

L'articolo 38 del D.Lgs. 163/2006 alla luce del D.L. 90/2014 ¹

Luca Tufarelli

Avvocato

Mario Di Carlo

Avvocato

Giuseppe Lo Monaco

Avvocato

Alessia Tonini

Dottoressa

Sommario: 1. Premessa - 2. Il perimetro applicativo della riforma - 3. Il precedente contesto normativo - 4. Il nuovo contesto normativo a seguito del D.L. 90/2014 - 5. Breve analisi delle modifiche apportate con D.L. 90/2014 - 5.1. Elementi e dichiarazioni - 5.2. Carenze essenziali o non essenziali - 5.3. La sanzione pecuniaria e la cauzione - 5.4. La sanzione espulsiva - 5.5. Il "sub-procedimento" di regolarizzazione - 5.6. L'applicabilità alla fase di "prequalifica" nelle procedure ristrette - 6. Ambito di applicazione soggettivo dell'art. 38 del CCP. - 6.1. I soggetti obbligati a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 CCP, co. 1, lettere b), c) ed m-ter). L'Adunanza Plenaria 23/2013 - 6.2. La rilevanza degli oneri formali. Le modalità con cui rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 CCP. L'Adunanza Plenaria 16/2014 - 7. I primi riscontri nella prassi applicativa - 7.1. Giurisprudenza

¹ Prima di procedere all'analisi della riforma del D.L. 90/2014, oggetto del nostro studio, si deve segnalare che la **CGUE** in una recentissima sentenza del **6 Novembre 2014**, si è mostrata ancora legata ad un'interpretazione del dettato normativo pre-riforma, valorizzando i principi di parità di trattamento e trasparenza. La CGUE ha, infatti, dichiarato legittima l'esclusione dell'impresa partecipante alla gara d'appalto per omessa dichiarazione del direttore tecnico, affermando che: "*L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona*". Bisogna, comunque, considerare che la gara di appalto, oggetto di attenzione della CGUE, si svolgeva sotto la vigenza del vecchio dettato dell'art. 39 D.lgs. 163/2006 e che la dichiarazione del direttore tecnico era richiesta "a pena di esclusione" dalla *lex specialis*.

1. Premessa

Il nuovo D.L. 90/2014 risponde all'esigenza, sentita necessaria da dottrina e da giurisprudenza, di dover porre un argine al contenzioso delle procedure di aggiudicazione relativo alla fase di verifica della documentazione amministrativa ed alla conseguente ammissione od esclusione dei concorrenti.

Fino ad oggi, il legislatore e il giudice amministrativo hanno cercato, da un lato, attraverso l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, co. 1-*bis*, D.lgs. 163/2006), dall'altro, attraverso un'interpretazione volta a dequotare i vizi formali e ad individuare l'ambito del soccorso istruttorio e delle cause di esclusione tassative, di dare riscontro alle richieste dei concorrenti di veder realizzata, nel corso della gara, un'apposita fase in cui, garantiti contraddittorio e *par condicio*, si conceda un termine per sanare le eventuali irregolarità.

La novella normativa in esame sembra aver inciso significativamente in tal senso, ovvero sulla doverosità del soccorso istruttorio in corso di celebrazione della gara.

Le riflessioni che seguono riguarderanno l'analisi della recente novella normativa e la sua incidenza profonda nella gestione delle procedure di gara, con particolare attenzione alle modifiche introdotte all'articolo 38 D.lgs. 163/2006, in tema di oneri dichiarativi dei concorrenti.

2. Il perimetro applicativo della riforma

Al fine di definire, sul piano temporale, il momento applicativo della disposizione in esame, va premesso che l'attività della Pubblica Amministrazione è bifasica: alla fase pubblicistica, relativa alla scelta del miglior contraente, segue sempre la fase privatistica relativa alla realizzazione del rapporto contrattuale ².

In considerazione della suesposta dicotomia, non vi è dubbio che la disposizione in commento trovi applicazione nella fase pubblicistica, con specifico riguardo alla verifica della documentazione prodotta in gara dal concorrente.

In tale fase sub-procedimentale, il seggio di gara è chiamato ad accertare la correttezza della documentazione attraverso la verifica del possesso dei requisiti morali e professionali in capo ai concorrenti tramite le autocertificazioni rese dagli operatori economici. Attività, questa, non agevole sia per l'assenza di un chiaro e puntuale quadro normativo, sia per la necessità di trovare un idoneo bilanciamento tra due contrapposti principi, ovvero il *favor participationis* e la *par condicio* dei concorrenti.

² La struttura bifasica trova definizione nell'art. 2 dello stesso D.lgs. 163/2006, laddove si rinvia alla legge sul procedimento amministrativo per la fase pubblicistica e al codice civile per la fase, a valle, privatistica.

Si ricorda, infatti, che dall'entrata in vigore del D.lgs. 163/2006 (d'ora in avanti anche solo "CCP"), si sono sviluppati due diversi modelli applicativi.

Il primo, a seguito dell'emanazione della disciplina codicistica sino al c.d. decreto sviluppo (*id est*: D.L. n. 70/2011), teso a valorizzare le previsioni della *lex specialis* anche a scapito della partecipazione alla gara delle imprese; il secondo, dal D.L. n. 70/2011 sino all'entrata in vigore del D.L. n. 90/2014 che, con l'introduzione del comma 2 *bis* all'art. 38, teso invece ad una valorizzazione del soccorso istruttorio che, previa l'irrogazione di una sanzione, consente al concorrente di sanare anche radicali carenze onde restare in competizione.

3. Il precedente contesto normativo

Nel contesto normativo precedente al D.L. 90/2014, la mancata presentazione di una dichiarazione ex art. 38 CCP dovuta in base alla legge, alle previsioni del bando o all'interpretazione giurisprudenziale formatasi nel tempo, comportava di regola l'esclusione del concorrente dalla gara.

