come l'indicazione della prestazione che il partecipante alla gara è disponibile ad effettuare.

L'espressione utilizzata dal Codice era è chiaramente finalizzata ad imporre all'Amministrazione di invitare i ricorrenti a completare o a fornire chiarimenti, sia perché utilizzava l'indicativo presente ("*invitano*"), senza nessun'altra espressione possibilista, sia perché l'invito era previsto semplicemente "*se necessario*": se necessario significa che l'invito deve essere rivolto se l'incompletezza o l'incertezza è tale da influire sulla partecipazione alla gara dell'offerente e cioè l'invito è indispensabile perché la partecipazione venga consentita.

Si trattava, perciò, già nel testo originario, di una previsione che imponeva il cosiddetto dovere di soccorso, né più né meno di quanto si verifici per il responsabile del procedimento a' sensi della l. n. 241 del 1990¹¹. Il legislatore ha compiuto cioè una sua autonoma valutazione, ritenendo che la possibilità di partecipazione di imprenditori e la possibilità di partecipazione di un numero più elevato di imprenditori sia comunque il valore che deve essere perseguito attraverso la procedura ad evidenza pubblica, cosicché l'intervento collaborativo dell'Amministrazione è indispensabile ogni qualvolta si possa raggiungere questo obiettivo attraverso un completamento o una chiarificazione.

Il comma 1 *bis*, introdotto dal Decreto Sviluppo, amplia significativamente il disposto dell'art. 46 nel testo originario, trasformandolo da una disposizione dettata soltanto con riferimento ai requisiti di qualificazione ad una previsione di carattere generale, come del resto emerge dal fatto che il Decreto Sviluppo ha anche modificato la rubrica dell'articolo proprio in questo senso.

La nuova norma, infatti, consente all'Amministrazione di escludere i candidati o i concorrenti dalla procedura ad evidenza pubblica soltanto in ipotesi limitate predefinite dal legislatore¹², non attribuendo alla medesima un potere discrezionale in senso proprio, e cioè di valutazione del contemperamento degli interessi; la disposizione, così come formulata ("*la stazione appaltante esclude*") configura un potere vincolato dell'Amministrazione che deve essere esercitato sulla base semplicemente dell'interpretazione del testo normativo e della riconduzione delle ipotesi di fatto riscontrate nelle

¹¹ Nello stesso senso, M. OCCHIENA-H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. II, 159; e N. SAITTA, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.giustamm.it*, 2013.

¹² Così superando il precedente orientamento che ammetteva ipotesi di esclusione introdotte dalla P.A. purché nel rispetto del principio di proporzionalità: S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, cit., 426.

fattispecie astratte definite dalla norma, attraverso un normale procedimento di sussunzione¹³.

Il legislatore cioè ancora una volta ha compiuto autonomamente la sua scelta di valore e il valore prescelto è la possibilità di più ampia partecipazione, a tutela sia del diritto dei privati ad agire in concorrenza sia dell'interesse dell'Amministrazione a poter scegliere fra più offerte quella più conveniente. Va da sé che, essendo questa la scelta di campo che il legislatore ha effettuato, le ipotesi di esclusione sono di stretta interpretazione; ma non si tratta di una novità, poiché, in generale, tutte le ipotesi di esclusione sono di stretta interpretazione in quanto introducono delle valutazioni negative oppure delle limitazioni alle facoltà riconosciute al privato, nella specie addirittura al diritto costituzionalmente garantito di libertà di iniziativa economica (oltre che al principio di concorrenza, ormai costituzionalmente riconosciuto e garantito addirittura a livello comunitario).

Le cause di esclusione sono individuate utilizzando quella che è la sistematica che normalmente il legislatore segue quando definisce le ipotesi di nullità. Le nullità, che conseguono al mancato raggiungimento dello scopo che la disposizione voleva perseguire attraverso l'adempimento imposto, o sono tali perché definite dalla legge, che ha compiuto una sua valutazione astratta, o sono tali perché in concreto hanno impedito all'atto di perseguire lo scopo suo proprio. Poiché le prescrizioni di forma sanzionate a pena di nullità sono prescrizioni di carattere strumentale, che non valgono in sé ma quanto vogliono raggiungere un obiettivo, è ben possibile che, in concreto, una difformità astrattamente qualificata come escludente sia sanata, sia cioè superata dalla dimostrazione che il giudizio paventato non si è verificato¹⁴.