L'interpretazione dell'articolo 38 CCP si reggeva, infatti, su un rigoroso formalismo, da cui conseguiva la doverosa comminatoria di esclusione in presenza di difformità dal paradigma dettato dalla legge di gara, in special modo ove quest'ultima fosse risultata chiara e puntuale.

Qualora, infatti, la legge di gara comminava specificatamente l'esclusione di uno o più concorrenti per mancanza di uno degli elementi anche solo formale, della dichiarazione, l'Amministrazione era tenuta a dare incondizionata esecuzione a tale previsioni, senza alcuna discrezionalità nella valutazione dell'inadempimento e della sua incidenza sulla procedura selettiva ovvero circa la congruità della sanzione prevista nella *lex specialis*.

La stessa Amministrazione, dal momento dell'adozione del bando, era autovincolata all'osservanza della legge di gara.

Una più ampia ammissione degli aspiranti, poteva essere garantita solo in caso di equivoca formulazione della lettera d'invito o del bando di gara, così da dare la possibilità ai concorrenti di regolarizzare la documentazione prodotta, sempre nel rispetto del principio di *par condicio* tra imprese ³.

³ La richiesta di regolarizzazione non poteva essere formulata dalla Stazione appaltante per integrare documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, dovevano essere prodotte a pena di esclusione. L'esercizio della facoltà della Stazione appaltante di invitare alla regolarizzazione non poteva mai determinare un'alterazione della *par condicio* delle imprese, attraverso una modifica dell'offerta incidente su elementi o formalità essenziali della stessa, potendo riguardare soltanto documenti già presentati ma non dichiarazioni o documentazioni omesse.

Nel caso, invece, di dichiarazioni incomplete e/o carenti, anche prima del D.L. 90/2014, alla tesi “formalistica”, volta a sanzionare con l’esclusione dalla gara ogni incompletezza o imprecisione delle dichiarazioni ex art. 38 CCP, si contrapponeva quella “sostanzialistica”, finalizzata a preferire, ove consentito, il ricorso al soccorso istruttorio dell’amministrazione ed il c.d. “falso innocuo”. L’omissione, in tali casi, non era suscettibile di provocare l’esclusione perché non comportava alcun svantaggio per la Stazione appaltante, ma solo un vantaggio per il concorrente.

4. Il nuovo contesto normativo a seguito del D.L. 90/2014

Il 25 giugno 2014, a seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (n. 144 del 24/06/2014), è entrato in vigore il Decreto Legge 90/2014 (*misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*).

L’art. 39 (*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*) del Decreto Legge 90/2014 ha aggiunto il comma 2 bis all’art. 38, CCP ed il comma 1 ter all’art. 46 CCP.

Per espressa previsione, le nuove disposizioni introdotte con D.L. 90/2014 si applicano alle procedure di affidamento indette dopo il 25 giugno 2014 (data di entrata in vigore del D.L. 90/2014).

Il Decreto Legge 90/2014 è stato convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114, (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18/08/2014) ed entrata in vigore il 18 agosto 2014 ⁴.

⁴ Si riportano i testi degli articoli introdotti con D.L. 90/2014 con evidenziate in grassetto le espressioni introdotte in sede di conversione.

Art. 38, comma 2 bis CCP:

*“La mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale **degli elementi** e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della Stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la Stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la Stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, nè applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, ne’ per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte.”*

Art. 46, comma 1 ter CCP:

*“Le disposizioni di cui all’ articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità **degli elementi** e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”.*

In sede di conversione, sono state apportate delle lievi modifiche all'art. 39 del D.L. 90/2014 che hanno lasciata inalterata la *ratio* e la finalità della norma.

Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 38 CCP ed il comma 1 *ter* dell'art. 46 CCP hanno ridisegnato l'assetto normativo in materia di obblighi dichiarativi.

Alla lettera del nuovo dettato normativo, per le procedure di gara indette dopo il 25 giugno 2014, la Stazione Appaltante non dovrebbe poter più escludere un concorrente in caso di omessa dichiarazione e/o vizi formali della stessa che non ne compromettano la veridicità e che siano comunque riferibili ad un soggetto concretamente e sostanzialmente in possesso dei requisiti richiesti.

Giova rilevare, in prima battuta, che il D.L. 90/2014 non ha modificato gli artt. 75 e 76 del D.P.R. 445/2000 con la conseguenza che l'esclusione, ad avviso di chi scrive, potrà comunque essere disposta dalla P.A. anche nel caso di dichiarazione inveritiera resa dal terzo altri o da soggetti rilevanti, e questo al di là che la dichiarazione stessa non sia poi sanzionabile penalmente e/o amministrativamente dall'A.N.A.C perché non mendace in quanto effettuata senza dolo o colpa grave.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, la dichiarazione non veritiera costituisce un'autonoma fattispecie di esclusione, che trova la sua giustificazione nell'art. 75, D.P.R. 445/2000, il quale prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, ovvero sia l'ammissione alla gara che la sua aggiudicazione ⁵.

Nel nuovo contesto, però, non è detto che ad una dichiarazione inveritiera o successivamente integrata dal concorrente su richiesta della Stazione appaltante possa discendere sempre e comunque l'esclusione nel caso in cui si accerti l'esistenza di condanne penali. Le condanne successivamente accertate in capo ai soggetti rilevanti ai fini del 38, infatti, potrebbero non rientrare tra le ipotesi che comportano l'esclusione obbligatoria ed automatica. Si potrebbe trattare di condotte-reato che sono soggette ad una valutazione di gravità da parte della Stazione appaltante (*id est* art. 38 lettera f). In questo caso la Stazione appaltante potrebbe mantenere il concorrente in gara applicando il pagamento della sanzione ai sensi del comma 2 *bis* dell'art. 38 attualmente in vigore ⁶.

⁵ Cfr. *ex multis*, TAR Catanzaro 20.1.2014, n. 124; TAR Palermo 17.7.2012, n. 1563 e TAR Trieste 30.5.2010, n. 300.

⁶ A favore c'è un precedente del TAR Perugia 9 settembre 2014 n. 447 che però riguarda il caso di reato contravvenzionale depenalizzato mentre *a contrariis* vi è la recente sentenza del TAR Lecce 15 settembre 2014 n. 2358 che qualifica la mancata dichiarazione di un reato in capo all'amministratore unico come errore essenziale non emendabile (i.e. nella fattispecie il reato riguardava l'omissione di norme sulla sicurezza sul lavoro).

Fatta questa doverosa premessa, il D.L. 90/2014 segna, come detto, il passaggio ad una concezione non formalistica della fase di ammissione alle gare d'appalto⁷, consentendo, in ipotesi di mancanza e/o incompletezza delle dichiarazioni, inerenti il possesso dei requisiti di partecipazione, la possibilità per il concorrente di integrare la documentazione.

Tale integrazione, però, comporta il pagamento di una sanzione pecuniaria. Va da sé che oltre al pagamento della sanzione la dichiarazione andrà comunque - ed eventualmente in un secondo momento - accompagnata dalla concreta dimostrazione del possesso sostanziale dei requisiti.

La *ratio* della normativa è, quindi, nel senso di escludere dalla gara solo chi non posseda sostanzialmente i requisiti morali e non anche chi, pur possedendoli, abbia commesso un errore formale sulla dichiarazione sostitutiva o (come da legge di conversione) ne abbia omesso alcuni elementi. Errore, che se effettuato su una dichiarazione sostitutiva definita essenziale dalla *lex specialis* comporta il pagamento della sanzione e l'assegnazione al concorrente di un termine perentorio per sanare il suo inadempimento. Solo se il concorrente non trasmette la dichiarazione entro il termine assegnatogli la Stazione Appaltante ne può disporre l'esclusione.

Ferma restando l'applicabilità della sanzione per la mancanza e l'incompletezza delle dichiarazioni, il testo normativo non ci aiuta a definire quale sia "*ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive*" che dovrebbero consentire alla Stazione appaltante di applicare la sanzione pecuniaria. La questione sarà sicuramente oggetto di future interpretazioni giurisprudenziali e della possibilità di abusi sanzionatori da parte delle stazioni appaltanti.

E' infatti lo stesso comma 2 *bis* a precisare che "*nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la Stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione*".

L'unico modo di tutelarsi sarà quello di fornire la documentazione integrativa e/o gli elementi richiesti dalla Stazione appaltante riservandosi comunque di contestare successivamente l'applicabilità della sanzione pecuniaria.

⁷ L'adesione alla tesi "sostanzialistica" è stata accolta anche dal legislatore europeo; la nuova Direttiva 2014/24/UE (vedi gli artt. 56 e 57) pare improntata ad un ancor più deciso ampliamento del *favor participationis* autorizzando gli Stati membri all'ampliamento del ricorso al "soccorso istruttorio" pur nel rispetto della *par condicio* (art. 56 c. 3), richiedendo per l'ipotesi di esclusione per falsità delle dichiarazioni il requisito della gravità della colpa (art. 57 c. 4 lett. h) e ribadendo in termini generali la necessaria proporzionalità delle sanzioni espulsive (art. 57 c. 3). Si rileva che la nuova Direttiva Appalti è in pendenza di recepimento da parte dello Stato italiano, ma non è escluso che possa essere utilizzata quale norma interpretativa dai giudici.

La norma è altresì silente riguardo le conseguenze nel caso in cui l'impresa renda, entro il termine, una dichiarazione ritenuta non soddisfacente dalla Stazione Appaltante.

La Stazione Appaltante potrebbe non escludere l'impresa e concedere un termine ulteriore solo nel caso in cui quest'ultima sia stata indotta in errore dal tenore della richiesta ⁸ della stessa Stazione Appaltante (ad esempio, per una richiesta formulata in modo ambiguo/non troppo chiaro). Negli altri casi, invece, ne disporrà l'esclusione. Sul punto si prevede il rischio di vari contenziosi e lo svilupparsi di possibili contrasti giurisprudenziali.

Il quadro sin qui delineato riguarda la fase procedimentale di espletamento della gara.

Resta da chiarire cosa possa accadere a seguito di un contenzioso amministrativo ⁹ che si sviluppi tra i concorrenti proprio in ordine alla acclarata successiva mancanza e/o carenza di una dichiarazione sostitutiva relativa a requisiti di moralità e/o al novero dei soggetti tenuti alla medesima dichiarazione.

Per iniziare un ragionamento sul tema si può affermare che la riforma attuata col D.L. 90/2014 sposti il fulcro dall'interesse dei partecipanti dalla tutela della *par condicio* a quello riferibile alla Stazione appaltante. L'interesse della Stazione appaltante è di duplice natura: da una parte evitare di pregiudicare una onerosa procedura di gara privandosi altresì di un concorrente solo per vizi dichiarativi meramente formali e, sotto altro profilo, evitare di affidare un contratto pubblico ad un soggetto non meritevole perché versa in una delle condizioni stabilite dal medesimo art. 38 CCP ¹⁰.

⁸ Si ricorda che, al momento della richiesta di integrazione/regolarizzazione delle dichiarazioni, la Stazione Appaltante indica (i) il contenuto e (ii) i soggetti che le devono rendere.

⁹ L'ultimo periodo del co. 2 *bis* dell'art. 38 CCP recita: "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.". La relazione illustrativa per la conversione in legge del D.L. 90/2014 osserva che la "variazione" cui fa riferimento la norma riguarda le dichiarazioni sostitutive. Da ciò discende che la norma sembrerebbe dare al Giudice il potere di intervenire anche in merito alle dichiarazioni sostitutive.