E così, il comma 1 *bis*, art. 46 stabilisce che l'esclusione deve avvenire o in caso di mancato adempimento delle prescrizioni previste dal Codice, dal regolamento, o da altre disposizioni di legge vigenti, e cioè nel caso in cui vi sia una previsione espressa che impone l'esclusione, oppure nel caso in cui l'esclusione dipenda dalla inidoneità della domanda presentata dal privato a raggiungere il risultato suo proprio e cioè a consentire una concor-

¹³ Parimenti, nel senso della doverosità del soccorso istruttorio, G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 372.

¹⁴ Il che conduce ad una lettura unificata delle due ipotesi di esclusione; le mantiene viceversa distinte E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca di identità*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 503 ss.

renza tra offerte valutabili oggettivamente al fine del conseguimento dell'interesse pubblico. Parimenti, l'esclusione è prevista nei casi di incertezza assoluta sul contenuto, sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, nel 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. Questa seconda categoria è inevitabilmente più incerta, pur avendo voluto il legislatore definirla il più possibile precisamente dal punto di vista contenutistico, proprio perché non è esattamente definibile in concreto che cosa significhi "*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta*": le ipotesi che si sono prima ricordate, e che sono enumerate dal comma 1 *bis*, sono appunto ipotesi, inserite in un elenco che vuol essere da un certo punto di vista tassativo, nel senso cioè di non ammettere l'inserimento di ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, ma da un altro esemplificativo, nel senso di consentire comunque che taluna delle ipotesi ivi indicate possa non comportare l'esclusione se non ha come conseguenza l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta. Così, per esempio, il difetto di sottoscrizione può non condurre alla esclusione dalla gara se vi sono altri elementi intrinseci all'offerta presentata dal partecipante che possono far comprendere senza dubbio che l'offerta proviene dal partecipante stesso e che il partecipante ha inteso presentarla; la stessa cosa vale per quanto concerne la chiusura dei plichi, che di per sé dovrebbe condurre all'esclusione perché non garantisce la provenienza dell'offerta, ma che non può condurre all'esclusione se nonostante una non perfetta chiusura dei plichi non via dubbio alcuno sul fatto che l'offerta proviene dall'offerente (ad esempio, nel caso in cui un plico non perfettamente chiuso nel momento in cui viene presentato venga immediatamente sigillato dalla stazione appaltante che lo riceve).

Infatti, il comma 1 *bis* fa sempre riferimento alla necessità di valutare le "*circostanze concrete*".

Alla luce di quanto detto va letta la previsione finale della disposizione qui ricordata, che stabilisce che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che se tali prescrizioni vengono inserite esse sono comunque nulle. Il legislatore ha ritenuto, cioè, che il formalismo nella gara sia un formalismo che può conseguire esclusivamente a scelte del legislatore stesso, non potendo l'Amministrazione aggiungere ipotesi di esclusione, poiché il legislatore ha individuato tutti i requisiti indispensabili perché l'offerta sia considerata tale. L'Amministra-

zione può aggiungere nell'ambito del suo potere discrezionale delle clausole al contenuto dei bandi di gara e delle lettere di invito, ma si deve trattare sempre di clausole e prescrizioni che danno luogo ad una valutazione dell'offerta, mentre non possono condurre alla non valutazione di per sé dell'offerta.

L'orientamento del comma 1 *bis*, art. 46, che come si è ricordato, nel Decreto Sviluppo è significativamente intitolato “*divieto di caccia all'errore*”, è perciò estremamente preciso: anche laddove la disposizione non è nella sua analiticità completa, perché la completezza non era ragionevolmente possibile stante la varietà delle fattispecie concrete che possono verificarsi, la linea guida è estremamente chiara.

Può dirsi di più: il comma 1 *bis*, art. 46 supera la limitazione contenuta nell'originario comma 1, che riferisce la possibilità di richiesta di integrazione o chiarimenti ai soli elementi previsti dagli artt. da 38 a 45 del Codice; il comma 1 *bis*, nel definire qual è la possibilità di esclusione, consente, *rectius* per quanto già detto impone, all'Amministrazione di utilizzare il soccorso istruttorio con riferimento a qualunque profilo dell'offerta, anche relativo al suo contenuto.

Ed invero, il comma 1 *bis* consente l'esclusione soltanto nei casi di “*incertezza assoluta sul contenuto*”, il che significa che per superare l'incertezza che non sia assoluta sul contenuto dell'offerta l'Amministrazione deve utilizzare il suo potere istruttorio cioè il soccorso istruttorio. Anche il contenuto dell'offerta è perciò suscettibile di completamento o chiarificazione, sempre che, ovviamente, questo non significhi alterazione della parità di trattamento e cioè modificazione dell'offerta.