¹⁰ Si precisa che il Codice degli Appalti consente soltanto un'attività di regolarizzazione di **tipo formale**, restando invece esclusi i profili di natura sostanziale, la cui ammissibile regolarizzazione determinerebbe una vera e propria "integrazione" di domanda incompleta e non una semplice "regolarizzazione".

La giurisprudenza, infatti, in ossequio al principio del *favor participationis* si è sempre mostrata molto prudente riguardo la regolarizzazione delle dichiarazioni in corso gara.

In tal senso la regolarizzazione è consentita solo quando "*si tratti di vizi puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo in quest'ultima ipotesi consentite la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbero in una violazione del termine massimo di presentazione dell'offerta e in definitiva in una violazione della par condicio.*" (Cfr. sul punto CGA Sicilia, 27 marzo 2012, n. 327).

Si osserva, inoltre, che l'impossibilità di ricorrere alla regolarizzazione, se non entro i limiti indicati, risponde al generale principio di autoresponsabilità, in forza del quale ciascun concorrente deve rispondere delle conseguenze degli eventuali errori commessi nella presentazione o formulazione dell'offerta, non potendo completare in sanatoria la propria posizione.

Il legislatore ha però tenuto conto della *par condicio* tra i partecipanti stabilendo una sanzione a carico del concorrente distratto che abbia omesso - o errato - su una dichiarazione essenziale.

Senza arrivare ad ipotizzare un “soccorso istruttorio” di tipo giurisdizionale non è neppure da escludere che il Giudice, accertata in corso di giudizio la carenza di una dichiarazione invece dovuta e l'evidente vizio della procedura di gara ¹¹, possa applicare l'art. 38, co. 2 *bis*, CCP, acquisendo la dichiarazione (o l'elemento) mancante (magari nel frattempo già depositata in giudizio dalla parte) ed imponendo alla Stazione Appaltante l'irrogazione della sanzione nei confronti del concorrente.

5. Breve analisi delle modifiche apportate con D.L. 90/2014

Entrando nel merito delle modifiche apportate dal nuovo decreto legge, si rileva che il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 38 CCP è caratterizzato, a voler usare le parole dell'Adunanza Plenaria 16/2014, da “*un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative*”.

Il D.L. 90/2014 non ha definito la terminologia utilizzata nell'art. 38 CCP (“irregolarità essenziale/non essenziale”, “dichiarazioni non indispensabili”), né si ritiene che la Stazione Appaltante abbia la discrezionalità di stabilire *ex ante* quali siano le irregolarità essenziali/non essenziali e le dichiarazioni non indispensabili.

Spetterà, dunque, all'interpretazione dei giudici colmare il vuoto legislativo ed applicare la nuova legge nel senso di consentire la sanatoria della mancata o omessa dichiarazione anche in corso di causa se si affermerà il principio che l'interesse precipuo protetto è quello dell'Amministrazione - nei limiti in cui non sia alterata in termini sostanziali (e non formalistici) la *par condicio* tra i concorrenti.

D'altronde la stessa Corte di Giustizia ha già chiarito con sentenza, 10 ottobre 2013, in causa C-336/12, che “*Il principio della parità di trattamento dev'essere interpretato nel senso che non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice chieda a un candidato, dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito delle candidature a un appalto pubblico, di comunicare i documenti descrittivi della sua situazione, come il bilancio pubblicato, la cui esistenza prima della scadenza del termine fissato per presentare la candidatura sia oggettivamente verificabile, sempreché i documenti di detto appalto non ne abbiano esplicitamente imposto la comunicazione sotto pena di esclusione della candidatura*”.

¹¹ La norma prescrive che “La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 **obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento**, in favore della stazione appaltante”. Il pagamento della sanzione è, dunque, un'imposizione che discende direttamente dalla legge non residuando alcun potere discrezionale all'amministrazione (se non la scelta dell'importo, sino ad un massimo di 50.000 euro).

5.1. Elementi e dichiarazioni

Le “patologie” della mancanza, incompletezza ed irregolarità indicate nel nuovo art. 38 CCP possono riguardare (i) gli elementi (espressione introdotta in sede di conversione) e (ii) le dichiarazioni sostitutive.

Le dichiarazioni sostitutive cui fa riferimento l’art. 38 CCP sono quelle di cui al DPR 445/2000, mediante i quali i concorrenti attestano il possesso dei requisiti generali.

Non è invece ancora chiaro a cosa si riferisca l’espressione “gli elementi”.

Si può, ipotizzare che tale espressione faccia riferimento alla carenza questa volta sostanziale e non formale di requisiti ipoteticamente sanabili (es. la regolarità contributiva), intendendo locuzione “elementi” come riferita al dato sostanziale in contrapposizione alla locuzione “dichiarazioni” come riferita al dato formale. Una tale soluzione, che consentirebbe non solo la regolarizzazione documentale ma anche la regolarizzazione di carenze sostanziali, pare in contrasto con la richiamata giurisprudenza comunitaria¹² e quindi da scartare sul piano interpretativo.

Sembra più corretto, perciò, intendere per “elementi” un *minus* rispetto alla dichiarazione, ovvero un elemento informativo della dichiarazione stessa, come ad esempio la data di nascita di un soggetto o la posizione contributiva.

5.2. Carenze essenziali o non essenziali

La norma distingue nettamente (i) la mancanza, incompletezza e le irregolarità essenziali di elementi e dichiarazioni dai casi di (ii) irregolarità non essenziali, mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili.

Nel primo caso è previsto il pagamento della sanzione ed è assegnato al concorrente un termine (la cui natura sembrerebbe perentoria anche per esigenze di celerità del corso del procedimento) entro il quale rendere/integrare/regolarizzare le dichiarazioni.

Nel secondo caso, invece, la Stazione Appaltante non chiede alcuna regolarizzazione e non applica la sanzione.

Il legislatore non ha dato alcuna definizione della terminologia utilizzata.

Si confida, pertanto, in attesa delle primissime sentenze in materia (ragionevolmente pubblicate non prima di due/tre mesi), di ricevere indicazioni ufficiali da parte dell’A.N.A.C.

5.3. La sanzione pecuniaria e la cauzione

La sanzione pecuniaria è irrogata al concorrente in caso di dichiarazione mancante, incompleta o che presenti un’irregolarità essenziale, nella misura indicata dal bando.

¹² Corte di Giustizia, sentenza, 10 ottobre 2013, in causa C-336/12.

Il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria. In assenza di ulteriori specificazioni, sembra che l'importo della cauzione debba, dunque, oggi comprendere la somma del 2% della base d'asta o quella dimezzata (cfr. art. 75 CCP, Garanzia a correndo dell'offerta) ed in aggiunta l'importo della sanzione pecuniaria indicata nel bando (cfr. art. 38, co. 2 *bis* CCP).

Si ritiene conforme alla logica dell'istituto della cauzione, poi, l'immediata integrazione dell'importo cauzionale nell'ipotesi di pagamento della sanzione (il cui importo è "coperto" dalla cauzione) all'amministrazione.

5.4. La sanzione espulsiva

Il concorrente è escluso dalla gara nel caso in cui:

- non risponda alla richiesta istruttoria della Stazione Appaltante nel termine assegnatogli;
- renda/integri la dichiarazione in modo non conforme alla richiesta della Stazione Appaltante;
- dopo aver reso, integrato o regolarizzato la dichiarazione, la Stazione Appaltante accerti la carenza sostanziale del requisito.

Si è detto della possibilità che le stazioni appaltanti possano comunque comminare l'esclusione dalla procedura in caso di dichiarazioni inveritiere da considerarsi rilevanti ai fini della applicabilità degli artt. 75 e 76 del D.P.R. 445/2000.

5.5. Il "sub-procedimento" di regolarizzazione

L'amministrazione assegna all'impresa per completare/regolarizzare la propria posizione un termine (non superiore a dieci giorni). Si tratta di un sub-procedimento che si innesca nel più ampio procedimento di gara.

Non è chiarito dalla norma se l'attivazione di tale sub-procedimento comporti:

- la momentanea sospensione del procedimento di gara (la commissione sospende l'apertura delle buste amministrative degli altri partecipanti in attesa di ricevere quanto richiesto al concorrente) o se, invece,
- il procedimento di gara continui a fare il suo corso (ammettendo con riserva il concorrente in procinto di completare/regolarizzare la propria posizione).

Si ritiene che, in considerazione dell'esiguità del termine massimo, sarebbe preferibile la momentanea sospensione del procedimento di gara.

5.6. L'applicabilità alla fase di "prequalifica" nelle procedure ristrette

A ben vedere, i nuovi artt. 38, co. 2 *bis* e 46, co. 1 *ter* CCP fanno riferimento soltanto

13 Nei restanti commi degli articoli 38 e 46 CCP si fa riferimento genericamente a "soggetti" o "candidati o concorrenti".

ai “concorrenti” e non anche ai “candidati”¹³. E’ noto che, nelle procedure ristrette il soggetto che, in fase di prequalifica, chieda di partecipare alla gara è un “candidato”¹⁴. Una volta prequalificatosi, nella fase successiva è un “concorrente”.

Anche se le nuove norme fanno esplicito riferimento al “concorrente”, è da reputare corretto che possano essere applicate anche al “candidato” in fase di prequalifica.

Si giunge alla conclusione di cui sopra ricorrendo al principio dell’analogia *legis*, cioè a dire, disciplinando il caso ricorrendo alla norma che regola un caso simile.

E’ certamente simile, a parer di chi scrive, il caso di un’impresa che abbia omesso di produrre una dichiarazione in fase di prequalifica e di quella che l’abbia omesso, invece, in fase di gara.

Non v’è ragione di escludere un’impresa per mancata produzione di una dichiarazione in fase di prequalifica e, all’opposto, concederle un termine per regolarizzare la propria posizione in fase di gara.

Si comprometterebbe la *ratio* stessa del D.L. in commento che, come abbiamo ricordato, segna il passaggio ad una concezione meno formalistica delle gare d’appalto.

6. Ambito di applicazione soggettivo dell’art. 38 del CCP

Fatta questa breve analisi del D.L. 90/2014, è doveroso soffermarsi su alcune problematiche connesse alla portata applicativa dell’articolo 38 CCP.

Meritano alcune precisazioni le questioni relative (i) ai soggetti che sono tenuti a rendere le dichiarazioni (art. 38, co. 1, lettera b), c), *m-ter*) CCP); (ii) alle modalità con cui rendere le dichiarazioni sostitutive, di cui al secondo comma dell’art. 38.

6.1. I soggetti obbligati a rendere la dichiarazione di cui all’art. 38 CCP, co. 1, lettere b), c) ed m-ter). L’Adunanza Plenaria 23/2013

Il D.L. 90/2014 non è intervenuto sul tema dei soggetti obbligati a rendere la dichiarazione ex art. 38, co. 1, lettere b), c) ed *m-ter*) CCP (*rectius*, dopo l’entrata in vigore del D.L. 90/2014, obbligati a possedere i requisiti morali per poter contrarre con l’amministrazione¹⁵).

Pertanto, ad oggi, deve essere considerato il quadro delineato dai più recenti orientamenti giurisprudenziali, in particolare dalla posizione dell’Adunanza Plenaria, 16 Ottobre 2013, n. 23.

¹⁴ Cfr. art. 3, co. 24 CCP.