La modificazione dell'offerta, infatti, non è consentita perché darebbe luogo a una rinegoziazione a favore soltanto di quel partecipante.

La scelta del legislatore non può essere contestata: le modalità formali di presentazione delle offerte sono delle modalità che, come accennato, hanno una funzione strumentale; questo vale senz'altro per le modalità di presentazione e per i requisiti di partecipazione, ma vale anche per la modalità di redazione dell'offerta: le modalità di redazione sono modalità formali per consentire una comprensione certa e neutra dell'offerta e per garantire la parità di trattamento.

Altrimenti, l'interesse del partecipante alla gara è quello di potere porre in concorrenza la propria offerta e l'interesse dell'Amministrazione è quello di potere scegliere l'offerta migliore. Gli altri partecipanti alla gara, proprio perché hanno un interesse alla concorrenza della propria offerta, non possono opporre nulla alla concorrenza delle offerte altrui, dal momento

che il principio di concorrenza tutela inevitabilmente sia l'uno che l'altro partecipante.

Di conseguenza è eccessivo, alla luce della progressiva modificazione delle dichiarazioni previste e del loro contenuto, immaginare che colui che non predispone in modo adeguato l'offerta dal punto di vista formale non sia in grado di effettuare scrupolosamente la prestazione richiesta: d'altro canto, per ottenere che la prestazione richiesta sia effettuata scrupolosamente vi sono tutti i meccanismi che presidiano l'esecuzione del contratto.

Con l'art. 46, comma 1 *bis*, perciò, il problema del formalismo e del dovere di soccorso dovrebbe considerarsi superato.

5. *L'orientamento recente della giurisprudenza*

La disposizione del Decreto Sviluppo ha sicuramente avuto un benefico effetto sulla giurisprudenza amministrativa, che è divenuta, dopo il 2011, assai meno formalistica, anche se non sono mancate incertezze ed oscillazioni, dovute, inevitabilmente, ai tempi occorrenti per l'assimilazione di una nuova disposizione normativa (attraverso il passaggio della solita riflessione in ordine alla valenza temporale della disposizione normativa, che viceversa è applicabile retroattivamente trattandosi di un principio favorevole alla concorrenza) ed in considerazione della varietà delle fattispecie.

Se esamina la giurisprudenza più recente, e cioè la giurisprudenza dei primi mesi del 2014, la sensazione è piuttosto netta, anche se, va detto, limitata sostanzialmente ai requisiti di partecipazione e alle modalità formali di presentazione dell'offerta.

Nei primi sei mesi del 2014, innanzitutto, sono intervenute due pronunzie dell'Adunanza plenaria che hanno affrontato il tema del formalismo nelle gare e del dovere di soccorso.

La prima sentenza¹⁵ ha innanzitutto definito il carattere strumentale delle regole di forma, anche quelle relative all'attività della commissione aggiudicatrice. Il problema esaminato era relativo alla modalità di custodia dei plichi, contenenti le offerte e i verbali dei lavori della Commissione, rispetto ai quali, come si è già ricordato all'inizio, si era formato un orientamen-

¹⁵ 3 febbraio 2014, n. 8, in *Giurisd. amm.*, 2013, anteprima, 542, commentata adesivamente, sul punto da M. GIOVANNELLI, *La plenaria sulla conservazione dei plichi e sindacato sull'anomalia delle offerte*, in *Urb. e appalti*, 2014, 527 ss.

to giurisprudenziale estremamente rigido, che riteneva che la mancata esatta documentazione delle modalità di custodia comportasse di per sé l'illegittimità del provvedimento finale, e cioè dell'aggiudicazione, non dovendosi ricercare se in concreto la mancata annotazione o il mancato rispetto di quelle formalità avesse comportato una violazione della segretezza.

A fronte di questo orientamento, in un primo momento nettamente maggioritario, se ne è successivamente formato un altro che, invece, condizionava l'annullamento dell'aggiudicazione al riscontro quanto meno di una possibile concreta rilevanza delle non corrette modalità di custodia dei plichi. L'Adunanza plenaria aderisce a questo secondo orientamento, affermando che le modalità non corrette di custodia dei plichi costituiscono un vizio invalidante dell'aggiudicazione "*qualora sia provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra*". L'affermazione è estremamente significativa perché trasforma un requisito formale in sé insuperabile in un requisito formale di carattere strumentale. Ed è significativo che l'Adunanza plenaria evidenzi come l'accuratezza delle dichiarate modalità di custodia dei plichi non impediscono a chi possa dimostrare che non sono state sufficienti a denunciare la violazione della segretezza così come la mancanza o l'incompletezza delle annotazioni non impediscono a chi sia interessato di dimostrare che nessuna effettiva violazione vi è stata.