¹⁵ Il possesso dei requisiti morali è indispensabile anche per il conseguimento dell’attestato di qualificazione. Sul punto, la Determina A.N.AC. n. 2 del 2 settembre 2014 ha osservato che ai fini del rilascio dell’attestato di qualificazione, le SOA compiono le verifiche sul possesso dei requisiti morali anche nei confronti dei membri del collegio sindacale e dei soggetti che svolgono compiti di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 (oltre al direttore tecnico ed agli amministratori con poteri rappresentativi).

In linea generale, per garantire i principi di trasparenza e tutela effettiva sottesi ai criteri di esclusione di cui all'art. 38 CCP, tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrano all'esecuzione di appalti pubblici, in veste di affidatari, di subaffidatari o di prestatori di servizi nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui al medesimo articolo.

L'accertamento di predetti requisiti si pone per ogni attività contrattuale.

L'art. 27 CCP dispone che nei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del CCP, devono osservarsi i principi di tutela della concorrenza, tra cui quello di imparzialità, efficacia, *par condicio*; ne deriva che tali principi, garanzia dell'efficacia dell'azione amministrativa, debbano essere applicati anche ai contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del CCP, quali i servizi dell'Allegato II-B.

Tanto premesso, resta da chiarire la problematica dell'individuazione delle persone fisiche (dotate di poteri di rappresentanza) tenute alla dichiarazione dei requisiti di moralità ex art. 38 CCP.

La prevalente giurisprudenza, ha ritenuto che il criterio interpretativo da seguire consista nel ricercare nello statuto della società quali siano i soggetti titolari dei poteri di rappresentanza; non assumendo rilevanza la circostanza che tali poteri possano essere utilizzati solo in maniera vicaria.

Allo stesso modo, l'articolo 38 CCP assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, al soggetto rappresentato, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro condotta personale.

Decisiva non è tanto qualifica formale rivestita, quanto i poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione nel novero dei soggetti dotati di poteri di rappresentanza anche dei procuratori *ad negotia* quando, al di là del *nomen*, l'estensione dei loro poteri li qualifichi come amministratori di fatto ¹⁶.

Non è mancata, però, giurisprudenza discordante che ha limitato l'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori dotati di poteri di rappresentanza e al direttore tecnico.

A dirimere l'annosa *querelle* è intervenuta, il 16 Ottobre 2013, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 23.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327. Secondo tale statuizione, quando si tratta di titolari di organi di persone giuridiche, al fine di ricomprenderli nella nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite; in particolare nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 del codice, rientrano sia i soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario, sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte.

Il perimetro delineato dal Supremo Consesso, resta limitato, ad oggi, oltre agli amministratori muniti di potere di rappresentanza e al direttore tecnico, ai *procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori*. Una sorta di “super-procuratori”.

Di conseguenza, la mancata dichiarazione circa un procuratore con poteri tali da non essere ricompreso nella definizione data dall’Adunanza Plenaria 23/2013, a seguito dell’entrata in vigore del D.L. 90/2014, sarebbe da annoverare tra le “dichiarazioni non indispensabili” (cfr. art. 38, co. 2 *bis*, penultimo periodo, CCP). Resta, invece, ancora assoggettato all’obbligo del possesso dei requisiti morali il c.d. “super procuratore”.

La mancata dichiarazione del “super procuratore” determinerebbe, ex art. 38, co. 2 *bis*, CCP, l’irrogazione della sanzione pecuniaria e l’assegnazione di un termine per rimediare la carenza.

Sulla posizione dell’Adunanza Plenaria 23/2013, si sono sviluppati i più recenti orientamenti giurisprudenziali riguardo i soggetti obbligati a produrre la dichiarazione attestante i requisiti di moralità.

Oggetto di attenzione del g.a. sono state, infatti, le problematiche riguardanti la dichiarazione di amministratori di società fuse “per incorporazione” in una società incorporante (partecipante a gara), in quanto a seguito della riforma del diritto societario si parla di integrazione della società incorporata nella società incorporante, non più di estinzione ¹⁷.

Altre questioni sono state risolte relativamente alla cessione d’azienda e del ramo d’azienda, il cui orientamento è quello di rendere la dichiarazione ex art. 38 CCP anche per gli amministratori e i direttori tecnici che hanno operato nell’ultimo anno nell’impresa cedente, mentre per il cessionario, laddove non sia richiesto espressamente nella *lex specialis* di presentare la dichiarazione, l’esclusione potrà essere disposta solo ove riscontrata l’assenza del requisito in questione ¹⁸.

L’intervento della Plenaria ¹⁹ è stato necessario anche per dirimere le questioni interpretative riguardo l’espressione “*socio di maggioranza*” di cui alle lettere b), c) ed *m-ter*) dell’art. 38, co. 1, CCP.

L’espressione, secondo il Supremo Consesso, fa riferimento al socio titolare di più del 50% del capitale sociale della società.

Tirando le fila del discorso, ai fini dell’applicazione del comma 2 *bis* dell’art. 38 CCP (oggetto di nostra attenzione), l’integrazione della dichiarazione (con contestuale irrogazione

¹⁷ Per approfondimenti su tale profilo si vedano le sentenze del Cons. Stato, III, 8 marzo 2013, n. 1411; Id., Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n. 21.

¹⁸ Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2014, n. 1563.

¹⁹ Cons. Stato Adunanza Plenaria, 6 novembre 2013, n. 24.

della sanzione e con l'esclusione in mancanza di integrazione) è prevista nell'ipotesi di omessa (o incompleta) dichiarazione da parte dei soggetti espressamente indicati nell'art. 38 (amministratori con poteri di rappresentanza e direttori tecnici, socio di maggioranza *et similia*).

Ugualmente, è prevista l'esclusione, in presenza di una chiara richiesta della *lex specialis*, per l'omessa presentazione (o per l'incompletezza) della dichiarazione relativa ai requisiti morali dei procuratori o institori con poteri negoziali ("super procuratori").

Per questi ultimi, nel caso di mancata previsione del bando, l'esclusione può essere disposta, in ogni caso e senza alcuna possibilità di regolarizzazione, solo laddove manchi in concreto il requisito richiesto, ovvero, a seguito delle verifiche effettuate dalla Stazione appaltante, laddove risulti uno degli impedimenti previsti dalla norma.

Idem ratio vale con riferimento agli amministratori e ai cessati dalla carica delle società fuse o incorporate, ovvero delle società cedenti, anche in affitto o cessione di un ramo di azienda, al concorrente cessionario/affittuario.

Non si può, invece, disporre l'esclusione (né, quindi, la regolarizzazione con sanzione) in caso di omessa presentazione di certificati non necessari, quali quelli relativi ai carichi pendenti.

Da ultimo, si sottolinea che in ogni caso la *lex specialis* può prevedere una diversa ampiezza dei procuratori tenuti alle dichiarazioni ²⁰ nel senso di ricomprendervi tutti quelli che sono in grado di impegnare l'operatore economico nei confronti dell'Amministrazione Pubblica per importi di rilevante entità.

Un giudice, ad esempio, potrebbe ritenere rilevante l'importo quando questo superi il limite della soglia comunitaria ²¹.

²⁰ I bandi, ad esempio, potrebbero richiedere che il concorrente dichiari l'assenza di soggetti rilevanti non iscritti in banche dati ufficiali e/o registri pubblici stabilendo l'esclusione del concorrente nel caso invece se ne accerti successivamente l'esistenza.

²¹

Tipologia	Soglie precedenti (Regolamento UE n. 1251/2011)	Soglie applicate dal 1 Gennaio 2014
Lavori [settori ordinari, speciali e appalti difesa (d.lgs. n. 208/2011)]	5.000.000,00	5.186.000,00
Servizi e forniture (settori ordinari)	200.000,00	207.000,00
Servizi e forniture (settori ordinari - amm.ni statali)	130.000,00	134.000,00
Servizi e forniture (settori speciali)	400.000,00	414.000,00
Servizi e forniture - appalti difesa (d.lgs. n. 208/2011)	400.000,00	414.000,00

6.2. La rilevanza degli oneri formali. Le modalità con cui rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 CCP. L'Adunanza Plenaria 16/2014

Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 38 CCP richiama, si è visto, le dichiarazioni sostitutive che i concorrenti producono in gara, comprova della sussistenza dei requisiti morali.

In ragione della vigente legislazione di settore (*id est*: D.P.R. n. 445/2000, novellata dalla legge n. 183/2011) la richiesta di rigore formale nelle procedure di gara è temperata dalle norme sulla semplificazione documentale che abilitano i concorrenti ad avvalersi dell'autocertificazione.

Alla richiesta, in un bando, di produrre determinati certificati, gli stessi possono essere surrogati da dichiarazioni sostitutive degli interessati (salvi i divieti sanciti da leggi e regolamenti), in virtù Del rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

In base agli artt. 38 e 74 del CCP, all'art. 18 della l. n. 241/1990 e agli artt. 43, 46 e 77 *bis* del D.P.R. n. 445/2000, dunque, le clausole che richiedono certificati devono considerarsi rispettate qualora venga prodotta un'appropriata dichiarazione sostitutiva, che l'Amministrazione appaltante ha il potere-dovere di verificare ai fini dell'eventuale esclusione.

Quanto profilo "modale" di presentazione della dichiarazione, invece, si deve segnalare la recente sentenza n. 16/2014 del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria 16/2014, interpretando l'art. 38 CCP vigente prima del D.L. 90/2014, ha dettato principi di diritto sposando l'indirizzo "sostanzialistico" della giurisprudenza e quello oggi perseguito dal legislatore con la riforma in commento.

Va ricordato che il principio di diritto enunciato dal Supremo Consesso è stato espresso in una fattispecie in cui:

(a) venivano in discussione solo i requisiti di moralità di cui alle lettere b), c) ed *m-ter*) dell'art. 38 CCP e

(b) la disciplina di gara non prevedeva la dichiarazione nominativa con indicazione dei soggetti specifici.

Non può escludersi quindi che successiva giurisprudenza cerchi di ridimensionare la portata del principio proprio facendo leva sulle peculiarità della fattispecie in cui è reso.

Secondo il Consiglio di Stato la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 CCP non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati con l'accesso alle banche dati ufficiali o ai registri pubblici ²².

²² L'ordinamento non contiene una definizione univoca dei termini "banche dati" e/o "registri pubblici" utilizzati dall'Adunanza Plenaria 16/2014. Definizioni del concetto di "banca dati" si rinvengono nell'art. 4, co. 1, lett. p) della Legge Privacy, nell'art. 60 del Codice dell'Amministrazione Digitale e nell'art. 2, n. 9) della Legge sul Diritto d'Autore. Basandoci su un'interpretazione sistematica delle suddette norme, possiamo definire le

Una dichiarazione siffatta, secondo i giudici di Palazzo Spada, è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio ²³.

Il ragionamento seguito dai giudici è nel senso che un'impresa possa omettere nella dichiarazione l'indicazione nominativa dei soggetti muniti di poteri rappresentativi (una c.d. dichiarazione ad ombrello) purché questi (i) siano dotati degli effettivi requisiti morali e (ii) siano quantomeno identificabili mediante accesso a banche dati o registri pubblici (come, ad esempio, la visura camerale).

Per una disamina della questione che ha portato all'emanazione dell'Adunanza Plenaria 16/2014 si rinvia alla nota a piè di pagina ²⁴.