Con una seconda sentenza¹⁶ l'Adunanza plenaria ha affrontato in generale la problematica del potere di soccorso.

La pronuncia dell'Adunanza plenaria è estremamente ampia ed argomentata. La medesima affronta, innanzitutto, la tematica dell'applicabilità della disciplina contenuta nel comma 1 *bis*, art. 46 anche alle gare bandite in precedenza, giungendo alla conclusione che, trattandosi di disposizione innovativa, il principio non è applicabile se non alle gare bandite dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione. La conclusione non è già stata sopra condivisa, poiché la norma ha esplicitato quello che doveva essere la regola di interpretazione del formalismo, che naturalmente è connotato in modo strumentale: si comprende però la preoccupazione dell'Adunanza plenaria che, opinando diversamente, possano essere sottoposte a riesame ed annullamento tutta una serie di procedure che sono state condotte in costanza di un diverso orientamento giurisprudenziale.

Dopodiché, l'Adunanza plenaria afferma che il soccorso istruttorio è un modo doveroso di comportarsi dell'Amministrazione, che rappresenta un'ap-

¹⁶ 25 febbraio 2014, n. 9, in *Giurisd. amm.*, 2014, anteprima, 616.

plicazione legale del principio di giusto procedimento, che il principio del dovere di soccorso non può però violare il canone di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, conducendo ad eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura o a superare il principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori.

Le prime due affermazioni sono senz'altro condivisibili, mentre la terza e la quarta meno o affatto. Limitare il potere di soccorso in modo da escludere che sia violato il canone di imparzialità e di buon andamento è senz'altro corretto, ma va considerato che il legislatore ha fatto volontariamente prevalere l'esigenza sostanzialistica di conduzione della gara e di individuazione dell'offerta migliore su regole astratte e che il principio della forma è di per sé un principio strumentale. Del resto, in materia processuale, non vi è mai stato alcuno che abbia ritenuto che l'art. 156 cod. proc. civ., che fissa appunto il principio di strumentalità delle forme, conduca a violare l'altrettanto rilevante principio della parità di trattamento, che è fondamentale in qualunque giudizio, soltanto perché consente la sanatoria delle nullità. Non vi è violazione del principio di parità di trattamento perché la strumentalità delle forme si applica a tutte le parti in causa, qualora, evidentemente, la questione venga in rilievo. Il terzo principio affermato dall'Adunanza plenaria non è perciò integralmente accettabile. Per quanto concerne l'autoresponsabilità dei concorrenti, l'affermazione nel caso di specie non è significativa: il problema non è che il concorrente debba rispondere allorché commette egli stesso una mancanza o una violazione, il problema è se la mancanza o la violazione formale possa trasformarsi in una ipotesi di autoresponsabilità sostanziale. La violazione formale in sé non può essere causa di una autoresponsabilità sostanziale a meno che non si tratti di un requisito di cosiddetta forma sostanza, di un requisito cioè che, pur appearing riferito alla veste esterna dell'offerta ne condiziona il contenuto. Il problema non è perciò quello del principio di autoresponsabilità; il problema è di cogliere il significato della regola formale: se la regola è soltanto formale la stessa è unicamente strumentale.

L'Adunanza plenaria, poi, afferma che il principio di soccorso non può consentire l'integrazione del documento nel senso di presentazione di un documento mancante e che il potere di soccorso è limitato alla regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione. Così facendo, l'Adunanza plenaria conclude che, in quel caso, correttamente l'Amministrazione ha escluso un soggetto che aveva presentato l'offerta tecnica sottoscritta senza la fotocopia