“banche dati ufficiali” come le banche dati realizzate e gestite, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni, sulla base di finalità istituzionali proprie di detti enti definite o previste dalla legge. Il “registro pubblico”, invece, può essere definito come la raccolta di informazioni e/o dati relativi a stati, qualità personali e fatti. Anche se l'Adunanza Plenaria 16/2014 fa espressamente riferimento alle sole (i) “banche dati ufficiali” ed (ii) ai “registri pubblici”, da una lettura sistematica della normativa di riferimento sembrerebbe corretto far riferimento anche agli “albi” ed “elenchi”. Difatti, dal combinato disposto dagli artt. 38, co. 3 CCP, 43 e 71 del DPR 445/2000 si evince che l'amministrazione effettua i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni rese mediante accesso alle informazioni contenute in “*albi, elenchi o pubblici registri*”.

23 Altro principio di diritto affermato è che la dichiarazione sostitutiva riguardo l'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 CCP può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore.

24 Il Ministero dell'Interno indicava nel 2012 una gara il cui bando richiedeva, a pena di esclusione, il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 CCP, ammettendo esplicitamente la possibilità di attestarli tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del DPR 445/2000 e indicando la formulazione della dichiarazione nei seguenti termini: “*di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006*”. Alla gara partecipava il RTI Accenture (formato da Accenture S.p.A. ed Accenture Technology Solutions S.r.l.). In particolare (i) Accenture S.p.A. produceva una dichiarazione di un procuratore *ad negotia* formulata nei termini indicati nel disciplinare ma senza l'indicazione nominativa dei due legali rappresentanti della società e (ii) Accenture Technology Solutions S.r.l. produceva una dichiarazione dell'AD senza la specifica menzione del presidente del CdA dotato di poteri di rappresentanza. Entrambe le dichiarazioni contenevano l'esplicita e specifica attestazione “*che non sussistono a carico di coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa condanne irrogate con sentenze passate in giudicato o con sentenze di applicazione della pena a richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari*” e la più generica attestazione, testualmente conforme al lessico del disciplinare, “*di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni*”. Tali dichiarazioni sono state ritenute conformi dal Ministero dell'Interno che ha poi aggiudicato la gara al RTI Accenture ed accertato, attraverso i controlli di rito, l'effettivo possesso dei requisiti di moralità da parte di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi di entrambe le società. In primo grado il TAR Roma (sentenza 3 novembre 2013, n. 9376) ha accolto il ricorso della controinteressata annullando l'aggiudicazione del RTI Accenture. La sentenza è stata appellata dinanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza 29 aprile 2014, n. 2214, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria reputando necessario un chiarimento con valenza nomofilattica. L'Adunanza Plenaria 16/2014 non si è pronunciata definitivamente sull'appello, limitandosi a formulare i principi di diritto e restituendo gli atti al giudice remittente per la definizione della vicenda nel merito. L'Adunanza Plenaria 16/2014 ha stabilito, quanto all'obbligo o meno di indicare nominativamente tutti i soggetti cui la dichiarazione si riferisce, che (i) mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, (ii) giudicarsi consentita la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali. In quest'ultimo caso, difatti, la dichiarazione sostitutiva risulta conforme allo spirito del DPR 445/2000 poiché consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese.

In conclusione, è comunque necessario fare alcune precisazioni al fine di perimetrare l'applicazione del comma 2 *bis* dell'art. 38 CCP.

Deve ritenersi ammissibile (e doverosa) l'integrazione con sanzione, oltre che nel caso di radicale assenza, anche nell'ipotesi di dichiarazioni:

- a) prive di sottoscrizione;
- b) prive dell'allegazione di un documento di identità del sottoscrittore;
- c) prive di una delle condizioni da attestare;
- d) che presentino clausole dubitative (ad esempio "per quanto a mia conoscenza" *et similia*) se riguardanti la posizione del dichiarante;

Saranno, invece, regolarizzabili (senza sanzione), le ipotesi di assenza della data, di allegazione di un documento di identità scaduto, di assenza di sigle su tutte le pagine di una dichiarazione resa su più fogli privi di un timbro di congiunzione (purché sia sottoscritta l'ultima), di produzione di una fotocopia della dichiarazione ²⁵.

Non sarà regolarizzabile né sanabile (neanche a seguito del nuovo co. 2 *bis*), come già chiarito, una dichiarazione mendace ²⁶.

7. I primi riscontri nella prassi applicativa

7.1. Giurisprudenza

Per concludere l'analisi del novellato D.L., si possono segnalare alcune delle primissime sentenze in materia che, pur riconoscendo pacificamente che l'art. 38, co. 2 *bis* CCP si applica alle gare i cui Bandi sono stati pubblicati dopo il 25 giugno 2014 ²⁷, attribuiscono alla stessa la valenza di norma interpretativa osservando che "*offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare (...) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali*" (cfr. Ad. Plenaria 16/2014).

In tal senso, da ultimo, si segnala TAR Torino, del 10 Ottobre 2014, n. 1158 che ha riconosciuto la validità della dichiarazione ad ombrello in caso di omissione della dichiarazione specifica del direttore tecnico motivando la sentenza sulla base del *favor* sostanzialista introdotto con la riforma.

²⁵ Per il Cons. Stato, sez. IV, 3 settembre 2014 n. 4494, nel caso in cui, in sede di gara, sia stata prodotta da una ditta una dichiarazione in copia fotostatica e nessuna prescrizione della *lex specialis* imponeva l'allegazione dell'originale, va disposta la regolarizzazione di detta dichiarazione con la produzione degli originali, salvo, ovviamente, il necessario e successivo controllo circa la conformità delle copie fotostatiche agli originali. Né può ritenersi che la dichiarazione prodotta in copia sarebbe giuridicamente "inesistente": in tal caso, infatti, il documento è stato allegato e lo stesso deve ritenersi esistente.

²⁶ Connessa alla falsa dichiarazione è la sanzione della decadenza dell'aggiudicazione, come previsto dall'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, che dispone la decadenza del dichiarante dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

²⁷ Data di entrata in vigore del D.L. 90/2014.