allegata di un valido documento di identità, clausola questa prevista a pena di esclusione dal bando. Ora, la presentazione di un valido documento di identità, anche se è normalmente considerata una documentazione occorrente nel caso di autodichiarazione, non può costituire elemento essenziale quando non vi sia contestazione sul fatto che l'offerta proviene da colui che l'ha sottoscritta. In questo caso, non vi è ragione per far discendere dalla mancata presentazione del documento la nullità dell'offerta. Comunque, trattandosi di omissione documentale, è sufficiente richiedere la presentazione di copia del documento di identità per riscontrare se l'offerta proviene o meno da colui che l'ha sottoscritta. Il dato formale e materiale, cioè l'offerta sottoscritta, non muta; ciò che occorre è semplicemente l'integrazione documentale. Non si vede perché questa integrazione documentale costituisca una violazione del principio di imparzialità e buon andamento, tenuto conto del fatto che la medesima potrebbe essere richiesta a tutti i concorrenti, se necessario, e che certamente questo non allunga i tempi del procedimento in misura incompatibile con l'esigenza di celerità. Viceversa, è veramente difficile ammettere che l'offerta regolarmente sottoscritta, magari su carta intestata della ditta o corredata di timbro della medesima, venga esclusa soltanto perché non è stato allegato in copia il documento di identità del sottoscrittore.

La limitazione del dovere di soccorso soltanto alle dichiarazioni attinenti i requisiti soggettivi di partecipazione, poi, costituisce una limitazione non solo antiletterale rispetto al contenuto del comma 1 *bis*, art. 46, che questa limitazione non contiene, ma anche una limitazione ingiustificabile; se è l'offerta che formalmente non è stata redatta in modo corretto ma in conseguenza di una violazione che è superabile, non si vede perché il dovere di soccorso non possa essere esercitato.

D'altro canto, come si vedrà, la giurisprudenza ha già, in altre occasioni, ammesso un intervento della stazione appaltante che superi degli errori commessi dal partecipante proprio in sede di redazione dell'offerta: la giurisprudenza, anche nel 2014, ha ammesso infatti che sia possibile procedere alla ricostruzione dell'effettiva volontà dell'offerente allorché vi sia un'offerta affetta da un errore di calcolo facilmente riconoscibile. In questo caso, viene ammessa la possibilità di rettifica di errori di scritturazione e di calcolo a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza¹⁷. Né evidentemente rileva il fatto che in quel caso non si sia posto il problema della integrazione documentale ma invece dell'interpretazione dell'of-

¹⁷ In questo senso, per tutti, Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487.

ferta: è evidente, invero, che pur trattandosi di interpretazione dell'offerta, viene ammessa la possibilità di superamento del dato formale della medesima attraverso una funzione ausiliaria della commissione giudicatrice che aggiunge la sua attività interpretativa alla semplice lettura dell'offerta del richiedente, che altrimenti dovrebbe essere esclusa. Se è possibile una lettura adeguatrice dell'offerta, non si vede perché non sia possibile l'esercizio del potere di soccorso con riferimento all'offerta stessa.

Nello stesso anno 2014 vi sono altre pronunzie significative, come già si è ricordato.

Innanzitutto, è stata ribadita, con atteggiamento sicuramente innovativo, l'esistenza dell'obbligo per l'Amministrazione di acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati qualora siano in possesso di altre Amministrazioni anche nel caso in cui si stia operando all'interno di un procedimento contrattuale pubblico¹⁸. L'affermazione è estremamente significativa perché potrebbe consentire il superamento di una gran pluralità di ipotesi in cui viene dichiarata la nullità dell'offerta con conseguente esclusione del candidato: basti pensare a tutti i casi in cui si fa riferimento alle condanne penali o ai procedimenti penali, dell'esistenza dei quali l'Amministrazione può ben accertarsi attraverso la consultazione delle banche dati del Ministero di Giustizia.

La giurisprudenza ha poi anche temperato l'orientamento in precedenza estremamente rigido in ordine ai dati formali di redazione dell'offerta: così è stata ritenuta non corretta l'esclusione di un'offerta nel caso in cui non sia stata apposta la firma per esteso almeno nella prima e nell'ultima pagina della medesima allorché vi siano altre sottoscrizioni che possano ritenersi parimenti rilevanti¹⁹; nello stesso senso, si è ritenuto che sia illegittima l'esclusione da una gara motivata con riferimento al fatto che l'offerta reca la sottoscrizione su soltanto una delle due facciate del modulo che la contiene²⁰. Ancora una volta, l'esclusione per mancata sottoscrizione su ogni pagina dell'offerta è stata considerata irrilevante²¹.

L'orientamento più recente della giurisprudenza è poi giunto al riconoscimento della possibilità di ritenere illegittimo il provvedimento di esclusione quando sia stato motivato con riferimento alla mancanza della do-

¹⁸ Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2014, n. 1744, in relazione all'attivazione della Banca Nazionale dei Contratti Pubblici operativa presso l'Autorità di Vigilanza.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2014, n. 2343.

²⁰ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 27 marzo 2014, n. 129.

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 16 giugno 2014, n. 3363.